

147/2

Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

Cartagena de Indias D. T. y C., dos (02) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2017-00053-01
Demandante	PABLA DEL CARMEN TAPIA ARIAS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD - SUBOFICIAL
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida el 9 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. Hechos Relevantes

1. A la demandante se le reconoció asignación de retiro a cargo de CREMIL, por todo el tiempo de servicio prestado a la Fuerza Pública.
2. En la Resolución de reconocimiento de la asignación de retiro, le fue reconocida la partida computable de prima de actividad en cuantía porcentual del 25%.
- 3 En el año 2007, se expidió el Decreto 2863 de 2007, con ocasión de la entrada en vigencia del mismo CREMIL le reajustó la prima de actividad a partid del 1 de julio del mismo año, en el sentido que le sumó el 50% al porcentaje que ya venía reconocido en la resolución de retiro.
4. Por lo anterior, en sede administrativa solicitó a CREMIL reliquidar la prima de actividad y la demandada negó lo pedido.

1.2 Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad del oficio consecutivo No. 26973 del 26 de abril de 2016, que negó el reajuste de la prima de actividad, ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenar reajustar y pagar la prima de actividad en la asignación de retiro de la que es titular la actora, en un 41.5% a partir del 1 de julio de 2007 en el mismo monto que se reajustó esa prestación en

¹ Folios 1 - 15





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

un militar en actividad, iii) el reconocimiento y pago de las diferencias en las mesadas de su asignación de retiro, dejadas de cancelar desde el 1 de julio de 2007 y hasta, v) cumplir la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y vi) condenar en costas a la demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

Constitución Política en los artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53

Ley 2 de 1945, artículo 34

Ley 923 de 2004, artículo 3 numeral 3, 13

Decreto 1211 de 1990, artículos 2, 13 numeral 13.1.2

Decreto 4433 de 2004, artículo 42

Decreto 2863 de 2007

Ley 1437 de 2011, artículo 10

Señala en síntesis que, al no reconocer, liquidar y pagar a la demandante el 50% de la prima de actividad, sobre la base del 33% a partir del 1 de julio del año 2007, la demandada incurrió en falsa motivación, ya que, desconoció la aplicación retroactiva que el mismo legislador en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 expresamente le dio a lo retirados con anterioridad al 1 de julio de 2007, el derecho de reajustar al 50% pero de lo que gana el personal activo de la Fuerza Pública que es el 33%, de conformidad con los principios de oscilación y favorabilidad laboral, desconociendo los mismos y aplicando solamente el artículo 2 del mencionado decreto y no el artículo 4.

Que la entidad demandada interpretó y aplicó en forma equivocada el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, al no haber reajustado la prima del personal retirado en el mismo porcentaje que le fue ajustado a los activos, y en su defecto, aplicó lo previsto en el acápite 2 del artículo 2 del citado Decreto, norma que hizo la suficiente claridad y que excluye precisamente a las prestaciones sociales "asignación de retiro y pensión" para las cuales no se debe tener en cuenta el tiempo de servicio.

Sostuvo que, la demandante tenía derecho a que se le reconociera la prima de actividad en el 33%, y a partir del 1 de julio del mismo año, le fue reajustada tan solo en un 37.5%, de manera que, la entidad demandada burló los principios de interpretación gramatical de la ley, pues la prima de actividad debió ser ajustada en el mismo monto o proporción en que se ajustó al activo, correspondiente al 50%, sin que se contemple en la norma que se deba tener en cuenta el tiempo de servicios para efectos de liquidar dicha prestación.





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Aduce como ciertos todos los hechos que se refieren al reconocimiento de la prestación en cabeza de la demandante, los relacionados con la petición efectuada a la entidad y los relacionados con la respuesta expedida por la demandada; en cuanto al resto de los hechos se opone a todos y cada uno de ellos, toda vez que, se pretende la confesión de lo que es materia de la litis.

Así mismo, afirmó que al señor Suboficial Jefe (f) NELSON OSPINO MARTÍNEZ le fue reconocida asignación de retiro con Resolución 0577 del 8 de septiembre de 1982, encontrándose bajo la vigencia del Decreto 612 de 1977 y que acreditó un tiempo total de servicio de 24 años, 4 meses y 6 días, y que esa entidad mediante auto de sustanciación del 10 de agosto de de 1989, liquidó la prima de actividad, con fundamento en el Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, así:

- En la vigencia fiscal de 1990 (18.5 %)
- En la vigencia fiscal de 1991 (22.5%)
- En la vigencia fiscal de 1992 (25%)

Señala que, para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de la Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de la Prima de actividad, tomando como punto de partida lo devengado por los militares en actividad, por lo que procede a citar el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, argumentando que se dispuso un incremento en el porcentaje de esta prima sin efectuar modificación a los porcentajes que dispone el monto base para la liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento.

Afirma que, el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por tanto, en el presente caso éste no se ha vulnerado ya que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior.

Propuso como excepción la "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares", reafirmando que las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto al realizar los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social.

² Folio 43 – 49.





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 9 de febrero de 2018, negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, sostuvo la A quo en síntesis que, la demandada aplicó en debida forma el incremento previsto en el art. 2 del Decreto 2863 de 2007, toda vez que, para tales efectos tuvo en cuenta el porcentaje que venía percibiendo el retirado y sobre este aplicó el incremento del 50% reconocido al personal en actividad.

Descartó la violación del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, así como la indebida aplicación del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007.

4. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que se revoque, por considerar en síntesis que, la A quo no aplicó la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, las cuales debió acatar en virtud de la favorabilidad laboral, que no solo es conflicto de normas, sino también cuando una sola admite varias interpretaciones como es el caso del Decreto 2863.

Señala que, en el caso concreto quedó probado que existe concurrencia de interpretaciones sobre una misma ley (Decreto 2863 de 2007) y la juez no aplicó el mandato constitucional de la favorabilidad laboral.

Advierte que, pese a que en la sentencia se menciona el principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las de actividad, no lo aplica a favor de la demandante y no lo reconoce dentro de la consagración expresa que quiso el legislador en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, tampoco reconoce su aplicación retroactiva, que era el espíritu del legislador.

4.1 Actuación procesal de segunda instancia⁵

Mediante auto de fecha quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

³ Fl. 107 - 112

⁴ Fl 121 - 125

⁵ Folio 138



Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

4.2 Alegatos de conclusión de segunda instancia

4.2.1 Parte demandante

No alegó de conclusión en esta instancia.

4.2.2 Parte demandada⁶

Solicita que se mantenga en firme la sentencia de primera instancia. En su escrito de alegatos, esencialmente reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en cuanto a que la entidad ha dado correcta aplicación al Decreto 2863 de 2007, a partir del 1 de Julio de 2007, dado que el mismo dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad- *“sin efectuar modificación alguna de los porcentajes que disponen el monto base para su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento, por cuanto este no es el sentido de la norma”*, por lo que en su concepto carece de fundamento establecer desconocimiento de los derechos adquiridos alegados en la demanda, pues la administración no puede concederle al demandante un derecho que el ordenamiento jurídico no le ha conferido.

4.2.3 Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del C.P.A.C.A, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

⁶ Folios 141 - 144





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

2. Problema jurídico

Conforme al tema de impugnación, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes:

¿La sentencia de primera instancia debe ser revocada y/o confirmada, porque el actor tiene derecho o no, a que su asignación de retiro le sea reajustada con la prima de actividad en un 41,5%?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará como tesis que, la sentencia de primera instancia se debe confirmar y en esa medida, que no le asiste razón al recurrente al señalar que la A quo dio una interpretación indebida a las normas que regulan la prima de actividad, puesto que existe una marcada diferencia entre la prima de actividad como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la prima de actividad como prestación social a favor del personal en servicio activo, conforme se deriva del marco normativo de la providencia.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Para resolver este interrogante, y teniendo en cuenta que en lo esencial, señala el escrito de alzada que la A quo incurrió en una indebida interpretación de las normas cuyo cumplimiento se pide, la Sala estudiará los siguientes temas: i) Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, ii) El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones en actividad, iii) Las disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado, y por último, iv) Derecho de igualdad frente a la variación del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

4.1 Del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública

El artículo 217 de la Carta autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares que hace parte de la Fuerza Pública según lo dispone el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública⁷.

⁷ ARTICULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

Conforme a lo anterior, el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social a que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales⁸.

Por su parte, la Ley 4ª de 1992⁹ dispuso que le corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, **respetando la nivelación que debe existir entre la remuneración del personal activo y el retirado de la Fuerza Pública dentro de un respectivo grupo**, para lo cual, los Decretos que se profieran en uso de dicha competencia, no deben conducir a resultados diferenciales en el quantum de los salarios con respecto a las asignaciones de retiro de ese personal. Por ejemplo, no debe existir diferencia entre los oficiales en servicio activo de los oficiales retirados.

De lo anterior se desprende que, corresponde al Gobierno Nacional:

1. Fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública con sujeción a la ley marco dictada por el Congreso sobre la materia.
2. Aumentar las remuneraciones de los miembros de la **Fuerza Pública** conforme a los criterios y objetivos señalados en la Ley 4ª de 1992.
3. Establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública conforme a los criterios y objetivos señalados en la ley 4ª de 1992.
4. Velar porque los salarios y prestaciones sociales de los miembros de la Fuerza Pública no sufran una desmejora.

En consecuencia, cualquier acto que contravenga éstas directrices carecerá de todo efecto.

El régimen especial del personal de la FUERZA PÚBLICA está contenido, entre otras, en las siguientes disposiciones relevantes frente a cada grupo de sus miembros:

El **Decreto 1211 de 1990**, el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990**, el Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional, el **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional y el **Decreto 1214 de 1990** que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional¹⁰.

Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas".

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

⁹ Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.

¹⁰ El Decreto 2070 de 2003 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL.





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

Así mismo, las siguientes disposiciones que se aplican a todos los miembros de la FUERZA PÚBLICA: la **Ley 923 de 2004** que señaló las "normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", el **Decreto 4433 de 2004**, por medio del cual se fijó "el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública" cuya aplicación persigue el actor, el **Decreto 1515 de 2007** por medio del cual se fijaron "los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial", y el Decreto **2863 de 2007**, por medio del cual se modificó parcialmente el **Decreto 1515 de 2007** y se dictaron otras disposiciones.

4.2 El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones

En primer lugar se debe afirmar que la asignación de retiro se considera como una modalidad de prestación social que "se asimila a pensión de vejez"¹¹.

Este principio se traduce en que, la asignación de retiro y las "pensiones" de los miembros de la Fuerza Pública, para el caso concreto –OFICIALES Y SUBOFICIALES - se liquidan teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones del personal en servicio activo, con la finalidad de que las mismas mantengan una equivalencia que salvaguarde el principio de igualdad.

Por su parte, en la **Ley 923 de diciembre 30 de 2004**, se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de **la Fuerza Pública** conforme al **artículo 150, numeral 19, literal e)**, precisando en su **artículo 2** que para la fijación de ese régimen el Gobierno debe tener en cuenta los **principios** de "eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad". Como elementos mínimos del marco pensional y de la asignación de retiro, incluyó en el **artículo 3 numeral 3.13** el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "**El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo**".

Por su parte, el **Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004** que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas**

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, dispuso en sus **artículos 2 y 3** la garantía de los derechos adquiridos y reiteró los principios señalados en la Ley de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, *responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad*".

En el título V –denominado DISPOSICIONES VARIAS, **artículo 42** consagró el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "**Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto**, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajusten en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley" (negrillas y subrayado fuera de texto).

Este artículo garantiza el Principio de Oscilación a futuro, de aquellos miembros de la Fuerza Pública a quienes le sea reconocida Asignación de Retiro en vigencia del mismo.

Por último, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 que modificó el Decreto 1515 de 2007, consagró en su artículo 4 el PRINCIPIO DE OSCILACIÓN así:

*"En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, **los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares** y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1 de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2 del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007¹².*

Parágrafo: No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones."

4.3 Disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y como prestación computable en las asignaciones del personal retirado

¹² Esta disposición legal consagró el aumento de la prima de actividad del personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional regulado por el Decreto 1214 de 1990, en los siguientes términos: "La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

Partiendo de la diferencia que existe entre **PRIMA DE ACTIVIDAD, como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales** unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la **PRIMA DE ACTIVIDAD como Prestación Social** a favor del personal en servicio activo, se procede a citar las disposiciones legales que las han desarrollado desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro que se estudia:

Sobre esta doble condición, se tiene que en el artículo 131 del Decreto 612 de 1977 que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Sargento Suboficial Jefe (F) de la Armada Nacional **NELSON OSPINO MARTÍNEZ**, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado.

Posteriormente, se expidió el Decreto 95 del 11 de enero de 1989 que en su artículo 155, en concordancia con el artículo 154 estableció una modificación en la partida de prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, de manera que se les computaría dicha prestación de la siguiente forma:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).
- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).
- En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

Establecía el artículo 154 del mencionado Decreto, que para efectos de la prima de actividad se computaría para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).

Luego, se expidió el **Decreto Ley 1211 de 1990**¹³ en el que se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en porcentajes proporcionales según el tiempo de servicios acumulados al momento del retiro, así:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- Para individuos entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- Para individuos con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.

¹³ Artículo 159.





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

-Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

En virtud de la ley 797 de 2003, en su artículo 17 numeral 3, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2070 de 2003, el cual reformó el régimen pensional y de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 23 como partida computable para la asignación de retiro del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su artículo 24 refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

En el mismo sentido y en desarrollo de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 que fijó el Régimen Pensional y de Asignación de Retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 23 como partida computable para la asignación de retiro del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su artículo 24 refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Ninguna de esas dos normas, dispuso incremento en la PRIMA DE ACTIVIDAD para el personal en servicio activo. Esto se vino a modificar con el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 que ordenó su incremento en un cincuenta por ciento (50%) a favor de los miembros de la Fuerza Pública. En efecto, en su artículo 2 dispuso modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 en los siguientes términos:

"Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1 de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990¹⁴, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990¹⁵ y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990¹⁶.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto Ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).

Además, como se recordará cuando se estudió el principio de OSCILACIÓN, este Decreto en su artículo 4 dispuso a favor de las asignaciones de retiro que en virtud de dicho principio previsto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales

¹⁴ Debe tenerse en cuenta que este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. El artículo 84 dispuso: "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".

¹⁵ Este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 68 consagró: " Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".

¹⁶ Este Decreto constituye el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Consagró en el artículo 38: "Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones."





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1 de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2 del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. Advirtiéndose que el anterior estatuto no contempla la aplicación del aumento al 50% de la prima de actividad, para los Agentes de la Policía Nacional.

5. El caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

5.1.1 El señor Suboficial Jefe (F) de la Armada Nacional **NELSON OSPINO MARTÍNEZ** prestó sus servicios por 24 años, 4 meses y 6 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 0677 de 2 de septiembre de 1982 por la **CAJA RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**¹⁷, en la que se computó como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico	--
Prima de Actividad	15%
Prima de Antigüedad	21%
Subsidio Familiar	47%
Prima de Navidad	1/12

5.1.2 Mediante Resolución No. 0267 del 10 de febrero de 2014, se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios causada por el fallecimiento del señor Suboficial Jefe (F) de la Armada Nacional **NELSON OSPINO MARTÍNEZ**, a favor, de la señora **PABLA DEL CARMEN TAPIA ARIAS**, en su condición de cónyuge sobreviviente¹⁸.

5.1.3 La demandante presentó solicitud de reclamación ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL** con radicado N° 0028446 del 7 de abril de 2016¹⁹, solicitando se le reconozca y liquide la partida computable de prima de actividad, solicitud que fue resuelta negativamente por la entidad demandada mediante oficio No. CREMIL 28446 de fecha 11 de 26 de abril de 2016²⁰.

¹⁷ Folios 24 – 27.

¹⁸ Folios 90 – 91.

¹⁹ Folios 17 - 20

²⁰ Folio 19 y reverso.



Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

5.2. La valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque contrario a lo sostenido por la recurrente, la misma respeta el ordenamiento Constitucional y legal y hace un análisis pertinente respecto de las normas que resultan aplicables al caso en concreto.

Considera la Sala que, no le asiste razón al demandante cuando pretende que la asignación de retiro de la cual es beneficiario le sea reajustada incrementando la prima de actividad de un porcentaje del 37.5% al 41.5%, con el argumento que se vulnerarían los artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política y que se hizo una indebida interpretación del Decreto 2863 de 2007 en sus artículos 2 y 4.

Lo anterior porque, conforme se señaló en el marco jurídico no se pueden confundir los porcentajes y partidas computables para liquidar los sueldos del personal en servicio activo, con las partidas que la ley ha previsto para las asignaciones de retiro en una determinada época y en vigencia de una norma específica.

En efecto, consultada la hoja de servicios del causante y el texto de la Resolución No. 0677 de 2 de septiembre de 1982 en la que se invocó el Decreto 612 de 1977 como fundamento legal para el reconocimiento de su asignación de retiro, se establece que el porcentaje de la prima de actividad que le corresponde asciende al quince por ciento (15%). Posteriormente, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 95 del 11 de enero de 1989 y en consideración al tiempo de servicios del demandante que fue de 24 años, 4 meses y 6 días, se liquidó la prima de actividad militar, de manera que para la vigencia fiscal de 1992 alcanzó un porcentaje del 25%, teniéndose que a partir del 1 de julio de 2007 dicho porcentaje fue incrementado al 37.5%, es decir, en los términos del Decreto 2863 de 2007, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es, el 15% que sumado al 25% completa un 37.5%, tal como se acredita en el certificado visible a folio 22 del expediente.

Por ello, vale la pena precisar conforme se consignó en el marco jurídico del caso, que se debe diferenciar la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación social a favor del personal activo y el porcentaje que consagra la ley para la liquidación del derecho pensional, pues la nueva ley bien pudo consagrar partidas diferentes a las que sirvieron de base para liquidar las reconocidas en vigencia de una disposición anterior, pero no quiere decir que esté incrementando la partida correspondiente a la prestación social en servicio activo, pues se recuerda, es diferente esta partida del factor que puede consagrar la ley para liquidar el derecho pensional o la Asignación de Retiro.

En ese sentido, no se evidencia vulneración del principio de OSCILACIÓN, toda vez que, es facultad exclusiva del Legislador fijar el régimen pensional de los





Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

miembros de la Fuerza Pública y a las Cajas de Retiro solo les compete dar aplicación a dichas disposiciones, como se ha hecho en el presente caso.

La evolución normativa se constituye en un proceso lógico ante los cambios sociales y económicos por los que ha atravesado el país, los cuales ameritan la mutación en la reglamentación con el fin de responder a las nuevas necesidades. Frente a la variación de las circunstancias, es apenas lógico que no es posible mantener inmodificable la regulación legal existente, ni menos aún pretender la aplicación retroactiva de las disposiciones, pues ello iría en contra de prerrogativas de orden constitucional dentro de las que se encuentra la seguridad jurídica.

Conforme las anotaciones precedentes, esta Sala considera que las pretensiones de la accionante no están llamadas a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.2 Costas en Segunda Instancia

El artículo 188 CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.- señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación**. En ese sentido, habiendo sido resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada de manera concentrada por la juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por la Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones e incluirán el valor de las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN NO. 2
SENTENCIA No. 92 /2018

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-001-2017-00053-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

MOISES DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2017-00053-01
Demandante	PABLA DEL CARMEN TAPIA ARIAS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD - SUBOFICIAL
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

