



Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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	13001-33-33-002-2016-00189-01
Demandante	WILLIAM ARROYO GÓMEZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
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 trece (13) de marzo de (2018) por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Hechos relevantes

1. El demandante es retirado y goza de asignación de retiro desde el 22 de octubre de 2001 con un tiempo de servicios de 20 años, 05 meses y 07 días.
2. Al momento de su retiro se le reconoció una partida de prima de actividad por el porcentaje del 25% que gozó hasta el 1 de julio de 2007.
3. Actualmente, la prima de actividad está mal liquidada en su asignación de retiro, toda vez que, con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 en su artículo 2, le fue reliquidada tan sólo en un 12.5%; que correspondió al 50% del porcentaje reconocido inicialmente, arrojando un total de 37.5% cuando debió ser del 49.5%.
4. Por lo anterior, en sede administrativa solicitó a CREMIL reliquidar la prima de actividad en un 49.5% sobre el sueldo, según lo previsto en el Decreto 2863 de 2007 y a partir del 1 de julio de 2007.

1.2. Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad del CERTIFICADO CREMIL No. 60094 de fecha 28 de julio de 2015, que negó el derecho al incremento de la Prima de Actividad, ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenar el reajuste de la asignación de retiro con la prima de actividad, incrementando su asignación básica desde el 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en el porcentaje que se reclama., iii) condenar a la demanda a cancelar con





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

retroactividad todos los valores adeudados en forma indexada, iv) cumplir la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y v) condenar en costas a la demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

Constitución Política en los artículos 2,13, 23,25, 48, 53
Decreto 1211 de 1990, Art. 84
Decreto 2070 de 2003
Decreto 4433 de 2004 Art. 42
Decreto 2863 de 2007 Art. 169, 2 y 4
Decreto 673 de 2008
Decreto 737 de 2009
Decreto 1530 de 2010
Decreto 1050 de 2011
Decreto 0842 de 2012
Decreto 187 de 2014
Decreto 1028 de 2015 Art. 30
Ley 4 de 1992

Señala que, el demande fue retirado con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, razón por la cual solicita la aplicación del principio de favorabilidad en su caso, porque considera que no es justo que quien prestó servicios por más de 25 años, reciba una partida por prima de actividad menor que la percibida por quien está en servicio activo. De igual manera, se debe aplicar el artículo 151 de la Ley 1212 de 1990 que regula el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y demás fuerzas militares del Estado, sobre el principio de oscilación en las asignaciones de retiro, de tal manera que cuando el gobierno decreta un aumento salarial para oficiales y sub oficiales en servicio activo se refleje en las asignaciones de retiro.

Amén de lo anterior, la demandada CREMIL viene interpretando de manera errada y por consiguiente nociva para los intereses del demandante, el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 al reajustar la prima de actividad aplicando el inciso segundo del artículo 2 del Decreto en cuestión, y no ordena el reajuste en el mismo porcentaje que le fue reconocido a los militares en servicio activo.

Afirma que, la interpretación acomodada de la demandada respecto de la aplicación del aumento de la partida computable en cuestión, transgrede el principio de la interpretación gramatical de la ley, cuando el texto es claro en su aplicación.





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

2. CONTESTACION¹

Aduce como ciertos todos los hechos que se refieren al reconocimiento de la prestación en cabeza del 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.

Manifiesta que, el accionante adquirió el status de militar retirado al desvincularse de la Armada Nacional a partir del 28 de octubre de 2001 estando vigente el Decreto Ley 1211 de 1990, y que acreditó un tiempo total de servicio de 20 años, 5 meses y 7 días, con fundamento en el cual se le reconoció la prima de actividad del 25% y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con base en el cual se le incrementó en un 50%, para un total de un 37.5%.

Que a través de la Resolución No. 3895 del 22 de octubre de 2001 se reconoció la asignación de retiro, por haber acreditado el tiempo de servicio de 20 años, 05 meses y 7 días y por concepto de prima de actividad se le reconoció el 25%. Que mediante petición a Cremil, el demandante solicitó el reajuste de la prima de actividad a lo que la Entidad respondió negativamente, por cuanto esta prestación quedó consolidada en el Decreto Ley 1211 de 1990.

Propuso como excepción la "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares", toda vez que, las actuaciones realizadas por Cremil a sus miembros, están sujetas a los Decretos Ejecutivos expedidos por el Gobierno Nacional.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA².

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el transcurso de la audiencia inicial celebrada el día trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018), profirió sentencia de primera instancia, en la cual negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que la Resolución por la cual se reconoció asignación de retiro al actor, fue liquidada con los factores salariales que indica el artículo 68 del Decreto 1211 de 1990, incluyendo la prima de actividad, la cual se computó de la manera y con el porcentaje como lo ordena la misma norma, esto, teniendo en cuenta el tiempo de antigüedad o los años de servicio del demandante, en un 25 % del sueldo de activo.

Concluyó que, CREMIL actuó dentro del marco legal, puesto que, la entidad se limitó a aplicar los porcentajes vigentes para el momento en que los militares

¹ Folio 46 - 51

² Fl. 84 - 86 y CD folio 99.





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

adquirieron su derecho a la asignación de retiro. Habiendo procedido de esta forma, no resulta adecuado aplicar un porcentaje superior al aumento que se realizó en la prima de actividad, por cuanto, no se han acreditado tiempos de servicio mayores al que fue tenido en cuenta en su momento al demandante, al momento de efectuar la respectiva liquidación, situación que sería la única hipótesis que pudiera eventualmente variar su tasación.

4. RECURSO DE APELACION³.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que se revoque, por considerar que se trata de un proveído abiertamente contrario a derecho, ya que contradice los artículos 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política, debido a que, el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, con ocasión del principio de oscilación, debe ser aplicado al caso del demandante, es decir, que se le reajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje que al activo.

Aduce que, no comparte el fallo de primera instancia, en la medida que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 es de forzosa aplicación al demandante, porque solo a los militares les es aplicable el principio de oscilación. Por lo tanto, si el actor cumple con la condición de haberse retirado antes del 1 de julio de 2007, tiene derecho a que la prima de actividad se le ajuste en el mismo porcentaje en que se hizo a los activos, esto es, el 16.5%

Indica que, tanto CREMIL como la A quo solamente tuvieron en cuenta el porcentaje o monto del 50% del artículo 2 del mencionado decreto, pero desconocieron la forma como sería aplicable el incremento establecido en el artículo 4, para las pensiones obtenidas antes del 1 de julio de 2007.

Concluye que, yerra el fallo de primera instancia, ya que el Decreto 2863 de 2007 sí previó efectos retroactivos al establecer que su aplicación se realiza a aquellas asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 1 de julio de 2017, por lo tanto, aunque es posterior, se aplica también a asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

4.1. Actuación procesal de segunda instancia

Mediante auto de fecha seis (6) de agosto de dos mil dieciocho (2018)⁴, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr traslado por el termino de 10 días para alegar conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

³ Fl. 99 – 103.

⁴ Folio 110





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

4.2 Alegatos de conclusión de segunda instancia

4.2.1 Parte demandante⁵.

Reitera lo expuesto en su escrito de alzada, e invoca la aplicación de los principios de favorabilidad laboral / condición más beneficiosa e indubio pro operario.

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.

4.2.3 Concepto del Ministerio Público⁷

Solicitó mantener en firme la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Expresa que, la parte actora yerra en pretender que de ser incrementado el porcentaje de la prima de actividad para el personal activo, automáticamente deba aumentarse al personal retirado, modificando la que se tuvo en cuenta cuando se le reconoció la asignación de retiro, sin ser así, por cuanto el Decreto 2863 de 2007 no tiene efectos retroactivos en razón a la normativa aplicable al demandante en cuanto a la prima de actividad como factor salarial para la asignación.

Indicó que, no podía entenderse que el incremento del 50% afectara la base de liquidación de la asignación de retiro en sí misma, porque en esa condición la prima de actividad tiene en cuenta una escala porcentual según el tiempo de servicio y a ella debe ajustarse, ya que entender lo contrario, llevaría a que la prima de actividad se constituyera en un elemento salarial del personal retirado, lo cual no es el concepto de esa prestación, porque respecto de estos viene a ser una partida de la base liquidación para la prestación que depende de unos porcentajes y según el tiempo de servicio.

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

⁵ FI 114-118

⁶ FI 119-122

⁷ FI 123-126





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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 CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias de primera instancia dictadas por los jueces administrativos.

2. Problemas jurídicos.

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 49.5 %?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará como tesis que, la sentencia se debe confirmar y en esa medida, que no le asiste razón al recurrente al señalar que el 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, y por último, 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.





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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 la Policía Nacional, la cual hace parte de la Fuerza Pública según 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 pública⁸.

Conforme a lo anterior, el artículo 150 numeral 19 de la Carta 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 sociales.⁹

Por su parte, la Ley 4ª de 1992¹⁰ 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.

El régimen especial del personal de la FUERZA PUBLICA 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 Nacional¹¹.

Así mismo, las siguientes disposiciones que se aplican a todos los miembros de la FUERZA PUBLICA: 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

⁸ 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-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".

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

¹⁰ Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.

¹¹ 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: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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 actividad

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"¹².

Este principio se traduce en que, la asignación de retiro y las "pensiones" de los miembros de la Fuerza Pública, para el caso concreto – SUBOFICIAL JEFE - 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 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 su **artículos 2 y 3** la Garantía de los Derechos Adquiridos y reiteró los principios

¹² Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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 los cuales 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 2007¹³.

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 la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado

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

¹³ 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: 13001-33-33-002-2016-00189-01

procede a citar las disposiciones legales que las han tratado desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro que se estudia:

Sobre esta doble condición, se tiene que en el **Decreto 1211 de 1990** que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe ® ARC **WILLIAM ARROYO GÓMEZ**, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en un porcentaje del **25%** para Oficiales y Suboficiales con 20 años o más de servicio, pero menos de 25 años.

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

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: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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 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 **WILLIAM ARROYO GÓMEZ** en su calidad de Suboficial Jefe prestó sus servicios en la Armada Nacional por 20 años, 05 meses y 7 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 3895 del 22 de octubre de 2011 por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES¹⁷, en la que se computaron como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico en actividad	--
Prima de Actividad	25%
Prima de Antigüedad	20%
Subsidio Familiar	43%
Prima de Navidad	1/12

5.1.2 El señor WILLIAM AROYO GÓMEZ presentó petición radicada el día 03 de julio de 2015, en la que solicitó modificar, reconocer y liquidar la partida computable de prima de actividad en el 49,5% (folios 11-15), resuelta de forma negativa por la entidad demandada mediante Certificado Cremil No. 60094 de fecha 28 de julio de 2015 (Folio 17 y reverso).

5.2. Valoración crítica 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 el recurrente, respeta el ordenamiento Constitucional

¹⁷ Folio 26 y 27.





Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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 49,5%, con el argumento que se vulnerarían principios del derecho laboral constitucional como los de igualdad, favorabilidad y oscilación que rigen las pensiones de los miembros de la fuerza pública y porque 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 de esta providencia, 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 actor y el texto de la Resolución No. 3895 del 22 de octubre de 2001 en la que se invocó el Decreto 1211 de 1990, como fundamento legal para el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, se establece que el porcentaje de la prima de actividad que le corresponde asciende al 25 por ciento (25%), atendiendo el tiempo de servicios acumulado a la época de la desvinculación, el cual se totalizó en 20 años, 05 meses y 7 días.

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.

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



Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

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 del accionante no están llamadas a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.3 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,

IV.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo 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.





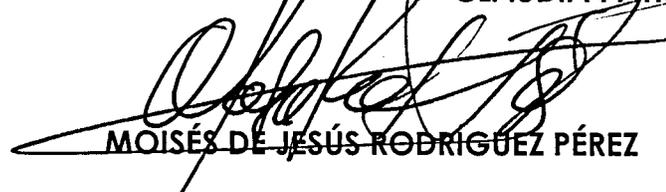
Radicado: 13001-33-33-002-2016-00189-01

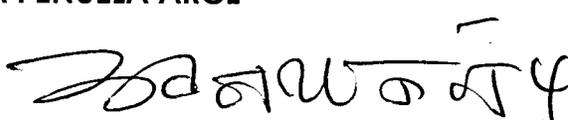
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS DE JESÚS RODRIGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2016-00189-01
Demandante	WILLIAM ARROYO GÓMEZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

