

247/2C



Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01

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

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-003-2016-00221-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>MIGUEL ANTONIO MORENO CANO</b>
<b>Demandado</b>	<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL</b>
<b>Tema</b>	<b>PRIMA ACTIVIDAD -SUB OFICIAL</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

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 17 de julio de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA<sup>1</sup>

##### 1.1. Hecho relevante.

1. El demandante es retirado y goza de asignación de retiro desde el 15 de septiembre de 1986 con un tiempo de servicios de 22 años, 11 meses y 26 días.
2. Al momento de su retiro se le reconoció una partida de prima de actividad por el porcentaje del 25% que gozo 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. 9762 de fecha 10 de febrero de 2016, que negó el derecho al incremento de la Prima de Actividad, ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenar el

<sup>1</sup> Folios 1 – 9.





**Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01**

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 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 y 58  
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 en síntesis que, la inaplicación de las normas violadas al caso concreto del demandante genera una violación a principios legales como el de oscilación, ya que la entidad demandada interpretó y aplicó de forma equivocada el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, al no haber reajustado la prima 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 mencionado 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, lo que precisamente aplicó la entidad demandada incurriendo en la violación de la norma.

Manifiesta que, existe un error de interpretación de las normas violadas, por ello se reconoce y paga indebidamente la partida computable prima de actividad respecto de los retirados, toda vez que, la aplicación de los artículos que permiten el aumento del 50% de la partida computable, se hacen sobre el tiempo de servicios para liquidar la asignación de retiro, lo que constituye para el demandante el primer y segundo error de aplicación.

Precisa que, la norma vigente actualmente Decreto 2070 de 2003 y 4433 de 2004 disponen que la prima de actividad, no exige tiempo de servicios para su





**Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01**

reconocimiento en la asignación de retiro, por ello estarían en violación de normas posteriores al Decreto 1211 de 1990 que fue derogado por los Decretos ya descritos.

**2. CONTESTACIÓN<sup>2</sup>**

Señala como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de las prestación en cabeza del demandante, y con la respuesta dada por la entidad; en cuanto al resto de hechos, se opone a todos y cada uno de ellos toda vez que no hacen parte de la misma. Respecto a las pretensiones de la demanda indica que se opone a todas y cada una de ellas, basado en que con ocasión a la expedición del Decreto 2863 de julio de 2007 se dispuso el reajuste del 50% de acuerdo con lo establecido en la norma.

Así mismo, afirmó que al demandante le fue reconocida asignación de retiro con la Resolución No. 0949 del 15 de septiembre de 1986, fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia del Decreto ley 89 de 1984 y que acreditó un tiempo total de servicio de 22 años, 11 meses y 26 días, con fundamento en el cual se le reconoció la prima de actividad del 25%, 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%, siendo este el tope máximo permitido por el legislador.

Señala que, mediante petición el demandante a través de apoderado solicitó el reajuste de la prima de actividad en su asignación de retiro con el fin de que se le modificara el porcentaje de la misma, a lo cual no accedió la entidad, por cuanto, su prestación quedó consolidada bajo el imperio del Decreto 89 de 1984, constituyéndose en un derecho, por lo que no se pueden hacer modificaciones en aplicación de normas posteriores, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario.

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.

<sup>2</sup> Folio 48-56





Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01

### 3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena profirió sentencia de primera instancia el 17 de julio de 2017, por la cual negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, sostuvo la A quo que, al expedirse la Resolución 0949 del 15 de septiembre de 1986, mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al actor, se le aplicó lo establecido en el Decreto ley 089 de 1984, el cual establecía que el personal de oficiales y suboficiales se les reconocía una prima de actividad del 25% del sueldo básico.

Señaló que, la pretensión del demandante se sustenta en un equívoco sobre cómo entiende el principio de oscilación, pues considera que si se incrementa el porcentaje de la prima de actividad para el personal activo, automáticamente se incrementa el porcentaje que se debe reconocer al retirado, modificando la que se tuvo en cuenta cuando se le reconoció la asignación de retiro, como si el Decreto 2863 de 2007 tuviera efectos retroactivos para modificar el Decreto 612 de 1997 y el Decreto ley 95 de 1989, aplicable al demandante en cuanto a la prima de actividad como factor salarial para la asignación de retiro por ser el vigente al momento de causarse el derecho.

En ese sentido, no encontró desvirtuada la legalidad del acto administrativo demandado, ajustándose a derecho la negativa de reajustar la prima de actividad en la asignación de retiro del demandante en la forma pretendida por este. De igual manera, al haberse acreditado que en cumplimiento del artículo 4º del Decreto 2683 de 2007, al accionante se le reconoce un 37.5% de prima de actividad como factor de la base de liquidación de su asignación de retiro, se debían negar las pretensiones de la demanda.

### 4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>

La parte demandante solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en la medida en que contemplar la A quo que se debe tener en cuenta el tiempo de servicio para efectos de liquidar la prima de actividad, viola las disposiciones del orden legal, entre estas el artículo 53 de la constitución política.

Al respecto, señala el recurrente que para que se dé aplicación al principio de oscilación es necesario que el monto del incremento de la prima de actividad para los retirados, sea el mismo que el monto del incremento que para los activos, según el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, el cual fue del 16,5%.

Finaliza el demandante señalando que para el estudio del presente caso debe

<sup>3</sup> Fl. 129-133

<sup>4</sup> Fl. 85 – 165.





**Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01**

tenerse en cuenta el principio de favorabilidad, y en ese sentido aplicar el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007.

#### **4.1. Actuación procesal de segunda instancia**

Mediante auto de fecha quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)<sup>5</sup>, 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 para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

#### **4.2 Alegatos de conclusión de segunda instancia.**

##### **4.2.1 Parte demandante <sup>6</sup>**

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 demandada<sup>7</sup>**

Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda.

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

<sup>5</sup> F. 233

<sup>6</sup> Fl. 236-240

<sup>7</sup> Fl. 241-244





Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01

## 2. Problemas jurídicos

Conforme al tema de impugnación, la Sala habrá de resolver el siguiente interrogante:

*¿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 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, 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.

### 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 pública<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> 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".





Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01

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.<sup>9</sup>

Por su parte, la Ley 4ª de 1992<sup>10</sup> 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 Nacional<sup>11</sup>.

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 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.

<sup>9</sup> Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

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

<sup>11</sup> 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: 13001-33-33-003-2016-00221-01

#### 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”<sup>12</sup>.

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 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 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**

<sup>12</sup> Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01

de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley" (negritas 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 2007<sup>13</sup>.*

*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**

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 el artículo 152 del **Decreto ley 089 de 1984**, que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe @ **MIGUEL ANTONIO MORENO CANO**, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad, la cual se computaría para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%)<sup>14</sup>.

Posteriormente, se expidió el **Decreto Ley 1211 de 1990**<sup>15</sup> en el que se

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Artículo 152.

<sup>15</sup> Artículo 159.





Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01

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.
- 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 1990<sup>16</sup>, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990<sup>17</sup> y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990<sup>18</sup>.*

<sup>16</sup> 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".

<sup>17</sup> 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".

<sup>18</sup> 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: 13001-33-33-003-2016-00221-01**

*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 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 **MIGUEL ANTONIO CANO**, Suboficial Jefe ® de la Armada Nacional, prestó sus servicios por 22 años, 11 meses y 26 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 0949 del 15 de septiembre de 1986 por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (F.35 - 36), en la que se computaron como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico de actividad	
<b>Prima de Actividad</b>	<b>25%</b>
Prima de Antigüedad	22%
Subsidio Familiar	47%
Prima de Navidad	1/12

**5.1.2** El señor MIGUEL ANTONIO CANO presentó petición radicada el día 06 de febrero de 2016, solicitando el incremento en la prima de actividad en un 49,5% (F. 15-19), resuelta negativamente por la entidad demandada mediante oficio Certificado Cremil No. 9762 de fecha 10 de febrero de 2016 (F. 20).

### 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





**Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01**

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. 0949 del 15 de septiembre de 1986 en la que se invocó el Decreto 089 de 1984, 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%). 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 12.5% que sumado al 25% completa un 37.5%, tal como se acredita en el certificado visible a folios 23 - 26 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.

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





**Radicado: 13001-33-33-003-2016-00221-01**

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 y la sostenibilidad del sistema pensional de la Fuerza Pública.

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.

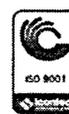
En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **IV.- FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia 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: 13001-33-33-003-2016-00221-01

**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 RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-003-2016-00221-01
<b>Demandante</b>	MIGUEL ANTONIO MORENO CANO
<b>Demandado</b>	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
<b>Tema</b>	PRIMA ACTIVIDAD -SUB OFICIAL
<b>Magistrado Ponente</b>	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

