

125/20



Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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	13001-33-33-004-2016-00253-01
Demandante	LIBARDO ENRIQUE FERNÁNDEZ SIMANCAS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	PRIMA ACTIVIDAD –SUB OFICIAL
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 14 de diciembre del año 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. Hechos relevantes

1. El demandante es retirado y goza de asignación de retiro desde el 1 de octubre de 1980 con un tiempo de servicios de 24 años, 06 meses y 04 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 Folios 1 – 9.





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

1.2. Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad del acto acusado contenido en el escrito CREMIL No. 105999 de fecha 21 de diciembre de 2015, que negó el derecho al incremento de la Prima de Actividad; ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenar reliquidar y pagar la prima de actividad como partida computable de la Asignación de Retiro a partir del 1 de julio de 2007 del 37.5% al 49.5%, iii) pagar lo dejado de percibir por concepto de no reajustar la prima de actividad como partida computable de asignación de retiro, (iv) condenar a la demandada a cancelar con retroactividad todos los valores adeudados en forma indexada, 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, 13, 23, 25, 48, 53 y 58.

Ley 4ª de 1992

Decreto 1211 de 1990 artículos 84, 159.

Decreto 1214 de 1990

Decreto 4433 de 2004, artículo 42

Decreto 2863 de 2007, artículos 2 y 4

Decreto 673 de 2008.

Decreto 737 de 2009.

Decreto 1530 de 2010.

Decreto 1050 de 2011

Decreto 0842 de 2012.

Decreto 1028 de 2015.

Decreto 187 de 2014.

Decreto 1050 de 2013

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





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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 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. CONTESTACION²

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.

Así mismo, afirmó que al demandante le fue reconocida asignación de retiro con la Resolución No. 855 del 1 de octubre de 1980, encontrándose bajo la vigencia del Decreto 612 de 1977 y que acreditó un tiempo total de servicio de 24 años, 06 meses y 04 días, motivo por el cual esa entidad mediante auto de sustanciación del 10 de diciembre 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 4° 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

² Folio 39-46





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de primera instancia el 14 de diciembre de 2017 negando las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, consideró que lo pretendido por la parte actora no resulta viable, toda vez que, la entidad demandada liquidó y pagó al demandante lo correspondiente a la prima de actividad de acuerdo a las estipulaciones contempladas en la normatividad legal vigente en relación a esta materia.

En respuesta al problema jurídico planteado, adujo que CREMIL aplicó debidamente el artículo 2 del decreto 2863 de 2007, debido a que para efectos del reajuste de que trata dicha norma, tuvo en cuenta el porcentaje devengado por el demandante, de acuerdo con las disposiciones que gobernaban la materia al momento en que se consolidó su derecho a la asignación de retiro.

Finalmente, concluye la A quo que el personal retirado si tiene derecho al reajuste porcentual de la prima de actividad pero con base en lo que ha venido devengando por ese concepto en la asignación de retiro correspondiente, mas no con base en el monto de la prima de actividad pagada al personal en servicio activo, porque tomar el porcentaje reconocido por concepto de prima de actividad a los oficiales y suboficiales de la fuerza pública en servicio activo y aplicárselo al personal que ya se encuentra en retiro, implicaría asentar una homogeneidad que no se prevee en la norma que regula la materia, por tanto no es valido aferrarse a transgresión alguna al derecho a la igualdad.

³ Fl. 89-96





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

4. RECURSO DE APELACION⁴

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 principio de favorabilidad de la ley tiene gran relevancia constitucional, por cuanto regula relaciones laborales y estas no son inmutables, ya que el derecho evoluciona.

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.

Finalmente, aclaró que se trata de la misma petición en todas las demandas, y que por error de transcripción en una parte de la petición se escribió 49.5%, cuando realmente la suma a pedir o a reajustar es 16.5%.

4.1. Actuación procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha tres (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)⁵, 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 demandante⁶.

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en lo referente a la aplicación del principio de favorabilidad en el caso concreto, y señaló además que, ante la falta de sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado sobre el tema, hay disparidad de criterios e interpretaciones por parte de los jueces y tribunales administrativos.

⁴ Fl. 98-102

⁵ F. 111-2c

⁶ Fl 114-118





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

4.2.2 Parte demandada⁷

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

2. Problemas jurídicos.

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

⁷ FI 119-122



Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

¿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 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 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

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”.





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.⁹

Por su parte, la Ley 4^o 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 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**,

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: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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 –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

¹² Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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 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 artículo 131 del **Decreto 612 de 1977**, que se encontraba vigente para la época en la que se reconoció

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: 13001-33-33-004-2016-00253-01

asignación de retiro al demandante, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en un porcentaje del **15%** para Oficiales y Suboficiales.

Posteriormente, con fundamento en la normatividad aplicada a las Fuerzas Militares, establecida en el Decreto ley 95 de 1989, norma que deroga las anteriores, se estableció la prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984 en los siguientes términos:

*"Artículo 155. Reconocimiento prima de actividad. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de retiro o pensión, **cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984** se les computará la prima de actividad de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:*

*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%).

Posteriormente, se expidió el **Decreto Ley 1211 de 1990**¹⁴ 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.
- 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,

¹⁴ Artículo 159.





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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 1990¹⁵, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990¹⁶ y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990¹⁷.

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

¹⁵ 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".

¹⁶ 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".

¹⁷ 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: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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 **LIBARDO ENRIQUE FERNÁNDEZ SIMANCA**, Suboficial Primero @ ARC, prestó sus servicios por 24 años, 06 meses, y 04 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 855 del 1 de octubre de 1980 por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (FI.28), en la que se computaron como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico	--
Prima de Actividad	15%
Prima de Antigüedad	24%
Subsidio Familiar	39%
Prima de Navidad	1/12

5.1.2 El señor **LIBARDO ENRIQUE FERNÁNDEZ SIMANCA** presentó petición radicada el día 27 de noviembre de 2015, solicitando el incremento en la prima de actividad en un 49,5% (F. 12-16), resuelta negativamente por la entidad demandada mediante oficio Certificado Cremil No. 105999 de 21 de diciembre de 2015 (F. 17-24).

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, 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 49.5%, con el argumento que se vulnerarían los artículos 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política y que se hizo una indebida interpretación del Decreto





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

2863 de 2007 en sus artículo 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 actor y el texto de la Resolución No. 855 del 01 de octubre de 1980 en la que se invocó el Decreto Ley 612 de 1977 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 quince por ciento (15%), atendiendo el tiempo de servicios acumulado a la época de la desvinculación, el cual se totalizó en 24 años, 06 meses y 04 días. Posteriormente, con fundamento en la normatividad aplicada a las fuerzas militares señalada en el Decreto 95 de 1989 se estableció un aumento en la prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, en los términos indicados en los artículos 154 y 155, normatividad que cubre al demandante, quien por el tiempo de servicio acreditado se hizo acreedor del aumento porcentual 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 12.5% que sumado al 25% completa un 37.5%, tal como se acredita en la contestación de la demanda.

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: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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.

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.





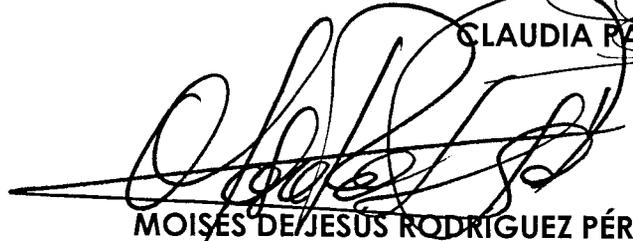
Radicado: 13001-33-33-004-2016-00253-01

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2016-00253-01
Demandante	LIBARDO ENRIQUE FERNANDEZ SIMANGAS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	PRIMA ACTIVIDAD -SUB OFICIAL
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

