

Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-005-2016-00216-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>DAVID PATERNINA LEÓN</b>
<b>Demandado</b>	<b>CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES</b>
<b>Tema</b>	<b>Reajuste de asignación de retiro por incremento de prima de actividad.</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 18 de octubre de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

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

**1.1. Hechos Relevantes**

1. El demandante es retirado y goza de asignación de retiro desde el día 26 de marzo de 1993, con un tiempo de servicio activo de 21 años 05 meses y 15 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.

<sup>1</sup> Folio 1-9





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

## 1.2 Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad del CERTIFICADO CREMIL Oficio No. 67585 de fecha 13 de agosto 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 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 2,13,23,25,48,53,58
- Ley 4 de 1992
- Decreto 1211 de 1990 artículos 84, 159.
- Decreto 1214 de 1990
- Decreto 2863 de 2007
- Artículo 31 Decreto 673 de 2008
- Artículo 30 Decreto 737 de 2009
- Artículo 30 Decreto 1530 de 2010
- Artículo 30 Decreto 1050 de 2011
- Artículo 30 Decreto 842 de 2012
- Artículo 30 Decreto 1050 de 2013
- Artículo 30 Decreto 187 de 2014
- Artículo 30 Decreto 1028 de 2015
- Ley 923 de 2004
- Decreto 4433 de 2004

Señala que el demandante 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 no es justo que quién prestó servicios por más de 25 años reciba una partida por prima de actividad menor que la percibida por el que 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





**Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01**

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.

**2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.<sup>2</sup>**

Solicitó denegar las pretensiones de la demanda con fundamento en que la entidad cumplió la Ley y se fundamentó en los precedentes reiterados del H. Consejo de Estado sobre la improcedencia de la reliquidación de la prima de actividad en casos similares.

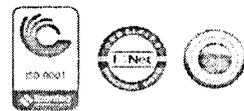
Así mismo, afirmó que al señor Suboficial Jefe ® de la Armada Nacional DAVID PATERNINA LEÓN le fue reconocida asignación de retiro con Resolución 1090 de 26 de julio de 1995, fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990 y que acreditó un tiempo total de servicio de 21 años, 05 meses y 15 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%, siendo este el tope máximo permitido por el legislador.

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 citar el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, argumentando que se dispuso un incremento en el porcentaje de esta prima sin efectuar modificación a los porcentajes que dispone el monto base para la liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento.

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

Propuso como excepción la "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares", reafirmando que las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a

<sup>2</sup> Folio 50-56





**Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01**

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 INSTANCIA<sup>3</sup>**

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de primera instancia el 18 de octubre de 2017 negando las pretensiones de la demanda.

Consideró que, no puede entender el principio de oscilación, considerando 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 en su prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro, modificando la que se tuvo en cuenta cuando se le reconoció la asignación de retiro, como si el Decreto 2683 de 2007 tuviera efectos retroactivos, capaces de modificar el Decreto 1211 de 1990 en cuanto a la prima de actividad como factor salarial para la asignación de retiro.

En ese sentido, no encontró desvirtuada la legalidad del acto administrativo demandado, ajustándose a derecho a 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 4° 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>**

En concreto, la parte demandante solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se declare la nulidad del acto acusado y se ordene el reajuste de la asignación de retiro, incrementando el porcentaje de la prima de actividad al 41.5% de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007.

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 para los activos, según el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, el cual fue del 16,5% quedando un porcentaje del 41.5% en el presente caso.

<sup>3</sup> Fl. 103-107

<sup>4</sup> Fl. 120-131





**Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01**

Considera que, para el estudio del presente caso debe tenerse en cuenta el principio de favorabilidad de la ley el cual tiene gran relevancia constitucional por cuanto regula relaciones laborales y busca la protección de los intereses para el beneficio del accionante y en ese sentido solicita aplicar el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 con base en los efectos retroactivos que recaen sobre las asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 1 de julio de 2007.

**4.1 Actuación procesal de segunda instancia.<sup>5</sup>**

Mediante auto de fecha veintiuno (21) de marzo de dos mil diecisiete (2018), 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 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.

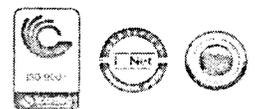
**III.- CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

<sup>5</sup> Folio 137 cuaderno 2

<sup>6</sup> 140-144

<sup>7</sup> 145-148





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

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

## **2. Problema jurídico.**

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

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

Conforme al artículo 217 de la Carta se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares que hace parte de la Fuerza Pública según lo dispone el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo





**Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01**

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>.

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.

De lo anterior, corresponde al Gobierno Nacional:

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

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

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

El **Decreto 1211 de 1990**, el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990**, el Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional, el **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del

<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".

<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.





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

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

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

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

<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.

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





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

*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 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 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."*

<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.





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

#### 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 **Decreto Ley 1211 de 1990** que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe (R) **DAVID PATERNINA LEÓN**, 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 agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.

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





**Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01**

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>14</sup>, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990<sup>15</sup> y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990<sup>16</sup>.*

*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 **SJ (R) ARC DAVID PATERNINA LEÓN** prestó sus servicios por 21 años, 05 meses y 15 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No 1090 del 26 de julio de 1995 por la **CAJA RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**<sup>17</sup>, en la que se computó como partidas a

<sup>14</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>15</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>16</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.”

<sup>17</sup> 59-60





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico	--
<b>Prima de Actividad</b>	<b>25%</b>
Prima de Antigüedad	21%
Subsidio Familiar	47%
Prima de Navidad	1/12
Prima de Actualización	5.5%

**5.1.2** El accionante presentó solicitud de reclamación ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL** con radicado N° 67585 DE 29 DE JULIO DE 2015<sup>18</sup>, solicitando se le reconozca y liquide la partida computable de prima de actividad en el 49.5%, solicitud que fue respondida negativamente por la entidad demandada mediante oficio certificado CREMIL 67585 de fecha 13 de agosto de 2015 (Folio 18).

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

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque contrario a lo sostenido por 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 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. 1090 del 26 de julio de 1995 en la que se invocó el Decreto Ley 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 veinticinco por ciento (25%), atendiendo el tiempo de servicios acumulado a la época de la desvinculación, el cual se totalizó en 21

<sup>18</sup> 61-63





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

años, 05 meses y 15 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 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.

## 5.2 Costas en Segunda Instancia

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

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





Radicado: 13001-33-33-005-2016-00216-01

**FALLA:**

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

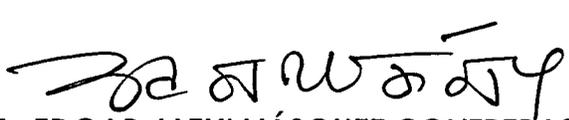
**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**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	13001-33-33-005-2016-00216-01
Demandante	DAVID PATERNINA LEÓN
Demandado	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	Reajuste de asignación de retiro por incremento de prima de actividad.
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

