



Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-006-2016-00254-01
Demandante	ORLANDO DE JESÚS SAMAPAYO RETAMOZA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	Reajuste de asignación de retiro por incremento de prima de actividad.
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida el 28 de septiembre 2017 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Hecho relevante.

1. La Caja de retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Sargento Viceprimero @ ORLANDO DE JESÚS SAMAPAYO RETAMOZA, sin aplicar la modificación establecida para la Prima de actividad en el Decreto 2863 en los artículos 2º y 4º.

1.2. Pretensiones

Declarar la nulidad del oficio CREMIL No. 52528 de fecha 13 de julio de 2016, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reajuste de la asignación de retiro del demandante, incrementando el porcentaje de la prima de actividad al 49,5% sobre su asignación básica, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a cancelar con retroactividad todos estos valores adeudados en forma indexada, dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

condene en costas a la demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Constitución Política en los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 48 y 53.

Decreto 1211 de 1990 artículos 84, 169 y 234.

Decreto 2070 del 2003 artículo 13.

Decreto 4433 de 2004, artículos 13.

Decreto 2863 de 2007

Decreto 673 de 2008.

Decreto 737 de 2009.

Decreto 1530 de 2010.

Decreto 1050 de 2011

Decreto 0842 de 2012.

Decreto 1017 de 2013.

Decreto 187 de 2004.

Señala que la demandada en forma reiterada y desde la expedición del decreto 2070 del 2003, ha vulnerado el principio de oscilación, en cuanto dicho decreto entro en vigencia el 28 de julio para reformar el sistema prestacional de la Fuerza Pública y consagró en el artículo 13 las partidas computables para prestaciones sociales, entre las cuales es preciso mencionar la prima de actividad.

Considera violado el derecho a la igualdad, en la medida en que no se dio aplicación al principio de oscilación que consagra un trato prestacional igual, entre los miembros del servicio activo y los retirados.

En resumen, afirma que la no aplicación de la norma invocada como violada, vulnera no sólo el artículo 42 del Decreto 4433, sino también el artículo 48 de la CN en el inciso final, artículo 53 CN, principio de favorabilidad y artículo 13 CN, principio de igualdad, como derecho fundamental y todos los decretos invocados, mediante los cuales el Gobierno Nacional fija los sueldos básicos del personal de la Fuerza Pública.

Señala que la entidad demandada incurre en falsa motivación en el acto acusado, por cuanto afirma que las normas que han modificado el régimen prestacional de los miembros de las fuerzas militares, tal es el caso del decreto 4433 de 2004, que si bien es cierto modificó la forma de liquidación de algunas partidas, no han dispuesto de un aumento en la prima de actividad para el personal retirado con anterioridad al mismo, ni han establecido el efecto retroactivo. Aún más, cuando señaló en el mismo acto que el Gobierno Nacional autorizó el aumento de la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del citado decreto e indica el porcentaje en que se aumentó con relación al 30% que el suscrito devengaba, para quedar en 49.5%.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

2. CONTESTACION¹

La apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda, indicando como cierto lo relacionado con el reconocimiento de la prestación en cabeza del demandante, e igualmente lo referente a la petición efectuada por ésta a la entidad. Respecto a las pretensiones sostiene que no son procedentes, pues la prima de actividad se reajustó de acuerdo con lo establecido en la ley.

Esquematisó su defensa bajo los argumentos. i) Legalidad de las actuaciones de la Caja de retiro de las fuerzas militares, ii) No violación al derecho a la igualdad, iii) Precedente judicial sobre la prima de actividad.

Afirmó que el señor Sargento Viceprimero ® Orlando de Jesús Samapayo Retamosa de la Armada Nacional le fue reconocida asignación de retiro con resolución No. 239 de 1997, misma fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990 y que teniendo en cuenta la Hoja de servicios militares, el accionante acreditó un tiempo total de servicio de 26 años, 11 meses y 23 días, con fundamento en ello se le reconoció la prima de actividad del 20% y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, se incrementó dicho porcentaje en un 50%, incrementándose en un 30%, 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 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

¹ Folio 32-38.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

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 INSTANCIA².

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, en el transcurso de la audiencia inicial concretada celebrada el día 28 de septiembre de 2017, profirió sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda.

Consideró que el acto acusado no resulta lesivo del ordenamiento jurídico en los términos de los cargos que se le imputa, pues, valorados a la luz de la sana crítica los hechos relevantes probados, concluye que el porcentaje computado por CREMIL es el que resulta aplicable a la situación fáctica del actor.

En efecto, indicó que el acto acusado al negar la reclamación del actor, no hace más que partir de lo dispuesto en la Resolución No. 1349 del 11 de septiembre de 1997 que le reconoció su asignación de retiro, manifestándose como fundamento legal para dicho reconocimiento el Decreto 1211 de 1990, y estableciéndose que el porcentaje de la prima de actividad que le corresponde asciende al veinte por (20%), lo que resulta ajustado al artículo 159 del citado decreto.

Ahora bien, precisó que de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, la prima de actividad de que tratan los artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, 68 del Decreto 1212 de 1990 y 38 del Decreto 1214 de 1990, se debía incrementar en un 50% a partir del 1 de julio de 2007, por lo que teniendo en cuenta que el actor hasta el 30 de junio de 2007 tenía reconocida la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 20% y a partir del 1 de julio de 2007 fue incrementada al 30%, es decir, en los términos establecidos en el referido estatuto, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es, el 10% que sumado al 20% completa un 30%, tal y como viene recibiendo el actor de acuerdo a certificado visible a folios 18 a 19 del expediente.

En lo concerniente al Decreto 4433 de 2004, consideró que el mismo consagra el régimen pensional y las asignaciones para todos los miembros de la Fuerza Pública que se retiren a partir de su vigencia, razón por la cual de ninguna manera se puede aplicar con retroactividad para la asignación de retiro del actor que se consolidó en el año de 1983 y que se rigió por otras disposiciones legales. Teniéndose además que, este Decreto tampoco dispuso el incremento de la prima de actividad para el personal en servicio activo o retirado.

4. RECURSO DE APELACION³.

² Fl. 97-99 y CD folio 100.

³ Fl. 102-110





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

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 36.5% de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

Al respecto, señala el recurrente que para que se de aplicación al principio de oscilación, es necesario que el monto del incremento de la prima de actividad para los retirados debe ser 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 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 veintiuno (21) de marzo de dos mil dieciocho (2018)⁴, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

4.2 Alegatos de conclusión de segunda instancia.

4.2.1 Parte demandante

Guardó silencio.

4.2.2 Parte demandada

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Cita el Decreto Ley 1211 de 1990, artículo 159 y señala frente a este que la Caja e Retiro de las Fuerzas Militares en cumplimiento y previa verificación de las formalidades legales reconoció asignación de retiro militar, además de tener en cuenta la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa.

Afirma que al actor le fue reconocido el tope máximo permitido por el legislador para la época en relación a los años de servicios.

Y reafirma lo expuesto en la contestación en relación al principio de oscilación y

⁴ Folio 118 y reverso.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

al incremento dispuesto en el Decreto 2863 de 2007.

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.

2. Problemas jurídicos.

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

¿Si la sentencia de primera instancia debe ser revocada porque el actor tiene derecho a que su asignación de retiro le sea reajustada con la prima de actividad en un 36,5%?

3. Tesis de la Sala.

La Sala sustentará como tesis que no le asiste razón al recurrente al señalar que el A quo dio una interpretación indebida a las normas que regulan la prima de actividad, por lo que se sostendrá que no está viciado de nulidad el acto acusado, 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. Lo anterior, se refleja en el hecho de que para el personal en servicio activo, la prima de actividad de acuerdo al Decreto 1211 de 1990 será de un 20%, porcentaje que modificó el Decreto 2863 de 2007 que la aumentó en un 50%, es decir en un 10%, quedando en un 30%. Contrario a ello, para el personal





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

en retiro, el porcentaje de la prima de actividad se liquida dependiendo del tiempo total de servicio prestado para las Fuerzas Militares, como lo consagró el Decreto 1211 de 1990.

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, 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.

Conforme al artículo 217 de la Carta se 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 pública⁵.

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.⁶

Por su parte, la Ley 4ª de 1992⁷ 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:

⁵ 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".

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

⁷ Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

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 Nacional⁸.

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.

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"⁹. 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

⁸ 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.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

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 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 2007¹⁰.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

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 **Decreto 1211 DE 1990** que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Sargento Viceprimero (r) **Orlando de Jesús Sampayo Ramtoza**, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en un porcentaje del **20%** para Oficiales y Suboficiales con más de 15 años y menos de 20 años.

Si bien es cierto que el Decreto citado, en su **artículo 84**, ordeno el pago de prima de actividad al **personal activo** en los siguientes porcentajes:

*"...PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que sea equivalente al **treinta y tres por ciento (33%)** del respectivo sueldo básico."*

En el artículo 158, se dispuso que para el personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

"- Sueldo básico.

*- **Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.***

- Prima de antigüedad.

- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.

- Duodécima parte de la prima de Navidad.

- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.

- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

¹⁰ 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: 13001-33-33-006-2016-00254-00

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales."

En el artículo 159, se reguló los porcentajes en que la PRIMA DE ACTIVIDAD sería computada a favor de los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales:

"- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

*- **Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).***

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

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."

Por último, en el artículo 160 del mismo Decreto 1211 de 1990, se contempló a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 que se les computara la prima de actividad de acuerdo con 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%).

PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias."

En desarrollo de la Ley **923 de 2004**, el Gobierno expidió el **Decreto 4433 de 2.004** que fijó el Régimen Pensional y de Asignación de Retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 13 como partida computable para la asignación de retiro del PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES, la prima de actividad y en su artículo 14 refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO:

"Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo **a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto que sean retirados después de dieciocho (18) o más años de servicio**, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

14.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, **tuvieren quince (15) o más años de servicio**, que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

El mismo Decreto 4433 de 2004 en su artículo 15 señaló el derecho a percibir ASIGNACION DE RETIRO a favor de quienes ingresen al escalafón a partir de la fecha de vigencia de dicho Decreto, así:

*“Artículo 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que ingresen al escalafón a partir de la fecha **de entrada en vigencia del presente decreto que sean retirados después de veinte (20) años de servicio**, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

15.1 Sesenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARAGRAFO. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia siempre y cuando tengan veinte (20) o más años de servicio y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.”

Esta norma no dispuso incremento en la PRIMA DE ACTIVIDAD para el personal en servicio activo y 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





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

Decreto Ley 1211 de 1990¹¹, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990¹² y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990¹³.

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, tal como se indicó cuando se estudió el principio de OSCILACIÓN, este Decreto en su artículo 4 dispuso a favor de las asignaciones de retiro lo siguiente:

"Artículo 4. 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.

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

5. El caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 El señor **ORLANDO DE JESÚS SAMAPAYO RETAMOZA**, Sargento Viceprimero ® de la Armada Nacional prestó sus servicios por 16 años, 11 meses y 23 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No 1349 del 11 de septiembre de 1997 por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES¹⁴, en la que se computó como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico de actividad	
----------------------------	--

¹¹ 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".

¹² 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".

¹³ 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."

¹⁴ Folio 22-23.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

Prima de Actividad	20%
Prima de Antigüedad	16%
Subsidio Familiar	39%
Prima de Navidad	1/12

5.1.2 El señor ORLANDO DE JESÚS SAMAPAYO RETAMOZA presentó petición radicada el día 21 de junio de 2016, solicitando el incremento en la prima de actividad en un 49,5% (Folios 12-15 y 16), respondida negativamente por la entidad demandada mediante oficio No.211 Certificado Cremil No. 52528 Consecutivo 2016- 46774 de fecha 13 de julio de 2016 (Folio 16 y reverso).

5.2. Valoración crítica de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque contrario a lo sostenido por el recurrente, respeta el ordenamiento Constitucional 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 30% 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 dado se hizo una indebida interpretación del Decreto 2863 de 2007.

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. 1349 del 11 de septiembre de 1997 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 veinte por ciento (20%), atendiendo el tiempo de servicios acumulado a la época de la desvinculación, el cual se totalizó en 16 años, 11 meses y 23 días, teniéndose que a partir del 1 de julio de 2007 dicho porcentaje fue incrementado al 30%, es decir, en los términos 2863 de 2007, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es el 10% que sumado al 20% completa un 30%, tal como se acredita en el certificado visible a folios 18 y siguientes del expediente.





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

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 con lo precedente, esta Sala considera que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena el 28 de septiembre de 2017.

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,





Radicado: 13001-33-33-006-2016-00254-00

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha veintiocho (28) septiembre de dos mil diecisiete (2017), en la que se dispuso negar las pretensiones formuladas por el señor ORLANDO DE JESÚS SAMAPAYO RETAMOZA contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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	13001-33-33-006-2016-00254-01
Demandante	ORLANDO DE JESÚS SAMAPAYO RETAMOZA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	Reajuste de asignación de retiro por incremento de prima de actividad.
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

