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

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-008-2016-00305-01**
Demandante	**JOSE WILSON RAMIREZ GALVIS**
Demandado	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**
Tema	**PRIMA DE ACTIVIDAD – SUBOFICIAL**
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 25 de julio de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Hechos Relevantes

1.1.1. El demandante es retirado y goza de asignación de retiro reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL.

1.1.2. Actualmente, la prima de actividad está mal liquidada en su asignación, toda vez que, con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 en su artículo 2, le fue reliquidada tan solo en un 12.5% sobre su asignación básica, es claro para el demandante que hacen falta puntos porcentuales por reajustar, dado que lo ordenado en la aludida norma es del 16.5%.

1.1.3. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares niega arbitrariamente el derecho al incremento del porcentaje de la prima de actividad, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitadas por el demandante con base en el decreto 2863 de 2007, artículos 2 y 4, cuando su obligación era de dar estricto cumplimiento a la norma mencionada.

1.2 Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad del Oficio No. 211 CERTIFICADO CREMIL No. 67682 de fecha 12 de agosto de 2015 que negó el derecho al incremento de la Prima de Actividad y su correspondiente reajuste a la asignación de retiro, ii)a título de restablecimiento del derecho, ordenar el reajuste de la asignación de retiro con la prima de actividad, incrementando el porcentaje de la prima de actividad al 41.5% sobre su asignación básica de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, iii) condenar a la

demandada 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, 6, 83, 87
- Ley 4 de 1992
- Decreto 2863 de 2007 artículo 2 y 4
- Decreto 4433 de 2004
- Decreto 1211 de 1990 artículo 84, 151
- Decreto 1212 de 1990 artículo 68, 141
- Decreto 1214 de 1990 artículo 38

Señala que, se vulneró el artículo 2, 6, 83, 87 de la constitución, porque no se le protegió al demandante el derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, no actuó de buena fe la entidad al establecer un aumento que no correspondía al mandato de una norma clara.

En ese orden aduce el demandante que, de acuerdo a las disposiciones legales que regulan la prima de actividad es fácil probar que la entidad aplicó indebidamente la norma, pues el aumento que debió establecer para la partida computable del demandante era del 16.5% y no del 12.5% como realmente ocurrió.

Así mismo entiende el actor como transgredidos los derechos a la igualdad, seguridad jurídica, buena fe y debido proceso, al desconocer providencias que han condenado a la entidad a dar cumplimiento a lo ordenado por el decreto 2863 de 2007. Sustenta lo anterior a través de pronunciamientos del Juzgado 27 Administrativo del Circuito de Bogotá, Tribunal Administrativo de Boyacá y Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[1]

Solicitó denegar las pretensiones de la demanda con fundamento en que la entidad cumplió la Ley.

Así mismo, afirmó que , en la Resolución 0536 del 6 de mayo de 1975, aprobada por el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Resolución No. 4518 del 12 de junio de 1975 se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe ® de la Armada Nacional, JOSE WILSON RAMÍREZ GALVIS, adquirió el status de retirado al desvincularse a partir del 1 de marzo de 1975,

[1] Fl. 39-46

misma fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia del Decreto 2337 de 1971 que establece en su artículo 116 que la prima de actividad en asignaciones de retiro será del 15% del sueldo básico correspondiente a su grado, posteriormente, se expidió el Decreto 95 de 1989, que en su artículo 155 en concordancia con el artículo 154 estableció una modificación con respecto a la partida computable prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, teniendo en cuenta que dicha norma cobija al demandante toda vez que, su prestación fue reconocida con anterioridad a 1984 y considerando su tiempo de servicios de 24 años, 1 mes y 15 días, mediante auto de sustanciación del 1 de junio de 1989 liquidó la prima de actividad del militar de acuerdo a las vigencias que dispone la norma, es decir que le aumentó hasta el 25% la partida computable así:

Vigencia fiscal de 1990 (18.5%)
Vigencia fiscal de 1991 (22.5%)
Vigencia fiscal de 1992 (25%)

El demandante percibió por concepto de prima de actividad el 25% 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 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 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 INSTANCIA[2].

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de primera instancia el veinticinco (25) de julio de dos mil diecisiete (2017), negando las pretensiones de la demanda.

Consideró que, el Decreto 2863 de 2007 en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permitiese incrementar la asignación del actor en el porcentaje de 41.5% a partir del 1 de julio de 2007, sino que, el incremento sería solo de un 50% de lo que venía recibiendo, que para su caso sería el 12.5% sumándole el 25% que ya venía recibiendo, arroja un total de 37.5%, porcentaje que actualmente la demandante recibe por prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

En ese orden, de conformidad con la jurisprudencia del consejo de estado, no es factible dar aplicación retrospectiva de la Ley, y por tanto, no puede el Decreto 2863 de 2007 extender sus efectos o consecuencias jurídicas de sus disposiciones a situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio y vigencia de una ley o normativa anterior, o lo que es lo mismo, darle aplicación retroactiva, por lo que el reajuste autorizado por el Decreto y sus efectos fiscales solo aplican a partir del 1 de julio de 2007 porque así lo dispuso en forma expresa el artículo 7 del mencionado decreto.

4. RECURSO DE APELACIÓN[3]

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 no se está pidiendo la aplicación del Decreto 4433 de 2004, sino el cumplimiento del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, así mismo aduce que no se está pidiendo arbitrariamente aplicación retroactiva un decreto solo por considerarlo conveniente por derecho de igualdad, sino porque el Decreto aludido ordena que a los que tuvieran asignación de retiro obtenida antes del 1 de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado al activo correspondiente.

Considera que, para el estudio del presente caso debe tenerse en cuenta el principio de pro operario, consistente en optar por la interpretación más

[2] Fl. 79-85
[3] Fl. 96-99

protectora a los intereses del trabajador de la norma jurídica que rige la situación. Está condicionado a la existencia de una duda en la interpretación judicial, que genera incertidumbre para el juez, o en general al aplicador jurídico.

4.1 Actuación procesal de segunda instancia.[4]

Mediante auto de fecha catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (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 de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto de fondo.

4.2. Alegatos de conclusión de segunda instancia

4.2.1 Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión.

4.2.2 Parte demandada.

No presentó alegatos de conclusión.

4.2.3 Concepto del Ministerio Público

El Agente 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 C.P.A.C.A. 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 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

[4] Fl. 112

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 el A quo dio una interpretación indebida a las normas que regulan la prima de actividad, puesto que existe una marcada diferencia entre la prima de actividad como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la prima de actividad como prestación social a favor del personal en servicio activo, conforme se deriva del marco normativo de la providencia.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Para resolver este interrogante, y teniendo en cuenta que en lo esencial, señala el escrito de alzada que 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

El artículo 217 de la Carta autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de la Policía Nacional, la cual hace parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública[5].

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]

---

[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

Por su parte, la Ley 4ª de 1992[7] dispuso que le corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, **respetando la nivelación que debe existir entre la remuneración del personal activo y el retirado de la Fuerza Pública dentro de un respectivo grupo**, para lo cual, los Decretos que se profieran en uso de dicha competencia, no deben conducir a resultados diferenciales en el quantum de los salarios con respecto a las asignaciones de retiro de ese personal. Por ejemplo, no debe existir diferencia entre los oficiales en servicio activo de los oficiales retirados.

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

El **Decreto 1211 de 1990,** el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990**, el Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional, el **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional y el **Decreto 1214 de 1990** que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional[8].

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 dictas 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.

---

[7] Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.
[8] El Decreto 2070 de 2003 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL.

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 ***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)

[9] Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004

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[10].*
> *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 116 del Decreto 2337 de 1971 que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe ® **JOSE WILSON RAMÍREZ GALVIS**, 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:

---

[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.

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%)

Artículo 154. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A 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, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

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

Lo dispuesto en los artículos citados se refiere al reconocimiento paulatino de los porcentajes a los que tengan derecho los retirados de acuerdo al artículo 154 y respetando el tope de cada vigencia dispuesta en el artículo 155, es decir, en el caso particular del señor Suboficial jefe ® Jose Wilson Ramírez Galvis, **quien se encuentra dentro de los retirados con 20 años o más de servicios, pero menos de 25 años, le correspondería una prima de actividad del 25%; sin embargo, ésta es reconocida gradualmente de acuerdo al artículo 155, es decir, que para la vigencia fiscal de 1990 se le reconoce prima de actividad en un porcentaje del 18.5, en la vigencia fiscal de 1991 se le reconoce prima de actividad del 22.5%, y finalmente en la vigencia de 992 se reconoce una prima de actividad hasta el 25% que constituye el tope porcentual al que tiene derecho a través del artículo 154 del Decreto.**

El **Decreto 1211 DE 1990** (que rige actualmente y derogó al Decreto 95 de 1989), en su **artículo 84**, ordenó el pago de la 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.
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 2004** 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 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%) porcada 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."

El mismo Decreto 4433 de 2004 en su artículo 15 señaló el derecho a percibir ASIGNACIÓN 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 Decreto Ley 1211 de 1990[11], 68 del Decreto Ley 1212 de 1990[12] y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990[13].*
> *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 **Suboficial Jefe ® de la Armada Nacional, JOSE WILSON RAMÍREZ GALVIS,** prestó sus servicios por 24 años, 1 mes y 15 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro por la **CAJA RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** mediante Resolución No. 05387 de 1975 (Folios 9-10), en la que se computaron como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

---

[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."

Sueldo básico	--
Prima de Actividad	**15%**
Prima de Antigüedad	23%
Subsidio Familiar	43%
Prima de Navidad	1/12

5.1.2 La demandante presentó solicitud de reclamación ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL** con radicado N° 21240 de 14 de marzo de 2016, solicitando se le reconozca y liquide la partida computable de prima de actividad en el 41.5%, solicitud que fue respondida negativamente por la entidad demandada mediante oficio CREMIL Oficio No. 67682 de fecha 12 de agosto de 2015 (Fl. 11-12).

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 a la demandante, cuando pretende que la asignación de retiro de la cual es beneficiaria le sea reajustada incrementando la prima de actividad de un porcentaje del 37.5 % al 41.5%, con el argumento que se vulnerarían los artículos de la Constitución Política decantados en el concepto de la violación y que 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 Suboficial Jefe ® José Wilson Ramírez y el texto de la Resolución No. 05387 de 1975 en la que se invocó el Decreto 2337 de 1971, 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%) de acuerdo al artículo 116 que regula los porcentajes de las partidas computables para liquidar asignaciones de retiro, posteriormente con la entrada en vigencia del Decreto 95 de 1989 que establece la inclusión de la prima de actividad a las asignaciones de retiro que la norma vigente para la época del reconocimiento no contemplaba como partida computable para liquidar asignaciones de retiro, y un aumento en la prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas

desde la entrada en vigencia del Decreto 2337 de 1971 (que trae consigo la inclusión de la prima de actividad como partida computable para liquidar asignaciones de retiro) y con anterioridad al 18 de enero de 1984 en los términos indicados en los artículos 154 y 155, normatividad que cobija al demandante, quien por gozar de asignación de retiro bajo la vigencia del Decreto 2337 de 1971 gozaba de una prima de actividad del 15% en virtud del artículo 116, y al acreditar un tiempo de servicios de 24 años, 1 mes y 15 días, es acreedor de un aumento del 25% de prima de actividad, razón por la que a partir del 1 de marzo de 1975 fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007 devengó por concepto de prima de actividad en su asignación de retiro un 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 aludido, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50% tal como se acredita en la contestación de la demanda.

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 de la 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.

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**