



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01

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

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-012-2015-00545-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JAIME RIVEROS POLANIA</b>
<b>Demandado</b>	<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL</b>
<b>Tema</b>	<b>PRIMA ACTIVIDAD – SUB OFICIAL</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida el 24 de octubre de 2016 por el Juzgado Doce 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. Hecho relevante.**

1. El demandante prestó servicios en la Armada Nacional como Oficial por 21 años , 01 mes y 27 días, llegando al grado de CAPITÁN DE CORBETA.
2. La Caja de Retiro de las Fuerza Militares mediante Resolución 0290 del 21 de febrero de 1990, ordenó el reconocimiento y pago de su asignación de retiro .
3. Dentro de las partidas computables de la asignación de retiro, se le reconoció la Prima de Actividad en un porcentaje del 25%.
4. CREMIL interpretó de forma errónea el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, ajustando la Prima de Actividad del 25% al 37,5% de la asignación básica y no del 16,5% como se ajustó a los activos en razón de lo establecido en dicho Decreto.
5. En derecho de petición de fecha 29 de mayo de 2015 dirigido a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y recibido con consecutivo 20150049207, solicitó la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro en la partida Prima de Actividad acorde con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.
6. La demandada mediante oficio 041643 de fecha junio 19 de 2015, negó lo

<sup>1</sup> Folios 2 – 11.





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01

solicitado.

## 1.2. Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad de la Resolución No. 041643 de fecha 19 de junio de 2015 que negó el reajuste y liquidación de la Prima de Actividad. ii) A título de restablecimiento del derecho, ordenar a CREMIL el reconocimiento, reajuste y pago de la prima de actividad en la asignación de retiro de la cual es titular, a partir del día 1 de julio de 2007 en el monto dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 y reajustar las mesadas pensionales subsiguientes pagadas hasta lo corrido de 2015. iii) Condenar a CREMIR a reconocer y pagar al demandado las sumas correspondientes, dejadas de percibir por concepto de reajuste de la asignación con observancia a las prescripciones cuatrienales de que habla el Decreto 1211 de 1990, es decir, a partir del 29 de mayo de 2015. iv) Cumplir la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. v) Condenar en costas a la demandada.

## 1.3 Normas violadas y concepto de violación

Constitución Política en el artículo 53

Decreto 4433 de 2004 artículo 2º, artículo 84, artículo 42

Decreto 2863 de 2007 artículo 2º y artículo 4º

Decreto 1515 de 2007 artículo 32

Decreto 1211 de 1990 artículo 84, artículo 159

Decreto 1212 de 1990 artículos 68 y artículo 141

Decreto 1214 de 1990 artículo 38

Señala que, al negarse CREMIL al reconocimiento y pago del 41.5% de la Prima de Actividad a partir del 1 de julio de 2007, se vulnera el contenido del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, pues dicha norma consagró expresamente que se incrementaría la prima de actividad en un 50% a partir del 01 de julio de 2007 según establecen el artículo 84 del Decreto ley 1211 de 1990, artículo 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y el artículo 38 del Decreto ley 1214 de 1990. Adicionalmente, advierte que para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a las asignaciones 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 deberá ajustar el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el 50%.

Igualmente, considera violado el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, según el cual, en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, los oficiales y suboficiales de la F.F.M.M y de la Policía Nacional con asignación de retiro, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el activo.





**Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01**

Así mismo, expuso que se violó el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones según el cuál estas se aumentarían en el mismo porcentaje para cada grado del personal activo y eliminando las diferencias entre el personal activo y retirado.

Finalmente indicó la violación al artículo 53 de la Constitución Política que establece principios fundamentales aplicables a trabajadores y ordena tener en cuenta la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho.

**2. CONTESTACION<sup>2</sup>**

Aduce como ciertos todos los hechos que se refieren al reconocimiento de la prestación en cabeza del demandante, los relacionados con la petición efectuada a la entidad y los relacionados con la respuesta expedida por la demandada; en cuanto al resto de los hechos se opone a todos y cada uno de ellos, toda vez que, se pretende la confesión de lo que es materia de la litis.

Así mismo, afirmó que al demandante le fue reconocida asignación de retiro con Resolución 0290 de 1989, encontrándose bajo la vigencia del Decreto 89 de 1984 y que acreditó un tiempo total de servicio de 21 años, 1 mes y 7 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, las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro no implican o tienen relación con el reajuste o nivelación de la asignación, la cual opera a través del principio de oscilación, el cual como se indicó anteriormente, se desarrolla a partir del sueldo básico de actividad y el incremento que a este le realice el gobierno nacional a través de los decretos ejecutivos.

Sostiene que, no le asiste razón al demandante al solicitar el incremento de Prima de Actividad, por cuanto, el reconocimiento de su asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época de su retiro, incluyendo dentro de su liquidación las partidas computables de acuerdo a la ley.

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 35 – 41 y reverso





**Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01**

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 Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en audiencia inicial profirió sentencia de primera instancia el 24 de octubre de 2016, negando las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, consideró que lo pretendido por la parte actora no resulta viable, toda vez que, la entidad demandada reconoció al actor una asignación de retiro mediante Resolución Nro 0290 de 21 febrero de 1990 y liquidó y pagó al demandante, lo correspondiente a la prima de actividad del 25% de acuerdo con las estipulaciones contempladas en la normatividad legal vigente en relación a esta materia.

Advierte la juez de primera instancia que, la disposición legal aplicable al caso concreto es la contenida en el artículo 151 del Decreto 089 debido a que a la fecha en que se reconoció la asignación de retiro se encontraba vigente ese decreto, el cual estableció en su artículo 152, que para los servidores con 20 o mas años de servicio pero menos de 25, se les liquidaría en su asignación de retiro la prima de actividad en un porcentaje del 25%, lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 0290 de 21 de febrero de 1990, y posteriormente, la entidad dio aplicación al Decreto 2683 de 2007 e incrementó la prima de actividad del actor en un 50%, es decir, en un 12.5%

Concluyó la A quo que, el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad en un 41.5%, por no acreditar mas de 30 años en servicio activo y consecuentemente, tampoco tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro por este concepto.

### **4. RECURSO DE APELACION<sup>4</sup>**

Señala que, la sentencia de primera instancia viola el principio de interpretación gramatical o literal de la norma, toda vez que, aunque es cierto que los jueces, dentro de la esfera de sus competencias cuentan con autonomía e independencia judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas, dicha facultad no es absoluta, pues se encuentra limitada por el orden jurídico

<sup>3</sup> Fl. 84-89 y reverso

<sup>4</sup> Fl. 90-98





**Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01**

prestablecido y principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho. Considera que se incurre en los señalados defectos, en la medida que en la providencia recurrida se le da a los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, una interpretación que contradice su tenor literal y le da un alcance diferente al sentido de la norma, como quiera que, de la lectura de los citados artículos no se desprende que el incremento a las asignaciones de retiro o pensiones deba hacerse sobre lo que el retirado venía percibiendo y que le fuera reconocido al momento del retiro.

Señala además, que hubo violación al debido proceso y a la seguridad social, por desconocimiento directo del artículo 53 de la Constitución. Ello por cuanto, si la juez tenía dudas respecto del porcentaje que debía aplicar en la prima de actividad en las asignaciones de retiro, de manera imperativa debía optar por aquella que fuera más beneficiosa para el trabajador, como quiera que la Corte Constitucional al desarrollar el principio de favorabilidad en materia prestacional y laboral, ha establecido el precedente jurisprudencial al cual debió acogerse la juez de instancia, y no una interpretación que desconoce los derechos del demandante.

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

Mediante auto de fecha quince (15) de junio 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 en contra de la sentencia de fecha 24 de octubre de 2016 y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

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

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

Reitera lo expuesto en su recurso de alzada, en el sentido de invocar la aplicación de los principios de favorabilidad laboral y sostener que se debe aumentar el porcentaje de la prima de actividad del 12.5% reconocido irregularmente por la entidad accionada, al 16.5% ordenado en el Decreto 2863 de 2007 y solicita se revoque la sentencia proferida por la Juez del Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena.

<sup>5</sup> FI.107-108

<sup>6</sup> FI 115-118





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01

#### **4.2.2 Parte demandada<sup>7</sup>**

Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda y solicita se mantenga en firme la sentencia de primera instancia dictada en el proceso.

#### **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:

*¿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

---

<sup>7</sup> FI 111-114



Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01

que sirve para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la prima de actividad como prestación social a favor del personal en servicio activo, conforme se deriva del marco normativo de la providencia.

#### 4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Para resolver este interrogante, y teniendo en cuenta que en lo esencial, señala el escrito de alzada que la A quo incurrió en una indebida interpretación de las normas cuyo cumplimiento se pide, y considera que se ha violado el principio constitucional al aplicar una interpretación que desfavorece los derechos del actor, por lo tanto, 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 los ascensos, derechos, obligaciones y el régimen prestacional de las fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, la cual hace parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública<sup>8</sup>.

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

<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: 13001-33-33-012-2015-00545-01

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 PÚBLICA está contenido, entre otras, en las siguientes disposiciones relevantes frente a cada grupo de sus miembros:

El **Decreto 089 de 18 de enero de 1984**, por medio del cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 095 de enero 11 de 1989**, por medio del cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual fue derogado por el **artículo 270 de Decreto 1211 de 1990**.

El **Decreto 1211 del 11 de junio de 1990**, el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990**, el Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional, el **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional y el **Decreto 1214 de 1990** que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional<sup>11</sup>.

Así mismo, las siguientes disposiciones que se aplican a todos los miembros de la FUERZA 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.

<sup>11</sup> El Decreto 2070 de 2003 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01

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

En primer lugar se debe afirmar que la asignación de retiro se considera como una modalidad de prestación social que "se asimila a pensión de vejez"<sup>12</sup>.

Este principio se traduce en que, la asignación de retiro y las "pensiones" de los miembros de la fuerza pública, para el caso concreto –**OFICIALES Y SUBOFICIALES** - se liquidan teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones del personal en servicio activo, con la finalidad de que las mismas mantengan una equivalencia que salvaguarde el principio de igualdad.

Por su parte, en la **Ley 923 de diciembre 30 de 2004**, se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de **la Fuerza Pública** conforme al **artículo 150, numeral 19, literal e)**, precisando en su **artículo 2** que para la fijación de ese régimen el Gobierno debe tener en cuenta los **principios** de "eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad". Como elementos mínimos del marco pensional y de la asignación de retiro, incluyó en el **artículo 3 numeral 3.13** el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "**El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo**".

Por su parte, el **Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004** que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares**, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, dispuso en su **artículos 2 y 3** la Garantía de los Derechos Adquiridos y reiteró los principios señalados en la Ley de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".

En el título V –denominado DISPOSICIONES VARIAS, **artículo 42** consagró el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "**Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajusten en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley**" (negrillas y subrayado fuera de texto)

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





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01

Este artículo garantiza el Principio de Oscilación a futuro, de aquellos miembros de la Fuerza Pública a los cuales le sea reconocida Asignación de Retiro en vigencia del mismo.

Por último, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 que modificó el Decreto 1515 de 2007, consagró en su artículo 4 el PRINCIPIO DE OSCILACIÓN así:

*"En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, **los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares** y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1 de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2 del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007<sup>13</sup>.*

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

#### **4.3 Disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y 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 84 de 1989** que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Capitán de Corbeta ® de la Armada Nacional el señor **JAIME RIVEROS POLANÍA**, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad, la cual se computaría para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%)<sup>14</sup>.

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

<sup>13</sup> Esta disposición legal consagró el aumento de la prima de actividad del personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional regulado por el Decreto 1214 de 1990, en los siguientes términos: "La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.

<sup>14</sup> Artículo 152.

<sup>15</sup> Artículo 159.





**Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01**

partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en porcentajes proporcionales según el tiempo de servicios acumulados al momento del retiro, así:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- Para individuos entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- Para individuos con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

En virtud de la **ley 797 de 2003, en su artículo 17 numeral 3**, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 2070 de 2003**, el cual reformó el régimen pensional y de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su **artículo 23** como **partida computable para la asignación de retiro** del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su artículo 24 refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

En el mismo sentido y en desarrollo de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4433 de 2004** que fijó el Régimen Pensional y de Asignación de Retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 23 como **partida computable para la asignación de retiro** del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su **artículo 24** refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Ninguna de esas dos normas, dispuso incremento en la PRIMA DE ACTIVIDAD para el personal en servicio activo. Esto se vino a modificar con **el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007** que ordenó su incremento en un cincuenta por ciento (50%) a favor de los miembros de la Fuerza Pública. En efecto, en su **artículo 2** dispuso modificar el artículo 32 del **Decreto 1515 de 2007** en los siguientes términos:

*"Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1 de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990<sup>16</sup>, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990<sup>17</sup> y 38 del Decreto Ley 1214*

<sup>16</sup> Debe tenerse en cuenta que este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. El artículo 84 dispuso: "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".

<sup>17</sup> Este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 68 consagró: " Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".





Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01

de 1990<sup>18</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 **JAIME RIVEROS POLANÍA** Capitán de Corbeta ® ARC, prestó sus servicios por 21 años, 1 mes y 27 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No. 0290 del 21 de febrero de 1990, por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (F. 58-59), en la que se computaron como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico de actividad	
<b>Prima de Actividad</b>	<b>25%</b>
Prima de Antigüedad	16%
Subsidio Familiar	39%
Prima de Navidad	1/12

**5.1.2** El demandante presentó petición ante Cremil, solicitando el incremento de la prima de actividad en un 50% del 33% resultando un 41.5% (F. 12-14), la cual fue resulta negativamente por la entidad demandada mediante oficio Certificado Cremil No. 49207 de fecha 19 de junio de 2011 (F. 15-16).

<sup>18</sup>Este Decreto constituye el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Consagró en el artículo 38: "Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones."





## 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 37.5% al 41.5%, 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 que se hizo una indebida interpretación del Decreto 2863 de 2007 en sus artículos 2 y 4.

Lo anterior, porque conforme se señaló en el marco jurídico de esta providencia, no se pueden confundir los porcentajes y partidas computables para liquidar los sueldos del personal en servicio activo, con las partidas que la ley ha previsto para las asignaciones de retiro en una determinada época y en vigencia de una norma específica.

En efecto, consultada la hoja de servicios del actor y el texto de la Resolución No. 0290 del 21 de febrero de 1990, en la que se invocó el Decreto 89 de 1984, como fundamento legal para el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, se establece que el porcentaje de la prima de actividad que le corresponde asciende al veinticinco por ciento (25%), atendiendo el tiempo de servicios acumulado a la época de la desvinculación, el cual se totalizó en 21 años, 1 mes y 27 días, teniéndose que a partir del 1 de julio de 2007 dicho porcentaje fue incrementado al 37.5%, es decir, en los términos del Decreto 2863 de 2007, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es el 12.5% que sumado al 25% completa un 37.5%, tal como se acredita en el certificado visible a folio 19 del expediente.

Por ello, vale la pena precisar conforme se consignó en el marco jurídico del caso, que se debe diferenciar la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación social a favor del personal activo y el porcentaje que consagra la ley para la liquidación del derecho pensional, pues la nueva ley bien pudo consagrar partidas diferentes a las que sirvieron de base para liquidar las reconocidas en vigencia de una disposición anterior, pero no quiere decir que esté incrementando la partida correspondiente a la prestación social en servicio activo, pues se recuerda, es diferente esta partida del factor que puede consagrar la ley para liquidar el derecho pensional o la Asignación de Retiro.





**Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01**

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 y la sostenibilidad del sistema pensional de la Fuerza Pública.

Conforme las anotaciones precedentes, esta Sala considera que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

### **5.3 Costas en Segunda Instancia**

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

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

### **IV.- FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por la Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones e incluirán el valor de las agencias en derecho a cargo de





**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SALA FIJA DE DECISIÓN NO. 2**  
**SENTENCIA No. 101 /2018**

**SIGCMA**

**Radicado: 13001-33-33-012-2015-00545-01**

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	13001-33-33-012-2015-00545-01
Demandante	JAIME RIVEROS POLANIA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	PRIMA ACTIVIDAD – SUB OFICIAL
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

