



13001-33-33-001-2016-00212-01

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2016-00212-01
Accionante	CONCEPCION VARGAS DE SARMIENTO
Accionada	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Magistrada Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)¹, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- Mediante Resolución No. 1685 del 04 de septiembre de 1975,² CREMIL le reconoció asignación de retiro al Sub Oficial Jefe de la Armada Nacional JOSE NICOLAS SARMIENTO GUARDO.
- En virtud del principio de oscilación el Decreto 2863 de 2007, estableció un incremento del 50% sobre la prima de actividad que reajusta la asignación de retiro.
- El señor JOSE NICOLAS SARMIENTO GUARDO solicitó el reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del 49.5% de la prima de actividad, cuestión que fue negada por la parte demandada mediante el oficio No. CREMIL 67635 del 21 agosto de 2015³

1.2 Las pretensiones de la demanda

¹ Fl. 95-112 c- 1

² Fl. 30-31 c- 1

³ Fl. 20 C- 1





13001-33-33-001-2016-00212-01

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del oficio No. CREMIL 67635 del 21 de agosto de 2015.⁴, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por medio del cual se negó el reconocimiento y reajuste de la PRIMA DE ACTIVIDAD.

A título de restablecimiento del derecho, solicita: i) que se ordene a la entidad demandada reajustar la asignación de retiro como consecuencia de la reliquidación de la PRIMA DE ACTIVIDAD en un porcentaje del 49.5% del sueldo básico, ii) que se ordene a la demandada pagar a su favor las diferencias indexadas que se hayan generado por concepto de PRIMA DE ACTIVIDAD hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago iii) el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A y IV) que se condene a la demandada en costas.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Señala como vulnerados la Constitución Política en el preámbulo y en los artículos 2, 13, 23, 25, 48, 83, 53 y 58 y el Decreto 2863 de 2007.

Alega el demandante que las normas antes citadas han sido violadas, pues de las mismas se concluye que el Gobierno Nacional, efectuó un reajuste en el porcentaje de prima de actividad para activos y para los retirados en la misma proporción. Señala que la prima de actividad contemplada en los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990 y 68 del Decreto ley 1212 de 1990, establecida en el 33%, se incrementó en un 50% lo que equivale a un reajuste del 16,5%, el cual se debe aplicar en su integridad al demandante en los mismos porcentajes, para obtener 49.5% de reconocimiento de prima de actividad, pues debe darse aplicación a la norma más favorable que lo cobija.

Advierte que dicho ajuste se reconoce a quienes hayan obtenido la prestación social de asignación de retiro o pensión, con anterioridad al 1º de julio de 2007 y que para tal reajuste no debe tenerse en cuenta el tiempo de servicio.

Afirma que con el actuar de la entidad se viola igualmente el principio de oscilación y el principio constitucional de favorabilidad ante la coexistencia de normas de igual rango legal.

⁴ Fl. 1 - 9 C-1





2. Contestación de la demanda⁵.

CREMIL contesta la demanda señalando sobre los hechos, que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la prestación en cabeza del demandante, el derecho de petición dirigido a la Entidad y la respuesta a este, desestimando los demás; y en relación con las pretensiones, se opone a las mismas.

Fundamenta su defensa bajo los argumentos i) Legalidad de las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares, ii) principio de aplicación de la ley en el tiempo, iii) reconocimiento de derechos adquiridos. Afirma que el Sub Oficial jefe de la Armada Nacional JOSE NICOLAS SARMIENTO GUARDO adquirió el status de militar retirado al desvincularse de la Armada Nacional el 01 de septiembre de 1975, bajo la vigencia del Decreto 2337 del 1971 y decreto ley 95 del 11 de enero de 1989. Que al demandante se le venía liquidando dentro de la asignación de retiro el 25% por concepto de prima de actividad, hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual el porcentaje fue incrementado al 37.5% por lo cual considera que la presente demanda carece de fundamento.

Arguye, que no le asiste razón al demandante para 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, agrega que no está de más recordar el principio de aplicación de la ley en el tiempo, el cual consiste en que las leyes rigen hacia el futuro.

Propuso como excepción la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL, al considerar que las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares 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 ejecutivos 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 Instancia⁶

⁵ Fls. 40 – 45 C-1

⁶ Fls. 95- 112 c-1



13001-33-33-001-2016-00212-01

Mediante sentencia proferida el catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, resolvió denegar las pretensiones de la demanda.

Observó el A quo que el incremento solicitado ya le fue aplicado al caso del demandante, toda vez que el porcentaje de la prima de actividad pasó de un 25% a un 37.5%, por lo que no encuentra el despacho causal de nulidad en el acto administrativo demandado.

Por lo anterior, concluyó que los argumentos esbozados por la parte demandante como fundamento de sus pretensiones no tienen vocación de prosperidad, toda vez que la asignación de retiro y los incrementos se han efectuado de acuerdo con las normas vigentes.

4. Recurso de Apelación.⁷

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia; al respecto indicó que el juez de primera instancia dio una mala interpretación a la norma, pues el artículo 2º en concordancia con el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 niveló la prima de actividad al personal de oficiales y suboficiales antes reconocido y regulado por el Decreto 1211 de 1990, por lo tanto los miembros retirados tienen el mismo derecho a recibir la prima de actividad incrementada en un 50% en la misma proporción de los que se encuentran en servicio activo, para un total de 41.5% en aplicación del principio de favorabilidad.

Señala que la tesis del juzgado va en contravía de los principios de oscilación y favorabilidad, pues resulta claro que debe aplicársele al caso del demandante el aumento del 41.5% pues este es el verdadero sentir de la norma.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fls. 5 C. 2). Mediante auto del treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 10 C. 2)

⁷ Fls. 114-118 c-1





6. Alegaciones

La entidad demandada -CREMIL- No presentó alegatos finales.

La Parte Demandante presentó alegatos⁸.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

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 ordenado por el artículo 207 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, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Está viciado de nulidad el acto acusado, al negar al actor el reajuste de la asignación de retiro aumentando el monto correspondiente a la prima de actividad de un porcentaje del 25.% al 41.5%, según lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, en concordancia con el

⁸ Fol. 11- 15 c- 2





13001-33-33-001-2016-00212-01

principio de oscilación, en el mismo monto que lo reciben los miembros en servicio activo?

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 en su momento la entidad demandada le efectuó el aumento de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2863 de 2007, pasando su asignación por este concepto de 25% a 37.5%, de acuerdo con la normatividad que regula la materia, por lo que no hay lugar a ordenar reajuste en el mismo monto de los miembros en servicio activo, por carecer de fundamento jurídico para ello.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1 Del Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Conforme al artículo 217 de la Constitución Política, se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, como 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 pública⁹.

En la misma línea, el artículo 150 numeral 19 de la Carta autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social al que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales *"a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras de equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente"*.¹⁰

⁹ARTICULO 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".

¹⁰Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004





13001-33-33-001-2016-00212-01

Por su parte, la Ley 4ª de 1992¹¹ dispuso que le corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de dicho personal, **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 y los oficiales retirados.

Dentro de las disposiciones de la precitada Ley 4ª de 1992, se destacan por su relevancia para la solución del caso concreto, los artículos 1, 2, 4, 10 y 13. De estas se tiene que corresponde al Gobierno Nacional:

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

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

Ahora bien, 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 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional, el **Decreto 1211 de 1990 o** Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990 o** Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional y el **Decreto 1214**

¹¹Artículo 13





13001-33-33-001-2016-00212-01

de 1990 que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional¹².

Así mismo, se aplican a todos los miembros de la FUERZA PÚBLICA: la **Ley 923 de 2004**, contentiva de "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", 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 Del principio de OSCILACIÓN.

Sea lo primero advertir que la asignación de retiro se considera como una modalidad de prestación social que "se asimila a pensión de vejez"¹³.

Ahora, en lo que respecta al principio de OSCILACIÓN, tratándose de oficiales de las fuerzas militares, en concreto del Ejército Nacional, se ha venido consagrando así:

DECRETO 1211 DE 1990 "...ARTICULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente **Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto.** En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la

¹² 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.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





13001-33-33-001-2016-00212-01

administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.
“ (subrayado y negrilla fuera del texto).

Esta disposición, consagró el principio de oscilación que se traduce en que, la asignación de retiro y las “pensiones” de los miembros de la fuerza pública, 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.

Sobre el principio de OSCILACIÓN, el Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Segunda, Consejero Ponente, Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, radicado interno 2956 -99, que se ha reiterado y mantenido como línea jurisprudencial, precisó:

*“... ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones establecido en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990, **las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas...**”*

Entonces, conforme al principio de oscilación, todo aquello que beneficie la asignación del respectivo personal en actividad, beneficia la asignación del personal en retiro.

Así las cosas, habiéndose precisado que al Estado le asiste el deber de aumentar las remuneraciones conforme a los criterios y objetivos señalados en la Ley 4ª de 1992, debe entenderse que ese aumento se debe efectuar no sólo en los salarios de los miembros activos sino también en igualdad en las asignaciones de retiro.

Además, esa misma Ley marco, consagra que en ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los servidores del Estado, dentro de los cuales se encuentra, el personal de la fuerza pública y entre ellos, el personal que goza de asignación de retiro.

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,*



13001-33-33-001-2016-00212-01

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 lo demás 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 sus 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*"

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 2007¹⁴.*

¹⁴ 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





13001-33-33-001-2016-00212-01

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

4.2. La prima de Actividad

Mediante los artículos 59 y 116 del Decreto 2337 de 1971¹⁵ se reglamentó la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, en los siguientes términos:

"(...)

Artículo 59. Prima de actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo tendrán derecho a una Prima de Actividad que será del treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un uno y medio por ciento (1½%) por cada año de servicio cumplido el grado respectivo, sin que exceda del treinta y seis por ciento (36%).

Parágrafo. Cuando el Oficial o Suboficial sea ascendido al grado inmediatamente superior, iniciará nuevamente la Prima de Actividad con el treinta por ciento (30%) del sueldo básico, reajustándose anualmente en la forma prevista en este artículo".

(...)

Artículo 116. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

a). Cesantía y demás prestaciones unitarias: Sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava 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 y prima de Estado Mayor en las condiciones indicadas en este Estatuto;

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.

¹⁵ "Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares."





13001-33-33-001-2016-00212-01

b). Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijo legítimos un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad de quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava 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 y prima de Estado Mayor en las condiciones en este Decreto. (Subrayado fuera de texto). (...)"

Posteriormente, el Decreto 612 de 1977, en los artículos 65 y 131, por el "cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", sostuvo:

"Artículo 65. Prima de actividad. 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.

Artículo 131. Bases de liquidación. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias sobre sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava 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 y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre; sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos liquidados conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava parte de la prima de Navidad; prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto; gastos de representación para Oficiales Generales o de





13001-33-33-001-2016-00212-01

Insignia y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto."

Con la expedición de la Ley 19 de 1983, el Congreso de la República "reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional". Con fundamento en lo anterior, se expidió el Decreto 089 del 18 de enero de 1984, por el cual se "reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares" y en el artículo 80¹⁶ estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. De la misma forma, en el artículo 152 *ibídem*, dispuso el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales, en los siguientes términos:

"Artículo 152. *Cómputo Prima de actividad. A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se 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 y tres por ciento años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)." (Subraya fuera de texto.)

Luego, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 95 del 11 de enero de 1989, mediante el cual "se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", y en el artículo 82 reguló lo relativo a la prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico devengado en servicio activo.

¹⁶ Artículo 80. Prima de Actividad. 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.





De la misma forma, en el artículo 154 *ibídem*, la incluyó dentro de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales, en los siguientes términos:

"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%)."

Posteriormente, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, profiere el Decreto 1211 de 1990, por el cual "se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", dejando en los mismos términos las disposiciones relativas a la prima de actividad.¹⁷

Sin embargo, el artículo 160¹⁸ *ibídem*, hizo especial referencia al reconocimiento de la prima de actividad a los oficiales y suboficiales o a sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, antes del 18 de enero de 1984, en los siguientes términos:

"ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales

¹⁷ ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

ARTICULO 159. 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 computar 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 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%).

¹⁸ Artículo declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 134 de 31 de octubre de 1991, Magistrado Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez.





13001-33-33-001-2016-00212-01

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 se les computará 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."

Mediante la expedición de la Ley 797 de 2003¹⁹, en el numeral 3º del artículo 17, se facultó al Presidente para expedir los estatutos especiales de la Fuerza Pública, con fundamento en ello, se expidió el Decreto Ley 2070 del 25 de julio de 2003²⁰ (Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003), norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C - 432 del 6 de mayo del 2004 con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, por haberse desconocido lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, concretamente, porque "(...) debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias. (...)".

Fue así como el Presidente de la República, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004²¹, profirió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", en cuyos artículos 13 y 45 dispuso:

"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de

¹⁹ "Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales."

²⁰ "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares"

²¹ "Mediante la cual se señalan 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."



13001-33-33-001-2016-00212-01

sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

(...)

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales."

"Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000."

Por su parte el artículo 14²² *ibídem*, consagró la forma en que debe

²² **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 con 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 después 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 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.





13001-33-33-001-2016-00212-01

liquidarse la asignación mensual de retiro del personal de la fuerza pública, en consideración al tiempo de servicio.

Luego, se expidió el Decreto 2863 de 2007, "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones" que en su artículo 2, ordenó el incremento a la prima de actividad consagrada en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, en cuantía equivalente al 50%, a partir del 1 de julio de 2007, así:

"Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así: 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, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990. 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%)."

Y el artículo 4 *ibídem*, estableció:

"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. (...)"

Es así como la prima de actividad, desde el momento mismo de su creación, fue concebida como una prestación en favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para posteriormente convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro, en consideración a los años que el interesado estuvo en servicio activo, y de acuerdo al porcentaje establecido en la ley.

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.



5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

- El señor JOSE NICOLAS SARMIENTO GUARDO sub oficial jefe de la Armada Nacional. devenga asignación de retiro a cargo de CREMIL desde el primero (1) de septiembre de 1975, con un servicio acreditado de 23 años, 06 meses y 12 días (folios 30 - 31).
- Mediante Resolución No. Resolución No. 1685 del 04 de septiembre de 1975,(Fol.30-33) le fue reconocida al señor JOSE NICOLAS SARMIENTO GUARDO asignación de retiro, en la que se computó como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico	
Prima de Actividad	25.0%
Subsidio familiar	35.0%
Prima de Antigüedad	23.0%
Prima de Navidad	1/12

- La señora CONCEPCION VARGAS DE SARMIENTO presentó petición radicada el día 29 de julio de 2015, solicitando el incremento en la prima de actividad de un 25. % a 49.5%, a partir del 01 de julio de 2007(Folios 11-12), la que fue resuelta negativamente por la entidad demandada a través de oficio CREMIL 67635 del 21 agosto de 2015 (Folio 20 c. 1).

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

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, en ella se hizo un correcto análisis respecto de las normas que resultan aplicables al caso concreto.

Considera la Sala que, no le asiste razón al demandante, cuando pretende que su asignación sea reajustada incrementando la prima de actividad de un porcentaje del 25.% a 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.

Una vez revisados la certificación de pago allegados en la demanda (fls 12) se pudo establecer que al demandante para el año 2007 y siguientes la entidad le liquidó la prima de actividad en porcentaje de 37.5 %, lo cual corresponde con el incremento ordenado por el decreto 2863 de 2007, tal como lo admite el actor en la demanda.



13001-33-33-001-2016-00212-01

De la normatividad referida en líneas anteriores, se estableció que el Decreto 2863 de 2007, incrementó el porcentaje de la prima de actividad equivalente al 50% para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo; así como también para las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez obtenidas antes del 1 de julio de 2007, quienes tendrán el derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado a los del servicio activo, en razón al incremento establecido en el artículo 2 del decreto 2863 de 2007. Así, es claro que el aumento indicado en la norma es sobre el porcentaje y no sobre el monto básico como lo pretende el demandante, dado que este no es el alcance de la norma.

Bajo este entendido, la Sala observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizó el reconocimiento de la asignación de retiro conforme a las normas que regían la materia para el momento en que se produjo el retiro del causante, esto es, en aplicación a lo establecido en el Decreto Ley 95 de 1989, como quiera que el señor JOSE NICOLAS SARMIENTO GUARDO prestó sus servicios por espacio de 23 años, 06 meses y 12 días. Sin embargo, la entidad demandada en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, re liquidó el porcentaje de la prima de actividad, elevándola del 25% al 37.5%.

En este sentido, la Sala advierte que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2 y 4 del Decreto 2862 de 2007, pues se advierte que cuando el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2º del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y no al resultado de aplicar el 50% al 33% de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990²³.

No sobra resaltar, que para el cómputo del aumento mencionado, la entidad obligada debía tener en cuenta el tiempo y porcentaje reconocido al momento en que se le reconoció la asignación de retiro, pues conforme a ello, es que se ajusta la prima de actividad equivalente al 50%, en tanto la disposición se refiere al aumento en el valor de una variable, lo cual hace referencia a que el reajuste tiene lugar respecto a la proporción reconocida al demandante al momento en que se consolidó el derecho.

Así Las Cosas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas.

²³ Ver sentencia del catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01653-01(1762-17) Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección B





13001-33-33-001-2016-00212-01

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Primero Administrativo de Bolívar, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS