

Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

Cartagena de Indias D. T. y C., ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2016-00229-01
Demandante	ALCIRA ESTHER ESPINOSA DE LA ESPRIELLA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	Reajuste de asignación de retiro por incremento de prima de actividad.
Magistrado Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida el 24 de mayo de 2018 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. Hechos relevantes

1. La demandante es beneficiaria del señor RAFAEL DE LA ESPRIELLA LÓPEZ, a quien se le reconoció asignación de retiro desde el 1 de noviembre de 2002 con un tiempo de servicios de 18 años, 06 meses y 07 días.
2. Al momento de su retiro, se le reconoció una partida de prima de actividad por el porcentaje del 20% que gozó hasta el 1 de julio de 2007.
3. Actualmente la prima de actividad, está mal liquidada en su asignación de retiro, toda vez que, con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 en su artículo 2, le fue reliquidada tan sólo en un 10%; que correspondió al 50% del porcentaje reconocido inicialmente, arrojando un total de 30% cuando debió ser del 49.5%.
4. Por lo anterior, en sede administrativa solicitó a CREMIL reliquidar la prima de actividad en un 49.5% sobre el sueldo, según lo previsto en el Decreto 2863 de 2007 y a partir del 1 de julio de 2007.

1.2. Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad del acto acusado

¹ Folios 1 – 9.



Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

contenido en el escrito CREMIL No. 77621 de fecha 14 de septiembre de 2016, que negó el derecho al incremento de la prima de actividad, ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenar el reajuste de la asignación de retiro con la prima de actividad, incrementando su asignación básica desde el 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en el porcentaje que se reclama, iii) condenar a la demanda a cancelar con retroactividad todos los valores adeudados en forma indexada, iv) cumplir la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y v) condenar en costas a la demandada.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

- Constitución Política en los artículos 2,13,23,25,48,53,58
- Ley 4 de 1992
- Decreto 1211 de 1990 artículos 84, 159.
- Decreto 1214 de 1990
- Decreto 2863 de 2007
- Artículo 31 Decreto 673 de 2008
- Artículo 30 Decreto 737 de 2009
- Artículo 30 Decreto 1530 de 2010
- Artículo 30 Decreto 1050 de 2011
- Artículo 30 Decreto 842 de 2012
- Artículo 30 Decreto 1050 de 2013
- Artículo 30 Decreto 187 de 2014
- Artículo 30 Decreto 1028 de 2015
- Ley 923 de 2004
- Decreto 4433 de 2004

Señala que el demandante fue retirado con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, razón por la cual solicita la aplicación del principio de favorabilidad en su caso, porque no es justo que quien prestó servicios por más de 25 años reciba una partida por prima de actividad menor que la percibida por el que está en servicio activo. De igual manera se debe aplicar el artículo 151 de la Ley 1212 de 1990 que regula el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y demás fuerzas militares del Estado, sobre el principio de oscilación en las asignaciones de retiro, de tal manera que cuando el gobierno decreta un aumento salarial para oficiales y sub oficiales en servicio activo se refleje en las asignaciones de retiro.

Amén de lo anterior, la demandada CREMIL, viene interpretando de manera errada y por consiguiente nociva para los intereses del demandante, el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 al reajustar la prima de actividad aplicando el inciso segundo del artículo 2 del Decreto en cuestión, y no





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

Afirma que, la interpretación acomodada de la demandada respecto de la aplicación del aumento de la partida computable en cuestión, transgrede el principio de la interpretación gramatical de la ley, cuando el texto es claro en su aplicación.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA²

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 la Acuerdo 474 del 26 de julio de 1960 aprobado en Resolución 720 de 1961, encontrándose bajo la vigencia del Decreto 501 de 1955 y que acreditó un tiempo total de servicio de 18 años, 06 meses y 07 días, motivo por el cual esa entidad mediante auto de sustanciación del 27 de abril de 1989 liquidó la prima de actividad, con fundamento en el Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, así:

- En la vigencia fiscal de 1990 (18.5 %)
- En la vigencia fiscal de 1991 (20%)

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

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

Propuso como excepción la "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares", reafirmando que las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto al realizar los

² Fl. 40-48





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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 INSTANCIA³.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de primera instancia el 24 de mayo de 2018 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 liquidó y pagó al demandante lo correspondiente a la prima de actividad de acuerdo a las estipulaciones contempladas en la normatividad legal vigente en relación a esta materia.

En respuesta al problema jurídico planteado, adujo que CREMIL aplicó debidamente el artículo 2 del decreto 2863 de 2007, debido a que para efectos del reajuste de que trata dicha norma, tuvo en cuenta el porcentaje devengado por el demandante, de acuerdo con las disposiciones que gobernaban la materia al momento en que se consolidó su derecho a la asignación de retiro.

Finalmente, concluye la A quo que el personal retirado sí tiene derecho al reajuste porcentual de la prima de actividad pero con base en lo que ha venido devengando por ese concepto en la asignación de retiro correspondiente, mas no con base en el monto de la prima de actividad pagada al personal en servicio activo, porque tomar el porcentaje reconocido por concepto de prima de actividad a los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública en servicio activo y aplicárselo al personal que ya se encuentra en retiro, implicaría asentar una homogeneidad que no se prevé en la norma que regula la materia, por tanto no es valido aferrarse a transgresión alguna al derecho a la igualdad.

4. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que se revoque, por considerar que se trata de un proveído abiertamente contrario a derecho, ya que contradice los artículos 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política, debido a que, el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, con ocasión del principio de oscilación, debe ser aplicado al caso del demandante, es decir, que se le reajuste la prima de

³ Fl. 118-124

⁴ Fl. 128-132





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

del Decreto 2863 de 2007, con ocasión del principio de oscilación, debe ser aplicado al caso del demandante, es decir, que se le reajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje que al activo.

Aduce que, no comparte el fallo de primera instancia, en la medida que el principio de favorabilidad de la ley tiene gran relevancia constitucional, por cuanto regula relaciones laborales y estas no son inmutables, ya que el derecho evoluciona.

Concluye que, yerra el fallo de primera instancia, ya que el Decreto 2863 de 2007 sí previó efectos retroactivos al establecer que su aplicación se realiza a aquellas asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 1 de julio de 2017, por lo tanto, aunque es posterior, se aplica también a asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Finalmente, aclaró que se trata de la misma petición en todas las demandas, y que por error de transcripción en una parte de la petición se escribió 49.5%, cuando realmente la suma a pedir o a reajustar es 16.5%.

4.1. Actuación procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha 28 de noviembre de 2018⁵, 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.

4.2. Alegatos de conclusión de segunda instancia.

4.2.1. Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión.

4.2.1. Parte demandada

No presentó alegatos de conclusión

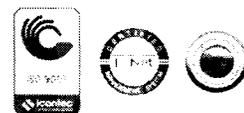
4.2.3. Ministerio Público

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

⁵ Fl. 139





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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. Problema jurídico.

Conforme al tema de impugnación, la Sala habrá de resolver el siguiente interrogante:

¿La sentencia de primera instancia debe ser revocada y/o confirmada, porque el actor tiene derecho o no, a que su asignación de retiro le sea reajustada con la prima de actividad en un 36.5%?

3. Tesis de la Sala.

La Sala sustentará como tesis que la sentencia se debe confirmar y en esa medida que no le asiste razón al recurrente al señalar que la A quo dio una interpretación indebida a las normas que regulan la prima de actividad, puesto que existe una marcada diferencia entre la prima de actividad como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la prima de actividad como prestación social a favor del personal en servicio activo, conforme se deriva del marco normativo de la providencia.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

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



Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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 pública⁶.

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.⁷

Por su parte, la Ley 4^a de 1992⁸ 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 Nacional⁹.

⁶ 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".

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

⁸ Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.

⁹ 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: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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

4.2. El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones en 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"¹⁰.

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**".

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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

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

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

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

*"En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, **los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares** y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1 de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2 del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007¹¹.*

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

¹¹ Esta disposición legal consagró el aumento de la prima de actividad del personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional regulado por el Decreto 1214 de 1990, en los siguientes términos: "La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

4.3. Disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado.

Partiendo de la diferencia que existe entre **PRIMA DE ACTIVIDAD, como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales** unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la **PRIMA DE ACTIVIDAD como Prestación Social** a favor del personal en servicio activo, se procede a citar las disposiciones legales que las han tratado desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro que se estudia:

El decreto 501 de 1955, que se encontraba vigente para la época en la que se reconoció asignación de retiro al demandante, no contempla la prima de actividad como partida computable para asignaciones de retiro, únicamente la reconoce al personal que se encuentra activo para la época, es por ello que en los actos administrativos que reconocen y ordenan pagar asignaciones de retiro bajo la vigencia del aludido Decreto solo se consagran las partidas de prima de antigüedad, prima de navidad y subsidio familiar, además del porcentaje de sueldo básico que se reconoce para liquidar la asignación. Hasta la expedición del Decreto 2337 de 1971, se consagró la prima de actividad como partida computable para liquidar asignaciones de retiro, no obstante, dicha disposición no le fue aplicada al demandante, porque su asignación de retiro se le reconoció bajo vigencias anteriores.

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:

*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:





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

- 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 primero @ RAFAEL DE LA ESPRIELLA LÓPEZ, **quien se encuentra dentro de los retirados con 15 años o más de servicios, pero menos de 20 años, le correspondería una prima de actividad del 20%; 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, y en la vigencia fiscal de 1991 se le reconoce prima de actividad hasta el 20%, 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





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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%)."

En el artículo 160 del mismo Decreto 1211 de 1990, se contempló a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 que se les computara la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

"- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

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

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





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

“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%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio,





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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 ASIGNACION DE RETIRO a favor de quienes ingresen al escalafón a partir de la fecha de vigencia de dicho Decreto, así:

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

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

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

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

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

Esta norma no dispuso incremento en la PRIMA DE ACTIVIDAD para el personal en servicio activo y se vino a modificar con el **Decreto 2863 del 27 de julio de 2007** que ordenó su incremento en un cincuenta por ciento (50%) a favor de los miembros de la Fuerza Pública. En efecto, en su artículo 2 dispuso modificar el artículo 32 del **Decreto 1515 de 2007** en los siguientes términos:





Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

"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 1990¹², 68 del Decreto Ley 1212 de 1990¹³ y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990¹⁴.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto Ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)".

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

"Artículo 4. En virtud del principio de Oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1 de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2 del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

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

5. El caso concreto

5.1. Hechos relevantes probados.

5.1.1. El señor **RAFAEL DE LA ESPRIELLA LÓPEZ (Q.E.P.D.)**, suboficial primero ® de la Armada Nacional prestó sus servicios por 18 años, 06 meses y 07 días (Fl. 19), razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante acuerdo No. 474 del 26 de julio de 1960¹⁵ por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la que se computó como partidas a tener en cuenta para su

¹² 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".

¹³ 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".

¹⁴ 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."

¹⁵ Fl. 91-92



Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

liquidación las descritas en el Decreto 501 de 1955 y que a la fecha está recibiendo un 30% por concepto de prima de actividad.

5.1.2. La señora **ALCIRA ESTHER ESPINOSA DE LA ESPRIELLA**, en calidad de beneficiaria del señor **RAFAEL DE LA ESPRIELLA LÓPEZ**, presentó petición radicada el día 6 de septiembre de 2016¹⁶, solicitando el incremento en la prima de actividad en un 49.5%, respondida negativamente por la entidad demandada mediante oficio No. 211 Certificado CREMIL 77621 Consecutivo 2016-61710 de fecha 14 de septiembre de 2016¹⁷.

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 frente al problema jurídico que es de interpretación y aplicación de normas y no probatorio, 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 20% al 36,5%, 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 porque se hizo una indebida interpretación al no armonizar los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

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

En efecto, consultada la hoja de servicios del actor y el texto del Acuerdo No. 474 del 26 de julio de 1960 en la que se invocó el **Decreto 501 de 1955** como fundamento legal para el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, no se establece la partida computable prima de actividad para asignaciones de retiro, en el caso objeto de estudio y de acuerdo a lo decantado en el marco jurídico de la presente sentencia, es solo a partir del Decreto 95 de 1989¹⁸ que se estableció la inclusión de la prima de actividad a las asignaciones de retiro que la norma vigente para la época del reconocimiento no la contemplaba como partida computable para

¹⁶ Fl. 19

¹⁷ Ibíd

¹⁸ derogado por el Decreto 1211 de 1990.



Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

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 501 de 1955** y acreditar un tiempo de servicios de 18 años, 6 meses y 7 días **es acreedor del aumento porcentual del 20%**¹⁹ de la prima de actividad, razón por la que a partir del **1 de marzo de 1969** fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007 dicho porcentaje fue incrementado al 30%, es decir, en los términos del Decreto aludido, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es el 10% que sumado al 20% completa un 30%, tal como se acredita en Resolución No. 4758 del 1 de noviembre de 2002, mediante la cual se ordena el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios del finado, visible a folio 28-30.

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

No se evidencia vulneración del principio de OSCILACIÓN, toda vez que es facultad exclusiva del Legislador fijar el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y a las Cajas de Retiro solo les compete dar aplicación a dichas disposiciones, como se ha hecho en el presente caso.

La evolución normativa se constituye en un proceso lógico ante los cambios sociales y económicos por los que ha atravesado el país, los cuales ameritan la mutación en la reglamentación con el fin de responder a las nuevas necesidades. Frente a la variación de las circunstancias, es apenas lógico que no es posible mantener inmodificable la regulación legal existente, ni menos aún pretender la aplicación retroactiva de las disposiciones, pues ello iría en contra de prerrogativas de orden constitucional dentro de las que se encuentra la seguridad jurídica.

¹⁹ El porcentaje reconocido por CREMIL no concuerda con el tiempo real de servicios del pensionado, toda vez que a folio 95 se observa un tiempo de servicios superior al de la hoja de vida del finado. No obstante, el despacho tomará como tiempo de servicios el acreditado en los hechos probados que corresponde a 23 años, 1 mes y 22 días, dispuestos en la hoja de vida (F. 76-78) y el acuerdo No. 228 de 1969 (F. 91 reverso y 92)



Radicado: 13001-33-33-004-2016-00229-01

Conforme con lo precedente, esta Sala considera que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia proferida por la juez 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,

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, 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.

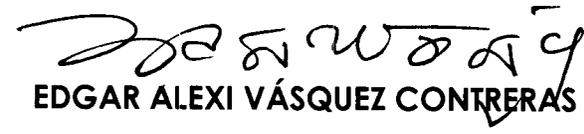
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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