



Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-007-2016-00154-01
Demandante	Jaime Alfonso Sánchez Stave
Demandado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Temas	Prima de actividad.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia de 16 de agosto de 2017, mediante la cual el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda (f. 1 – 7)

a. Pretensiones.

El señor Jaime Alfonso Sánchez Stave presentó demanda, mediante apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra CREMIL, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. La nulidad de la decisión tomada mediante Oficio N° 211, Certificado Cremil N° 36950 Consecutivo 2016-34544 de fecha 23 de mayo de 2016, emanada de la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente Reliquidación y el correspondiente Reajuste de la Asignación de Retiro solicitadas por el señor Suboficial Primero @ JAIME ALFONSO SÁNCHEZ STAVE.

2. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Asignación de Retiro del Señor Suboficial Primero @ JAIME ALFONSO SÁNCHEZ STAVE, incrementando el porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD al 41,5% sobre su Asignación Básica, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

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



4. Que se me reconozca personería jurídica para actuar en nombre y representación de mi poderdante en los términos en que está suscrito el presente Poder.

5. Que se condene en costas a la Entidad demandada por su mala intención de llegar al colmo de FALSEAR un Decreto para negar un derecho legítimo al demandante.

b. Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda el actor afirmó, en resumen, lo siguiente:

CREMIL le reconoció asignación de retiro desde el 11 de septiembre de 1990, liquidándole la partida computable correspondiente a la prima de actividad en un 25% del sueldo básico.

Manifestó que al quedar cobijado por el Decreto 2863 de 2007 y las normas relacionadas con el mismo, tiene derecho a que se le ajuste el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, es decir, el 50% de 33% es 16.5%. Sin embargo, CREMIL aplicó indebidamente lo ordenado en dicho Decreto, pues solo aumentó la prima de actividad en un 12,5% sobre su asignación básica; faltando 4 puntos porcentuales para reajustar.

Solicitó a la entidad accionada el reajuste de su prima de actividad. Solicitud que fue negada mediante oficio N°.211 Certificado CREMIL N°. 36950 Consecutivo 2016-34544 del 23 de mayo de 2016.

c. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que el acto acusado viola los artículos 2º, 6º, 83 y 87 de la Constitución Política; y 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

Adujo que la entidad accionada aplicó indebidamente el Decreto 2863 de 2007, porque solo aumentó en un 12.5% la prima de actividad, en vez del 16.5%.

El artículo 2 del Decreto 2863 que modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, señala que a partir del 1º de julio de 2007, la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto – Ley 1211 de 1990, 68 del Decreto Ley 1212/90 y 38 del Decreto –Ley se deberá incrementar en un 50%.

El artículo 84 ibídem señala que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al 33% del sueldo básico.

El artículo 4 ibídem señala que 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 Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez y sus beneficiarios de la pensión de



1a2

sobreviviente obtenida antes del 1 de julio de 2007, tendrán derecho a que se le ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente Decreto.

El acto acusado mal interpreta el contenido del Decreto 2863 de 2007, porque afirma que el 50% debe calcularse sobre el valor de la prima de actividad que venía devengando a su entrada en vigencia. No obstante, su correcta interpretación exige aumentar el 50% sobre el valor en que se haya ajustado la prima al personal activo correspondiente.

3.2. Contestación (fs. 28 – 34).

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas, con los siguientes argumentos:

Con ocasión a la expedición del Decreto 2863 de 2007, CREMIL efectuó el reajuste en la proporción indicada en la norma, el actor contaba con una prima de actividad con un porcentaje del 25%, pero a partir del mes de julio de 2007 la misma, aumento a un 37.5%

Afirmó además que en su condición de establecimiento público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, es el encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

En desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como son, entre otros, los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 095 de 1989, 1211 de 1990, y actualmente el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Frente al caso en comento afirmó que al accionante le fue reconocida asignación de retiro con Resolución N°.1526 del 11 de septiembre de 1990 bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990.

El artículo 234 del Decreto Ley 1211 de 1990, establece que “el reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa.

El Ministerio de Defensa Nacional, expidió Hoja de Servicios Militares N°.0154/9028 ARC, aprobada por el sr. Comandante de la Armada mediante Resolución N°. 0175 del 13 de agosto de 1990, en la que consta que el demandante fue retirado de la actividad militar por solicitud propia, acreditando un tiempo de servicio de 20 años, 09 meses y 11 días.



Se le reconocía como prima de actividad dentro de su asignación de retiro el 25% de su asignación básica, en concordancia al artículo 159 del Decreto Ley 1121.

El incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro.

Alegó que el principio de oscilación contemplado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de actividad a cada cargo, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación que distinta a la analizada por el demandante que refiere la aplicación de este principio entre asignaciones de retiro adquiridas en regímenes diferentes, la cual no es susceptible de este principio.

Propuso la Excepción de no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y solicitó que se denegaran las suplicas de la demanda y además se condenara en costas a la parte demandante.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs.

El A-quo mediante sentencia de 16 de agosto de 2017, denegó las pretensiones de la demanda, con fundamentos en los siguientes argumentos:

El demandante prestó sus servicios a la Armada Nacional durante 20 años, 9 meses y 11 días, y se le reconoció una asignación de retiro equivalente al 70% del sueldo básico de actividad para el grado y con las partidas legalmente computables, efectiva desde el 1 de marzo de 1990.

En dicha Resolución se le incluyó la partida computable de la prima de actividad equivalente en un 25% de su sueldo básico, porcentaje que corresponde al tiempo de servicio laborado.

Precisó 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. Igualmente manifestó que al aplicar el principio de igualdad que alega el actor llevaría a desconocer la facultad que tiene el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública.

CREMIL actuó dentro del marco legal, puesto que se limitó a aplicar los porcentajes contenidos en la norma vigente para el momento en que el actor adquirió el derecho de recibir la asignación de retiro, pues no sería procedente



193

aplicar un porcentaje superior al realizado porque el actor no acreditó un tiempo de servicio mayor al tenido en cuenta al momento de realizar dicha liquidación.

La asignación de retiro fue reconocida y liquidada conforme lo indica el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, la cual incluía prima de actividad computada en un 25% desde el año 1984, sin embargo, en la actualidad le es cancelado un porcentaje de 37.5% en cumplimiento al Decreto 2863 de 2007, correspondiente al 50% que se le cancelaba al actor, por concepto de prima de actividad.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 146 – 151).

La apoderada de la parte demandante reiteró en lo sustancial lo expuesto en la demanda. Manifestó solicita la aplicación del artículo 4° del decreto 2863 de 2007, y no la aplicación en forma retroactiva de algún decreto por considerarlo conveniente por derecho de igualdad.

La norma citada no establece que el aumento del 50% de la prima de actividad deba realizarse en el porcentaje que venía devengando, como erradamente lo afirmó la demandada y el A-quo. Dicha norma establece que el aumento corresponde al que se haya ajustado al activo correspondiente, es decir. El 50% del 33% que devengada el activo.

Afirmó que el principio de oscilación de que trata el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, no se hace efectivo si la prima de actividad de los retirados se incrementa en un monto inferior al de los activos; razón por la que solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de 1° de marzo 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 179), y por providencia de 25 de mayo de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 183).

La parte demandada En sus alegatos, reiteró en lo sustancial los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fs. 186 - 189)

La parte demandante no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

5.2 Problema Jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si el demandante tiene derecho a que CREMIL le reliquide su asignación de retiro, con base en el aumentando su prima de actividad, según lo contenido en el Decreto 2368 de 2007.

Deberá establecer igualmente si para calcular el incremento en la prima mencionada al personal con asignación de retiro, debieron aplicarse los principios de la condición más favorable o beneficiosa al trabajador y buena fe, así como los de igualdad y oscilación en los mismos términos del personal activo.

8.3 Tesis de la Sala.

El demandante no tiene derecho a que se reliquide su asignación de retiro, porque su prima de actividad le fue incluida en el ingreso base de liquidación según el porcentaje establecido en el Decreto 2368 de 2007.

Los principios de favorabilidad, buena fe, igualdad y oscilación invocados por el apelante, no deben aplicarse en el presente caso por las razones que se expondrán en las consideraciones de este fallo.

8.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

8.4.1 Prima de Actividad.

La prima de actividad de que trata este proceso, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El Decreto 1211 de 1990, *Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*, en su artículo 159 dispuso:

"ARTÍCULO 159. CÓMPUTO 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%)."

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, preceptúa:

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

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

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 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.

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."

De lo anterior se colige que el Decreto 4433 de 2004 contempla porcentajes mayores referentes a la prima de actividad que debe computarse en la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en comparación con el Decreto 1211 de 1990.

Por otro lado, el artículo 42 del citado Decreto consagra el llamado principio de oscilación, según el cual, las asignaciones de retiro contempladas en él, se incrementarían en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones para los miembros que se encuentran en actividad.

"Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. 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 ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."



Por otro lado, el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 que fijó 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, dispone lo siguiente:

"Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º 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%)." (Negritas de la Sala)

"Artículo 4º. 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 1º 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 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. (Negritas de la Sala)

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

Haciendo una interpretación armónica de los artículos en cita, se concluye que, en virtud del principio de oscilación, el aumento dispuesto en el porcentaje de la prima de actividad del personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares, también se les aplica al personal retirado que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1º de julio de 2007, que ya vinieran disfrutando de asignación de retiro.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. De lo probado dentro del proceso.

Dentro del proceso quedó demostrado que:

- Mediante Resolución 1526 del 11 de septiembre de 1990, CREMIL le reconoció la asignación de retiro del demandante, por haber laborado 20 años, 9 meses y 11 días, y le reconoció una prima de actividad, correspondiente al **25%** de su asignación básica y a partir del 1º de julio de 2007 su prima de actividad fue incrementada al **37.5%** (Fls. 8 – 9, 15 y 16).



- El 2 de mayo de 2016, el demandante solicitó el reajuste de su prima de actividad con el propósito de obtener el reajuste de su asignación de retiro (Fl.10-12), la cual fue negada por la entidad demandada mediante oficio N°. 211 CREMIL 36950 consecutivo 2016-34544 del 23 de mayo de 2016 (Fl.14).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

De conformidad con el marco jurisprudencial citado y las pruebas allegadas al proceso la Sala concluye que antes de entrar en vigencia el Decreto 2863 de 2007 el actor tenía reconocida una prima de actividad en un 25% de la asignación básica, y a partir del 1° de julio de 2007 le fue aumentada a un 37.5%, tal y como lo dispone el Decreto señalado, el cual ordenó incrementar en un 50% la prima de actividad que venía devengando. Por ello, se desestimarán los cuestionamientos formulados por el apelante a la sentencia de primera instancia.

- Sobre la pretensión de aplicar al caso los principios constitucionales invocados por el apelante.

- El apelante pretende que se aplique al caso el artículo 53 de la Constitución Política, que establece el principio según el cual, la aplicación e interpretación de la norma más favorable a la situación de los trabajadores, en los eventos en que haya duda sobre la fuente formal del derecho que le atañe, conocido como **principio de favorabilidad**; el cual expresa un elemento esencial del ordenamiento constitucional colombiano, que sirve, por un lado, como criterio de interpretación del resto de disposiciones del ordenamiento jurídico y, por otro, tiene fuerza normativa aplicable para la resolución de casos concretos.

Dada su fuerza normativa vinculante y supremacía que tienen las disposiciones jurídicas consagradas en la Constitución, es que todos los operadores judiciales deben hacerla primar sobre el resto del ordenamiento jurídico, siempre que exista contrariedad entre una norma de carácter legal y una constitucional. Ello quiere decir que, si en un conflicto en el que se encuentre involucrado un trabajador, existen dos normas enfrentadas en su aplicación o por interpretación en el alcance de sus contenidos y una de ellas contiene una situación más favorable al trabajador, por aplicación de la Constitución Nacional de forma directa, debe dársele prelación a la última, en el entendido de que se trata de un precepto que tiene valor normativo superior a los otros.

En el presente caso no procede invocar ni aplicar el principio de favorabilidad porque, como quedó establecido, no existe duda acerca de la norma aplicable al caso ni acerca de la interpretación que debe dársele.

- Otro punto de inconformidad del recurrente radica en la falta de aplicación del **principio de oscilación** en su asignación mensual de retiro, el cual se encuentra regulado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, cuyo texto es el siguiente:

"ARTÍCULO 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN. 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 ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley".

La finalidad del principio de oscilación es la protección del poder adquisitivo constante de las pensiones y de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía Nacional, y de acuerdo con el mismo el incremento del porcentaje de la asignación de los miembros activos, debe extenderse al personal que se encuentre retirado del servicio.

Sin embargo, el accionante no cumplió con la carga procesal de demostrar que su asignación de retiro hubiere sido liquidada por debajo de los incrementos realizados al personal activo a través de los Decretos que expide anualmente el Gobierno Nacional.

Por esa razón, tampoco encuentra la Sala violación alguna al derecho a la igualdad del demandante, quien no demostró que su derecho se haya desmejorado en relación con otro agente activo o retirado del servicio, que permitiera a la Corporación realizar el juicio de igualdad a la que alude la jurisprudencia Constitucional como condición para declarar la nulidad del acto administrativo atacado.

No sobra agregar que la Sala reconoce explícitamente el principio de oscilación y lo aplica al caso, pero atendiendo la circunstancia de que la base a la cual se aplica es el porcentaje sobre la asignación que percibía el demandante a la entrada en vigencia del Decreto 2863/07 y no sobre la asignación que venía percibiendo el personal activo.

5.6. Condena en costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar 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 forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandando, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.



En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

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

VI. FALLA

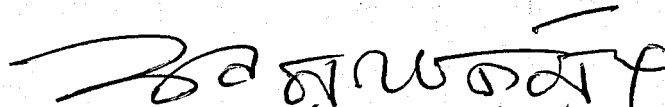
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 16 de agosto de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

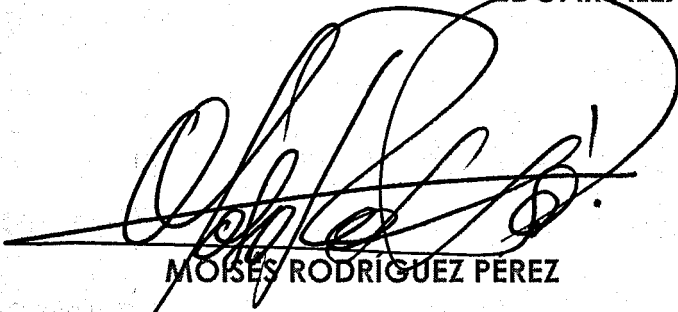
SEGUNDO: Condénase en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

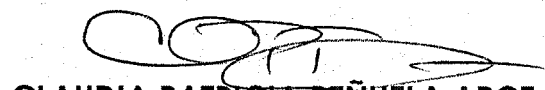
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-007-2016-00154-01
Demandante	Jaime Alfonso Sánchez Stave
Demandado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Temas	Prima de actividad.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras