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	13-001-33-33-011-2016-00214-01
Demandante	Sara Elena Rodríguez Romero
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 el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 29 de septiembre de 2016, mediante la cual el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda.

a. Pretensiones.

La señora Sara Elena Rodríguez Romero presentó demanda, mediante apoderado 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.*** Que se declare nulo el acto acusado contenido en el escrito CREMIL No. 61978 de fecha 11 de agosto de 2016, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al reajuste de asignación de retiro – incremento y por ende el reconocimiento de la reliquidación, pago de retroactivo, reajuste y pago prima de actividad.
>
> 2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restableciendo del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL sobre la asignación básica el reconocimiento, liquidación, pago y reajuste de asignación de retiro por concepto deprima de actividad desde el 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en el porcentaje que se reclama.
>
> 3. Que el incremento de la diferencia del porcentaje, se cancele con retroactividad de manera indexada y se condene además, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL a dar cumplimiento según los parámetros del artículo 192 del C.P.AC.A., y a cancelar intereses en forma prevista en el artículo 192 ibídem.

4. Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL a dar cumplimiento al artículo 366 del Código General del Proceso, además de lo señalado en el artículo 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

5. Que se condene en costas a la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

b. Hechos

Sara Elena Rodríguez Romero, afirmó que su cónyuge Alfonso Fortich Martínez, laboró 29 años, 9 meses y 21 días y, por lo anterior CREMIL le reconoció asignación de retiro a partir del 1° de julio de 1961.

No obstante, el 29 de agosto de 2003 la entidad demandada le reconoció en su calidad de cónyuge supérstite asignación de retiro.

Entre las partidas computables que fueron liquidadas en su asignación de retiro se le incluyó la prima de actividad, la cual estuvo mal liquidada, porque con ocasión del reajuste ordenado en el artículo 2° del Decreto 2863/07, el cual modificó el artículo 32 del Decreto 1515/07, se aumentó a partir del 1° julio de 2007 en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículo 84 del Decreto 1211/90, 68 del Decreto 1212/90 y 38 del Decreto 1214/90.

Antes del 1° de julio de 2007, percibía una prima de servicios correspondiente al 30% del sueldo básico y al aplicar el artículo 2° del Decreto 2863/07, dicha partida fue liquidada en un 45% del sueldo básico. No obstante, al personal activo le fue aumentada en un 49.5%.

Solicitó a CREMIL la reliquidación de la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 49.5% de su sueldo básico. Dicha solicitud fue denegada.

c). Normas violadas y concepto de la violación.

La demandante afirmó que el acto acusado violó las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2, 13, 23, 48, 53y 58.
- Ley 4/92.
- Decreto 2863/07.
- Decreto 673//08: artículo 31.
- Decreto 737/09: artículo 30.
- Decreto 1530/10: artículo 30.
- Decreto 1050/11: artículo 30.
- Decreto 842/12: artículo 30.
- Decreto 1050/13: artículo 30.
- Decreto 187/14: artículo 30.
- Decreto 1028/15: artículo 30.

Adujo que la prima de actividad fue establecida desde su creación como una prestación en favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro, según e porcentaje establecido para los años en el que le militar estuvo en servicio activo como un incentivo especial para quienes cumplen con funciones de riesgo implícito.

Para definir el monto de la prima de actividad se tiene en cuenta el tiempo de servicio y grado al momento de retiro, situación que es discriminatoria, al no aplicar al personal retirado el mismo porcentaje del personal activo.

Afirmó que su cónyuge fue retirado con anterioridad al Decreto 2863/07, y por ello, solicita la aplicación de la norma más favorable, pues el legislador estableció como criterio de remuneración con base en el grado para nivelar aplicando una regla de igualdad entre militares, para asegurar el poder adquisitivo de la asignación de retiro, para aquellos que adquirieron el derecho en vigencia del Decreto 923/03.

Sostuvo que no es justo que un suboficial en retiro que duró más de 29 años en servicios, perciba como prima de actividad un 45% de su asignación básica y un suboficial en servicio activo con 20, 22 o 25 años de servicios perciba hasta un 49.05% de la asignación básica.

El artículo 151 del Decreto – Ley 1212 de 1990, estableció el principio de oscilación, y en virtud de ello, siempre que el Gobierno Nacional decrete un aumento salarial para oficiales y suboficiales en servicio activo, este debe hacerse también a quienes detente el mismo grado pero se encuentren en situación de retiro.

El artículo 31 del Decreto 673/08 y el artículo 30 de los Decretos 737/09, 1530/10, 1050/11, 842/12, 187/14, 1028/15 y 214/16, establecen que la prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214/90, 84 del Decreto-Ley 1211/90 y el 68 del Decerto1212/90, será de 49.5% de la asignación básica. Por lo anterior y en aplicación del principio de oscilación tiene derecho a que su prima de actividad sea reajusta al 49.5%.

CREMIL malinterpreta el artículo 4 del Decreto 2863/07, al omitir el reajuste en el mismo porcentaje que le fue reconocido a los militares en servicio activo.

A partir de la expedición del Decreto 2863/07 la prima de actividad se aumenta sin tener en cuenta el tiempo de servicios del personal de la fuerza militar. Lo que pretendió el legislador fue nivelar en partidas y porcentajes iguales la prima de actividad.

Citó en su apoyo una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que accedió a las suplicas de la demanda en un caso análogo al presente.

3.2. Contestación.

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

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.

La Constitución Política de 1886 establece los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, los cuales hacen parte de un régimen especial, diferente del régimen general de los demás trabajadores, contenido en el artículo 217 inciso 3 Constitucional. .

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.

El Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989 estableció una modificación en la partida de prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, y señaló que a 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 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%)

Para el cómputo prima de actividad, se estableció que 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 (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 (33%)".

Después del Decreto Ley 95 de 1989, se han expedido los Decreto Leyes 1211 de 1990, 2070 de 2003, 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, en los cuales no entraron a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

A la demandante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 30% por concepto de prima de actividad, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado al 45%, porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado.

Para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensiónales de los miembros de las Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de prima de actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad, en los porcentajes plenamente establecidos por la norma.

Sobre este punto en particular, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 - *Por medio de la cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones* - en su artículo 2°, previó un incremento en el porcentaje de la prima de actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de lo devengado por todo concepto, a partir del 1° de julio de 2007, para garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio.

La norma comentada equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros - *tanto activos como retirados del servicio en el equivalente a un 50% de lo devengado* - pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación - *como equivocadamente asume la demandante* - pues la norma mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma referida.

Así las cosas, es claro que el Decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad - *sin efectuar modificación alguna de los porcentajes que disponen el monto base para su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento* -, por cuanto este no es el sentido de la norma.

En este orden de ideas, si se compara el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta la demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues correspondía realizar un incremento al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del accionante.

Lo anterior porque 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, por lo cual, lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado en del activo correspondiente.

La prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aumentar en un 50% lo devengado por concepto de la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por la demandante, por tener reconocida la prima de actividad en un 30%, se le debió incrementar en un 15% para un total de 45%.

3.3. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 29 de septiembre de 2017, denegó las pretensiones de la demandante y la condenó en costas.

Luego de hacer un estudio normativo señaló que a partir de 2003 a la demandante le fue reconocida una prima de actividad equivalente al 30% del sueldo básico, y con posterioridad al 1° de julio de 2007 y de conformidad con el Decreto 2863/07, la prima de actividad fue aumentada en un 45% del sueldo básico.

Sostuvo que con la entrada en vigencia del Decreto 2863/07, se introdujo modificaciones a la prima de actividad, en los porcentajes señalados tanto en los activos como a los retirados, pero no en la forma sostenida por la demandante.

El propósito del Decreto 2863/07 fue nivelar el porcentaje en que se incrementa la prima de actividad para los miembros activos como los retirados, materializando el principio de oscilación. No se puede entender que el incremento del 50% afectaría la base de liquidación de la asignación de retiro en sí misma, porque la prima de actividad tiene en cuenta la escala porcentual según el tiempo de servicios y a ella debe ajustarse.

Agregó que los actos acusados no resultan lesivos del ordenamiento jurídico en los términos de los cargos que se le imputan, pues a la luz de la sana crítica y los

hechos que se han tenido como probados, es claro que el porcentaje computado por CREMIL es el que resulta aplicable.

Por otro lado, sostuvo que no se puede aplicar el Decreto 4433 de 2004, toda vez que si bien consagra el régimen pensional y las asignaciones para todos los miembros de la fuerza pública que se retiren a partir, el mismo se aplica a partir de su entrada en vigencia, por lo que su aplicación no es retroactiva, además de que dicho decreto no dispuso el incremento de la prima de actividad para el personal en servicio activo o retirado.

3.4. Recurso de apelación.

El apoderado de la parte demandante, reiteró en lo sustancial lo manifestado en la demanda.

Adujo que el juez de primera instancia mal interpreta el principio de oscilación, pues este consiste en que todo lo que se le pague al personal activo debe reconocérsele al personal en retiro, pues el Gobierno nunca ha expedido decreto alguno dirigido al persona retirado.

Con la entrada en vigencia del Decreto 1214/90 todo el personal activo de las fuerzas militares, sin importar el tiempo de servicios, tienen derecho a una prima de actividad equivalente al 33% de su sueldo básico.

Para que se materialice el principio de oscilación se hace necesario que se reflejen todas las prebendas que devengan los activos, a fin de homologar todos los beneficios que recibe el activo, a fin de evitar desigualdades y discriminaciones entre los retirados y el personal activo.

El aumento del 50% de la prima de actividad de que trata el Decreto 2867/07, no es sobre el porcentaje que venía percibiendo el personal retirado, sino sobre el porcentaje que recibe el personal activo. Es decir, el personal en servicio activo devengaban una prima de actividad equivalente al 33%, cuyo 50% es 16.5%.

Al devengar una prima de actividad correspondiente al 30% tiene derecho, a partir del 1° de julio de 2007 que se le aumente el 16.5%, para un total de 46.5%, mas no en un 45% como erradamente lo hizo a entidad accionada.

La entidad accionada al aplicar el Decreto 2867/07, le aumentó el 50% al 30% de la prima de actividad que venía devengando, dejando la prima de actividad en un 45%.

Adujo que el artículo 27 del C.C. señala que cuando el sentido de la ley es claro, no se desentenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, por ello, se debe aplicar en un integralidad el artículo 3 de la Ley 923/04 que señala que el

incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal activo de las fuerzas pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de las fuerza pública en servicio activo.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Mediante auto de 1° de marzo de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f.126), 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. 130).

La parte demandante, en sus alegatos, reiteró en lo sustancial los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, y adujo que ante la falta de sentencia de unificación por parte del Consejo de Estado referente a la prima de actividad, se han presentado dos posiciones por parte de los jueces y tribunales administrativos, pero solicita que se la aplicación de la condición más favorable al trabajador, y al principio de favorabilidad que no solo aplica cuando hay conflicto entre normas, sino cuando hay diversas interpretaciones (f. 133-137)

La parte demandada, en sus alegatos, reiteró en lo sustancial los argumentos expuesto en la contestación de la demanda (fs. 138-141).

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 la demandante tiene derecho a que CREMIL le reliquide su asignación de retiro, con base en el aumento de 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.

5.3. Tesis de la Sala.

La 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 la apelante, no deben aplicarse en el presente caso por las razones que se expondrán en las considéraciones de este fallo.

5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

5.4.1. 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 incrementaran 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 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%)." (Negritas de la Sala)

"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. (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, 1° de julio de 2007, que ya vinieran disfrutando de asignación de retiro.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos probados.

Dentro del proceso quedó demostrado que:

- Mediante Resolución 2862 de 2003 CREMIL le reconoció la asignación de retiro a la demandante, en calidad de cónyuge supérstite, para lo cual le incluyó como partida computable la prima de actividad, correspondiente al **30%** de la asignación básica que devengó el señor Alfonso Fortich Martínez (fs. 29-31)

- Al señor Rengifo Lozano le fue liquidada la prima de actividad, entre el 1995 a junio de 2007 con el 30% de su asignación básica (fs. 22) y partir del 1° de julio de 2007, dicha partida fue aumentada al 45%. (fs. 22-24)

- El 15 de julio de 2016, la demandante solicitó el reajuste de su prima de actividad con el propósito de obtener el reajuste de su asignación de retiro, la cual fue negada por la entidad demandada mediante oficio demandado (f. 20).

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

De acuerdo con lo probado en el proceso, antes de entrar en vigencia el Decreto 2863 de 2007 la demandante tenía reconocida una prima de actividad

en un 30% de la asignación básica, y a partir del 1° de julio de 2007 le fue aumentada a un 45%, 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 la apelante a la sentencia de primera instancia.

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

- La 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.

- Considera la apelante que en el sub-lite la Sala debe aplicar el criterio adoptado por varios Tribunales Administrativos del país en torno a la forma en que se deben interpretar las disposiciones que regulan la forma en que prima de actividad incide en la liquidación de la prima de actividad, favorables a sus pretensiones.

La Sala estima que, contrario a lo dicho por la apelante, las providencias adoptadas en primera instancia por los jueces administrativos, no constituyen, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, precedentes horizontales, pues solo tienen esa condición los pronunciamientos del propio Tribunal o de los demás Tribunales Administrativos del país.

Adicionalmente, el criterio adoptado para decidir este proceso ha sido avalado por el Consejo de Estado mediante sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta el 2 de junio de 2016, dentro del radicado 11001-03-15-000-2016-00302-01, en los siguientes términos:

> "...la parte demandante considera que el porcentaje que debe aplicarse para efectos de liquidar la prima de actividad como partida computable dentro de su asignación mensual de retiro corresponde al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de su sueldo básico, de conformidad con el inciso primero de las referidas normas, porque a su juicio el artículo 152 del Decreto 89 de 1984, norma con la cual le fue reconocida la prestación periódica en comento, fue "expulsada del ordenamiento jurídico" y eliminada finalmente por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4433 de 2004.
>
> No obstante, la Sala observa que al actor le fue reconocida dicha prestación periódica a través de la Resolución 1192 de septiembre veinte (20) de mil novecientos ochenta y cinco (1985)[23], de conformidad con el Decreto 89 de 1984 "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"[24], norma que en el literal b de su artículo 151 dispuso la inclusión de la prima de actividad como partida computable, pero en los porcentajes previstos en dicho estatuto.
>
> El mencionado decreto en su artículo 152 estableció que para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares debía computarse de acuerdo al tiempo de servicios prestados a la institución[25].
>
> De lo expuesto, se advierte que el porcentaje de la prima de actividad como factor computable en la asignación de retiro se encuentra atado al tiempo de servicio y al principio de oscilación como criterio para el incremento anual de tal prestación periódica de conformidad con las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad, de manera que debe respetarse la legalidad de las normas que rigieron la situación particular del accionante al momento de su retiro del servicio[26].
>
> Al respecto, la Sala encuentra que el juez Octavo (8°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia de enero treinta y uno (31) de dos mil catorce (2014), negó las pretensiones de la demanda ordinaria, al considerar que "(...) el aumento debe efectuarse 'en un 50%', de manera que como el actor venía percibiendo el 20% de prima de actividad, la demandada incrementó el 10% según la orden de los decretos referidos, lo que deviene en el 30% total que viene pagando la Caja accionada por dicha prima".
>
> A su vez, se observa que el tribunal demandado, a través de sentencia de octubre nueve (9) de dos mil quince (2015), confirmó la decisión anterior, al tener en cuenta que la norma aplicable para la fecha de retiro del servicio del actor, es el Decreto 89 de 1984, por lo que el porcentaje que le correspondía para efectos del cómputo de la prima de actividad era el de veinte por ciento (20%), por haber prestado quince (15) años de servicio pero menos de veinte (20).
>
> Asimismo, se resalta que esta autoridad demandada sostuvo que con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007[27], la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aumentó el porcentaje de la prima de actividad que venía reconociendo al actor, en un cincuenta por ciento (50%), esto es, pasó del veinte por ciento (20%) al treinta por ciento (30%).

Precisa la Sala que el tribunal demandado indicó que frente a la aplicación del Decreto 2863 de 2007 y los que fueron expedidos con posterioridad, reprodujeron su texto en lo relacionado a la prima de actividad.

La citada demandada sostuvo que "(...) lo que se mantuvo igual entre activos y retirados, en virtud del principio de oscilación, fue el porcentaje del aumento, esto es, el cincuenta por ciento (50%), pero la referida norma no dijo que para ello se debía equiparar la prima de actividad del retirado (que en el caso de autos es solo de 20%) a la del activo (que es del 33%), para hacerles el mismo aumento del cincuenta por ciento (50%). **Así, el aumento del cincuenta por ciento (50%) se hace sobre lo que venía devengando el retirado, y no sobre lo que devenguen los activos de su mismo grado**"[28].

Por lo anterior, tampoco se advierte algún desconocimiento del principio de oscilación, pues tal como lo expuso la precitada autoridad demandada "(...) el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consiste en que las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad, se hagan también en las asignaciones y pensiones ya reconocidas, pero no genera la obligación de liquidar la asignación de retiro con el total de los emolumentos devengados y con los mismos porcentajes percibidos por el personal en actividad (...)"

La Sala concluye que las razones esgrimidas por la parte demandante se limitan a exponer su desacuerdo frente a las decisiones judiciales que profirieron las autoridades demandadas, las cuales le fueron adversos porque le negaron la nulidad del acto administrativo ficto que no le reajustó la prima de actividad en el porcentaje por él reclamado.

No obstante, la parte actora no logró demostrar que los argumentos esgrimidos por las autoridades judiciales demandadas fueran arbitrarios, caprichosos o se aparten del ordenamiento jurídico, pues, en desarrollo de su actividad judicial, no desconocieron el principio de oscilación ni se apartaron de las normas sustantivas aplicables al sub exámine, en tanto, concluyeron que el porcentaje para efectos de liquidar la prima de actividad como factor computable en la asignación mensual de retiro se determina respecto de lo que venía devengando el retirado, mas no sobre lo que devenguen los miembros en servicio activo que ostenten su mismo grado.

En consecuencia, es claro que en el presente caso no se configuró el defecto sustantivo alegado por la parte actora, por lo que la Sala confirmará la sentencia de tutela de primera instancia impugnada, que negó la solicitud de amparo, por no existir la afectación de los derechos fundamentales del demandante.

La Sala acoge y prohíja los criterios expuestos y los aplicará al caso en estudio.

- Otro punto de inconformidad de la 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 de la 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 la demandante a la entrada en vigencia del Decreto 2863/07 y no sobre la asignación que venía percibiendo el personal activo.

- Por todas las razones anotadas no puede admitirse que la demandante haya sido asaltado en su buena fe, y tampoco que se haya violado su derecho a la igualdad, puesto que no se encuentra en la misma la situación de hecho el personal activo y el retirado con asignación, presupuesto indispensable para la aplicación de dicho principio al presente caso.

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 demandada, 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 de 29 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: Condénese 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