



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	13001-33-33-013-2016-00242-01
Demandante	Jairo Miguel Muñiz Cabarcas
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 14 de noviembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Décimo Tercero 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 (F. 1 – 9).

A. PRETENSIONES.

El señor Jairo Miguel Muñiz Cabarcas 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 en el ESCRITO CREMIL N°.85228 de fecha 14 de octubre de 2016, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante el cual negó el derecho de 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 Restablecimiento 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 de Prima 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.A.C.A. y a cancelar intereses en la 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

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

CREMIL le reconoció asignación de retiro desde el 13 de diciembre de 1990, por haber laborado 20 años, 10 meses y 2 días.

Al momento de su retiro se le aplicó en la liquidación de sus prestaciones sociales las normas que estaban vigentes para la fecha.

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 1º julio de 2007 en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto – Ley 1211/90, 68 del Decreto 1212/90 y 38 del Decreto – Ley 1214/90.

Antes del 01 de julio de 2007, percibía una prima de servicios correspondiente al 25% del sueldo básico y al aplicar el artículo 2 del Decreto 2863/07, dicha partida fue liquidada en un 37.5% 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 mediante el oficio demandado.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

- Constitución Política: artículos 2, 13, 23, 48, 53 y 58.
- Ley 4/92.
- Decreto 2863/07.
- 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 el porcentaje establecido para los años en que el 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 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 25 años en servicios, perciba como rima 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 Decreto 1212/90, 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 (F. 35 – 41)

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.

Le reconoció al demandante una asignación de retiro mediante Resolución no. 2481 del 13 de diciembre de 1990, fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación y en vigencia del Decreto 1211 de 1990, el cual en su artículo 159 dispone que 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%)".



Al demandante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 25% de su sueldo básico por concepto de prima de actividad, y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, dicha partida fue incrementada al 37.5%, porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado.

Para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales 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 2º 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 1º 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 el 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 el 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 del 25% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 37.50%, 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 el demandante, por tener reconocida la prima de actividad en un 25%, se le debió incrementar en un 12.5 % para un total de 37.5%.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (f. 102 – 109).

El A-quo mediante sentencia de 14 de noviembre de 2017, denegó las pretensiones de la demanda.

Adujo que de conformidad con el principio de oscilación, el personal en retiro de las Fuerzas Públicas devengue sus asignaciones de retiro sobre los factores señalados para su liquidación que perciba el personal en actividad, de manera que si se elevan los factores del personal en actividad, éstos repercutirán en el personal retirado que goce de las prestación periódicas.

Por lo tanto, el principio de oscilación no se suscribe únicamente y exclusivamente al sueldo básico de actividad y a los incrementos que sobre el mismo realice el Gobierno Nacional, pues este principio abarca toda variación en las asignaciones en actividad, las cuales comprenden todo ingreso que percibe el personal en servicio activo, y que es tenido en cuenta para efectos de liquidación de las asignación de retiro.

El principio de oscilación no se aplica cuando hay inclusiones, exclusiones o modificaciones a las partidas computables para el personal que adquirirá la asignación de retiro o pensión bajo la vigencia de una determinada norma. Esto es, no se compara con los futuros retirados que adquieren el derecho bajo una legislación específica, pues lo que busca dicho principio es mantener el equilibrio y correspondencia en lo que percibe un miembro de la fuerza pública en servicio activo con lo que devengue uno que está en retiro, en consideración al grado.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estipuló las partidas que se computarían para efectos de liquidar la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares que adquirieran el derecho a la misma en su vigencia. En ningún momento a través de la norma en comento, ni en ninguna otra, contemplada en el Decreto 4433 de 2004 se dispuso una variación en las asignaciones de actividad devengadas por el personal en servicio activo de las Fuerza Pública.

Cosa diferente, es que para los militares y policías que adquirieran sus asignaciones de retiro o sus pensiones en vigencia de los mencionados decretos se les compute lo que devengaban como prima de actividad sin hacer ninguna graduación, pero ello no implica una violación al principio de oscilación, pues lo que se presentó fue un cambio en la forma de pensionarse los nuevos retirados de la fuerza pública, modificándose las condiciones para acceder a la



asignación de retiro y las partidas que debían tenerse en cuenta para su liquidación.

El Consejo de Estado al dirimir un asunto similar, señaló que si la liquidación de la asignación de retiro se realizó con fundamento en la norma vigente a la época de adquirirse el derecho, resulta improcedente su reajuste por la aplicación de una norma posterior que consagra supuestos distintos para su otorgamiento.

El demandante le fue reconocida una asignación de retiro a partir del 16 de mayo de 1990, en cuantía del 70% del sueldo en actividad, además se le reconoció una prima de actividad equivalente al 25% del sueldo básico, al haber laborado 20 años, 10 meses y 2 días. A partir del mes de julio de 2007, su prima de actividad incrementó en un 50% para un total de 37.5%.

Por lo anterior, se infiere que a la asignación de retiro del demandante sí se le realizaron los reajustes respectivos.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN (f. 111 – 115).

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

El artículo 42 del Decreto 4433, señala que las asignaciones de retiro se incrementan en el mismo porcentaje que se aumentan las asignaciones en actividad para cada grado.

Al percibir un porcentaje menor en la partida computable de la prima de actividad, le desmejora el poder adquisitivo de su asignación de retiro.

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.

Sostuvo que por error de transcripción en la petición se solicitó el 49.5%. No obstante, lo realmente solicitado en la demanda es el reajuste aplicado al personal activo, es decir, 16.5%, que corresponde el aumento del 50% del 33% que devengaban.

Al devengar una prima de actividad correspondiente al 25% tiene derecho, a que a partir del 1º de julio de 2007 que se le aumente el 16.5%, para un total de 41.5%, mas no en un 37.5% como erradamente lo hizo a entidad accionada.

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.

Se debe tener en cuenta el principio de favorabilidad, el cual no solo opera cuando existe conflicto en la aplicación de varias normas, sino cuando existen varias interpretaciones de una misma norma.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de 05 de abril de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 122), 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. 127).

La parte demandada. Reiteró en lo sustancial lo expuesto en la contestación de la demanda (fs. 130 - 133).

La parte demandante. En sus alegatos, reiteró en lo sustancial los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación (f. 134 - 137)

El Ministerio Público: Solicitó que se confirmar el fallo de primera instancia, adujo que de acuerdo al principio de oscilación, se aumentó el porcentaje de la prima de actividad en la misma proporción para personal activo como retirado, esto es del 50%, sin que ello significara que el valor final fuera el mismo.

Así las cosas, en virtud de dicho principio, las variaciones que se realicen no implican que se deba equiparar el porcentaje de prima de actividad de igual manera que al persona activo, pues el monto de dicha prestación siempre estará atada por la norma vigente a la época del retiro, para lo cual se debe tener en cuenta el tiempo de servicio.

Al accionante le fue reconocida la asignación de retiro y le fue liquidada la prima de actividad en un 25% del salario básico, por ello a partir del 1° de julio de 2007 le fue incrementada al 37.5%.

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 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, así como los de igualdad y oscilación en los mismos términos del personal activo.

5.3. 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.

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 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."

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 2481 de 13 de diciembre de 1990 CREMIL le reconoció la asignación de retiro del demandante, por haber laborado 20 años, 10 meses y 02 días, y le reconoció una prima de actividad, correspondiente al 25% de su asignación básica (Fls. 24-25).
- A partir del julio de 2007 su prima de actividad fue incrementada al 37.5% (19 - 20).
- El 03 de octubre 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.12-



16), la cual fue negada por la entidad demandada mediante oficio No. 211 CREMIL No. 85228 consecutivo 2016-68926 del 14 de octubre de 2016 (f. 17).

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 1º 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

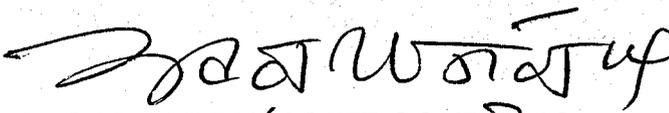
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenase 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