



Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00125-01
Demandante	Silvio Hermann Bravo
Demandado	CREMIL
Tema	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 30 de junio de 2017, mediante la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda.

a. Pretensiones.

El señor Silvio Hermann Bravo 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. La Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio No 211, certificado CREMIL No. 21241 Consecutivo 2016-17237 de fecha 18 de marzo de 2016, emanada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la 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 Jefe (r) Silvio Hermann Bravo.

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 Jefe (r) Silvio Hermann Bravo, 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 187, 192 y s.s. del C.P.A.C.A

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





5. Que se condene en costas a la Entidad demandada por 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 sin aplicar debidamente la el Decreto 2863 artículos 2 y 4, en cuanto a la modificación establecida para la prima de actividad.

El artículo 2 del precitado Decreto incrementa en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de que trata el artículo 84 del Decreto-Ley 1211 de 1990.

El artículo 4 ibídem establece que el personal nombrado, entre los que se encuentra, tendrá derecho a que se le 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 precitado Decreto, que modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

Entonces, el porcentaje en que se debe ajustar el activo correspondiente por tal incremento del artículo 2 es el 50% de 33%, es decir, 16,5%. Sin embargo, la entidad sólo aumentó el 12,5%.

A través del Oficio No. 211, Certificado CREMIL No. 21241 Consecutivo 2016-17237 de fecha 18 de marzo de 2016, cuya nulidad se solicita, la entidad mal interpretó el contenido del Decreto 2863 cuando afirmó que "esta prima fue reconocida en la asignación de retiro de acuerdo a las disposiciones legales vigentes para la fecha de retiro, así pues el porcentaje se liquidó en la forma y términos establecidos en la ley, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado por usted a las Fuerzas Militares, porcentaje que fue modificado con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, que dispuso reajustar el cincuenta por ciento de lo que venía devengando"

La anterior afirmación es que sirvió a la entidad para negar las pretensiones, es falsa, pues el aumento autorizado no es "el 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada de vigencia del Decreto" sino "en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente.

c. Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que los actos acusados violan los artículos 2, 6, 83 y 87 de la Constitución Política y el artículo 2 y 4 del Decreto 2863 del 2007.

Para sustentar lo anterior, manifestó que:

Los actos administrativos demandados son contrarios a los fines del Estado porque no se le protegió el derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de acuerdo con el Decreto 2863 de 2007.



La entidad infringió el artículo 6 de la C. N. al aplicar indebidamente el Decreto 2863, pues estaba obligada a establecer un aumento de 16,5% y sólo concedió 12,5%.

CREMIL actuó de mala fe, vulnerando el artículo 83 de la C. N. al establecer un aumento que no correspondía conforme a los mandatos legales y al falsear el Decreto citado en la respuesta a la petición impetrada.

Los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 aumentaron en un 50% 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; pues el aumento equivale al 50% del 33%, es decir, 16,5% y la entidad sólo aumentó en un 12,5%.

3.2. Contestación.

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

Al accionante le fue reconocida asignación de retiro a través de la Resolución No. 779 de 24 de abril de 1989, encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 95 de 1989, en la que se acreditó el tiempo total de 21 años y 11 meses.

Con fundamento en el tiempo acreditado, se reconoció el 25% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro, toda vez que el artículo 131 del Decreto Ley 095 de 1989, establece la forma en que dicha prima debe ser computada, señalando, entre otras cosas, que individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%), que en este caso, fue el porcentaje reconocido al militar de acuerdo con el tiempo acreditado, el cual fue el tope máximo permitido por el legislador en la época.

El artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 estableció 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; equiparando el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para los miembros activos y retirados del servicio, pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación, como equivocadamente lo interpreta el demandante.

Lo anterior en razón a que 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 el mismo porcentaje en que se haya aumentado el activo correspondiente.

El principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la prima de actividad, sino que al porcentaje reconocido se aplica



el valor de la prima de actividad que estuviere devengado el personal en servicio activo.

El porcentaje indicado es aquél con el cual se liquidó inicialmente la asignación de retiro y no con el cual se modifica su valor, a menos que la Ley lo diga.

El reconocimiento de la asignación de retiro de la parte actora cumple con el cómputo de la prima de actividad que continua vigente en un monto proporcional al tiempo de servicio, acorde con lo establecido tanto en el Decreto 1211 de 1990 como en el Decreto 2863 de 2007.

Añadió que no se violó el principio a la igualdad pues fue el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento de las asignaciones de retiro, y no se puede comparar un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior.

Excepcionó la "no configuración de la falsa motivación de las actuaciones de CREMIL", por cuanto las mismas se ajustan a las normas vigentes aplicables a las Fuerzas Militares; y resaltó que la causal citada por el accionante no se encuentra entre las consagradas en el art. 137 del CPACA, por lo que su aplicación es improcedente.

Por lo anterior, solicitó denegar las súplicas de la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 23 de junio de 2017, resolvió:

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas. [...]"

Para sustentar las decisiones transcritas, el A quo manifestó que:

El aumento de la prima de actividad de que tratan los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 se refiere al porcentaje que favorece al personal activo; esto es, sin alterar la base de liquidación de la misma, que se mantiene intacta y es proporcional al tiempo de servicios según la escala que establecen los decretos en la materia.

En tal sentido, el accionante tiene reconocido un 37,5% de prima de actividad como factor base de liquidación de su asignación de retiro, lo cual encaja en el tenor de la norma.

V. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la parte demandante sostuvo que su pretensión es que se dé cabal cumplimiento al art. 4 del Decreto 2863 de 2007; que ordena que las asignaciones de retiro y pensión obtenidas antes del 1 de julio de 2007 se ajustarán en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo





correspondiente. Para el caso concreto, fue de 16,5%, pues los que estaban activos al momento de entrar en vigencia el Decreto 2863 de 2007 tenían el 33% de prima de actividad.

Añadió que el artículo 4 invoca el principio de oscilación para referirse al incremento de los retirados, el cual no se cumple si la prima de actividad de los mismos se incrementa en un monto inferior al de los empleados activos.

Invocó el artículo 53 de la Constitución Política relacionado con el principio de favorabilidad y citó la Sentencia T-065/16 de la Corte Constitucional que desarrolla el principio de favorabilidad e in dubio operario y señaló que sentencias de otros Tribunales y juzgados han decidido casos similares con resultados favorables a sus pretensiones, las cuales no transcribió y tampoco acompañó copias de ellas.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de 13 de octubre de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 103), y por providencia de 20 de noviembre de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 107).

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en la apelación. Agregó que en la sentencia T-141/13 la Corte Constitucional desarrolla el principio de favorabilidad, y el test de igualdad que debe aplicarse en el estudio del principio de oscilación; y señaló que sentencias de otros Tribunales y juzgados han decidido casos similares con resultados favorables a sus pretensiones, las cuales no transcribió y tampoco acompañó copias de ellas. Transcribió solamente apartes de un fallo de un Juzgado Administrativo de Medellín que trata sobre los principios enunciados y el principio de oscilación pero que no alude a una situación fáctica como la que se estudia en el caso concreto (f. 110-113)

La parte demandada no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VII. 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.

VIII. CONSIDERACIONES

8.1. 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.

8.2 Problema Jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si el demandante tiene derecho a que CREMIL le reliquide su asignación de retiro, 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 1º. 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 2º. 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 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.

8.4.2 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.

- Considera el apelante que en el sub-lite la Sala debe aplicar el criterio adoptado por varios Juzgados y 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.

El apelante no transcribió ni aportó copias de dichas sentencias, únicamente transcribió apartes de un fallo de un Juzgado Administrativo de Medellín que trata sobre los principios enunciados y el principio de oscilación, pero que no alude a una situación fáctica como la que se estudia en el caso concreto.

La Sala estima que, contrario a lo dicho por el 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⁽²⁴⁾.

Al respecto, la Sala encuentra que el juez Octavo (8º) 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⁽²⁵⁾, 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**"⁽²⁶⁾.

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 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.

- Por todas las razones anotadas no puede admitirse que el 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.

8.5. De lo probado dentro del proceso.

Dentro del proceso quedó demostrado que:

- Mediante Resolución 779 de 24 de abril de 1989 CREMIL le reconoció la asignación de retiro al demandante, por haber laborado 21 años y 11 meses y le reconoció una prima de actividad, correspondiente al **25%** de su asignación básica (f. 9-10) y a partir del 2007 su prima de actividad fue incrementada al **37.5%** (f. 15).
- Mediante memorial dirigido a CREMIL de 14 de marzo de 2016, el demandante solicitó el reajuste de su prima de actividad al 41.5% (f. 11-12), la cual fue negada por la entidad demandada mediante oficio CREMIL No. 21241 consecutivo 2016-17237 del 18 de marzo de 2016 (F. 14).

8.6. El caso concreto.

De acuerdo con lo probado en el proceso, 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.

8.7. 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 demandante¹.

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.

¹ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



IX. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de 30 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

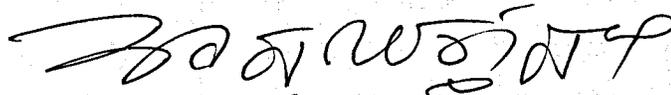
SEGUNDO: Condenar en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

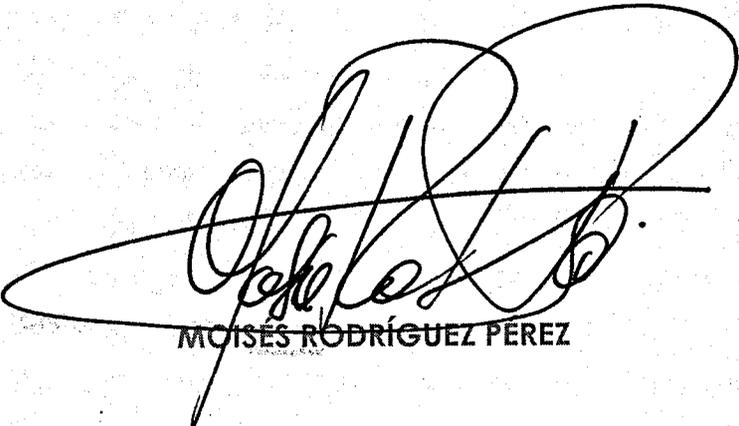
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

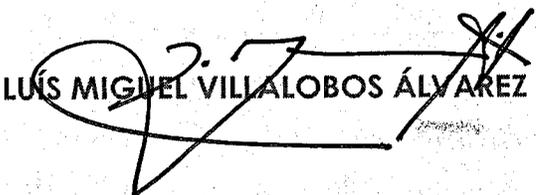
CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ