



13-001-33-33-001-2016-00163-02

Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1º) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-001-2016-00163-02
Demandante	JOSE MOLINA ARTEAGA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia Oral de fecha nueve (09) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“La acción se dirige a que se declare:

- 1. La nulidad de la decisión tomada mediante el OFICIO No. 211 CREMIL 52923 CONSECUTIVO 2016-46753 DE FECHA 13 DE JULIO DE 2016, emanada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual 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) JOSE NELSON MOLINA ARTEAGA.*
- 2. 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) JOSE NELSON*



13-001-33-33-001-2016-00163-02

MOLINA ARTEAGA, incrementando el porcentaje de la prima de actividad del 37.5% 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 a partir del 22 DE JUNIO DE 2012, por prescripción cuatrienal, y se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y subsiguientes del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
4. *Que se condene con costas a la entidad demandada por negar un derecho legítimo al demandante.*

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Al actor, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro en calidad de Suboficial Jefe.
- Que la entidad accionada no aplicó debidamente la modificación (incremento) establecida para la prima de actividad en el Decreto 2863 de 2007.
- Que la entidad accionada, a través del Oficio No. 211 CREMIL 52923 Consecutivo 2016-46753 de fecha 13 de julio de 2016, negó el derecho al incremento del porcentaje de la prima de actividad, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitada por el accionante con base en el Decreto 2863 del 2007.
- Que los argumentos utilizados por la entidad demandada para negar el derecho son absolutamente falsos, debido a que, no se debe incrementar sobre el porcentaje que venía recibiendo, sino en el mismo porcentaje en el que se haya ajustado el del activo correspondiente.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política artículos 2, 6, 13, 53, 83 y 87.
- Decreto 2863 de 2007.



13-001-33-33-001-2016-00163-02

En síntesis, señala el demandante que, se desconoce el artículo 2, 6, 13, 53, 83 y 87 de la Constitución Política de Colombia, por cuanto no se le protegió al demandante el derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2863 de julio de 2007; por cuanto estaba obligada a establecer un aumento de 16,5% y solo se concedió el 12.5%.

Que la Entidad demandada no actuó de buena fe al establecer un aumento que no correspondía al mandato de una norma como lo es el Decreto 2863 de 2007. Que el artículo 2º *ibídem*, aumenta 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.

Finalmente, trae a colación el artículo 4º del Decreto 2863, que señala que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 el Decreto 4433 de 2004, 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. Concluyendo que es fácil probar que la entidad aplicó indebidamente la norma puesto que el aumento que debió establecer para la prima de actividad era del 16,5% y no del 12.5% como se efectuó.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs.122-137)

Mediante Sentencia Oral de fecha 9 de mayo de 2017, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, al considerar que la entidad demandada con fin de garantizar el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, incremento en el año 2007 el porcentaje percibido por prima de actividad del actor de un 25% a un 37.5% para un incremento del 50%.

En ese orden, señaló que si bien es cierto en virtud del principio de oscilación la prima de actividad del personal activo y retirado se debe incrementar en un mismo porcentaje, también lo es que la prima de actividad reconocida y devengada es diferente de conformidad con el decreto 1211 de 1990 que para el personal activo es del 33% y para el retirado el que se establezca en decreto vigente al momento del retiro.

En cuanto a la violación de los derechos adquiridos, sostuvo que solo se pueden pregonar derechos adquiridos de acuerdo a la normatividad



13-001-33-33-001-2016-00163-02

vigente y no sobre derechos o situaciones contempladas en normas posteriores a la consolidación del derecho.

Así mismo, expuso que no existe controversia en cuanto a la aplicación del principio de oscilación, debido a que el mismo no implica uniformidad entre activos y retirados en cuanto a las partidas computables, toda vez que esto no conlleva a que se liquide las mismas partidas y en el mismo porcentaje, sino que se incremente en la misma proporción.

En ese sentido, señaló que la entidad demandada incremento en un 50% la prima de actividad percibida por el actor, pasando de un 25% a un 37.5%, aplicando en debida forma el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, por lo que descartó el incremento de 41.5% solicitado por la parte actora.

Por lo anterior, consideró que la entidad demandada actuó conforme a derecho, y por tal motivo, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

3. LA APELACIÓN (fs. 138-141)

La parte actora presenta escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que lo pretendido es que se dé cabal cumplimiento al artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, que establece el principio de oscilación y que consagra que las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o sus beneficiarios obtenidas 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 mismo decreto.

En virtud de lo anterior, señala que el incremento del personal activo fue de 16.5%, pues recibían al momento de entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007 como partida computable por prima de actividad el 33% del sueldo básico.

Por tal motivo, considera que es falso el aumento autorizado por la entidad demandada, dado que no es el 50% del porcentaje que viene devengando a la entrada en vigencia del decreto, sino en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, es decir en un 50% del 33% del activo o sea de 16.5% para un total como partida por prima de actividad de un 41.5% y no 37.5%.



13-001-33-33-001-2016-00163-02

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 26 de enero de 2018 (f. 8 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. De la parte demandante. (fs. 15-18 cuaderno de 2da instancia)

La parte demandante reiteró lo expuesto en el escrito de apelación.

5.2. De la parte demandada (fs. 11-14 cuaderno de 2da instancia)

La parte demandada alegó de conclusión solicitando que se confirmara la sentencia de primera instancia, argumentando que actuó en cumplimiento de lo establecido en la normatividad vigente en cuanto al reconocimiento e incrementos de la prima de actividad, y que, por lo tanto, el acto administrativo acusado goza de plena legalidad.

Precisó que, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado por el demandante, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990 le correspondía como cómputo para la prima de actividad un porcentaje de 25% de su sueldo básico y así fue reconocido en su asignación de retiro. Que en virtud de lo establecido en el Decreto 2863 de 2007 se incrementó dicho porcentaje en un 50% y que así viene reconocido, toda vez que al 1° de julio de 2007, la parte demandante viene percibiendo por factor de prima de actividad el porcentaje de 37.5%, que equivale a los 25% más los 12.5% de incremento.

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

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fs. 19-26 cuaderno de 2da instancia)





13-001-33-33-001-2016-00163-02

El Ministerio Público rindió concepto dentro del presente asunto, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que el acto administrativo acusado se ajusta a la legalidad, debido a que al momento de la expedición del Decreto 2863 de 2007, la asignación de retiro que venía gozando el demandante había sido liquidada con base en un 25% por concepto de prima de actividad por disposición del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, y era sobre ese porcentaje que debía aplicarse el incremento del 50% ordenado por el artículo 4º del decreto citado, como efectivamente se hizo, arrojando un aumento del 12.5% de incremento, lo que en otras palabras significa que la prima de actividad actualmente tiene una incidencia en su asignación de retiro equivalente al 37.5%, lo cual indica que la entidad demandada aplicó correctamente la normativa vigente.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

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.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si la parte demandante tiene derecho a la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable PRIMA DE ACTIVIDAD, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

En caso de ser negativa la respuesta, se confirmará la decisión de primera instancia; en caso contrario se revocará.



13-001-33-33-001-2016-00163-02

3. TESIS

La Sala de Decisión Confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 41.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el actor.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La prima de actividad de que trata el *sub examine*, 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 computará 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%)."(Negrillas y subrayas de la Sala)

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:



13-001-33-33-001-2016-00163-02

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%).



13-001-33-33-001-2016-00163-02

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 incrementarán 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."

Mientras tanto, 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)



13-001-33-33-001-2016-00163-02

*“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 le aplica al personal retirado que, a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1° de julio de 2007, ya vinieran disfrutando de asignación de retiro, modificando así lo señalado en el Decreto 4433 de 2004 al respecto.

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No.463/90 de fecha 20 de abril de 1990, el señor JOSE MOLINA ARTEAGA, se retiró del servicio el 31 de marzo de 1990, con un tiempo de servicio de 24 años, 7 meses y 28 días. (f. 58).
- Mediante Resolución No. 126 de fecha 25 de enero de 1991, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al demandante asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un 25%. (f.61 y 62).
- Que de acuerdo al Certificado Cremil N°52925 Consecutivo 2016-0042955 de fecha 27 de junio de 2016, el demandante durante el periodo de enero a junio de 2007, tenía reconocido como prima de actividad un porcentaje correspondiente al 25% y de julio de 2007 en adelante, le viene siendo reconocido un porcentaje del 37.5% como partida computable de la prima de actividad. (f.19).



13-001-33-33-001-2016-00163-02

- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211 Certificado Cremil 52923 Consecutivo 2016-46753 de fecha 13 de julio de 2016, el demandante a partir de julio de 2007, le viene reconocido el 37.5% como partida computable de prima de actividad. (F. 17).

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

Advierte la Sala que, teniendo en cuenta la calidad de Suboficial Jefe de la Armada Nacional ostentada por el demandante al momento de su retiro le fue reconocida una asignación de retiro, en cuantía del 85% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y con el computo del 25% de la prima de actividad, entre otras partidas. (fs. 61 y 62).

Con posterioridad al reconocimiento de dicha asignación, observa la Sala que por disposición del Decreto 2863 de 2007, a la parte actora le fue incrementada la partida computable de prima de actividad de un 25% a un 37.5%, a partir del 1º de julio de 2007, tal y como se constata con el certificado obrante en el expediente (f.19), y se corrobora con el contenido del acto administrativo acusado (f.17).

No obstante lo anterior, el demandante en el recurso de alzada, solicita que se le aplique el Decreto 2863 de 2007 art. 4º y que como consecuencia le sea reconocida prima de actividad en un porcentaje del 41.5% sobre el sueldo básico y que por ende le sea reajustada su asignación de retiro; a lo cual estima la Sala que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 41,5%, toda vez que, la normatividad aplicable para establecer el monto de la prima de actividad es la vigente al momento de la consolidación del derecho (asignación de retiro).

Aunado a lo anterior, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación y cuya aplicación requiere el apelante, deja entrever que tiene como fin que las asignaciones de retiro contempladas en el mismo, se incrementen en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones de actividad, haciendo referencia sólo a aquellas personas que alcancen el derecho a partir de su entrada en vigencia, es decir, a partir del 31 de diciembre de 2004; a tal conclusión llega la Sala, pues el artículo 2º del mismo decreto, señala que se respetarán los derechos



13-001-33-33-001-2016-00163-02

adquiridos de quienes al momento de su entrada en vigencia hubieren cumplido todos los requisitos para acceder a una asignación de retiro conforme a normas anteriores¹, por lo que se advierte, que el Decreto en cita, en materia de prima de actividad, no dispuso efecto retroactivo alguno, sino que dejó indemne la situación jurídica de quienes ya venían con su derecho consolidado.

Cuestión diferente, es lo que ocurre con la aplicación del Decreto 2863 de 2007, toda vez que, este mismo en sus artículos 2º y 4º, autoriza aplicar el principio de oscilación de la asignación de retiro previsto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 a las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública obtenidas con anterioridad al 1º de julio de 2007, señalando de manera taxativa, que la prima de actividad, como factor computable de la asignación de retiro, se les incremente en igual porcentaje en que ésta se haya ajustado al personal activo del mismo grado que el del retirado; y dicho ajuste ya fue efectuado por parte de la entidad demandada, pues como se señaló anteriormente, el porcentaje de la partida prima de actividad del demandante fue aumentado de un 25% a un 37.5%.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón al *A quo*, cuando considera que no existe causal de nulidad alguna del acto acusado por medio del cual la entidad demandada no accedió a la solicitud del demandante de que se le aumentara el porcentaje de Prima de actividad a un 41.5%, como partida computable para su asignación de retiro, y el consecuente reajuste de ésta última, pues la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ha efectuado los ajustes que por ley se pueden realizar, esto es, el incremento del 50% concebido en el Decreto 2863 de 2007.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia Oral de primera instancia de fecha nueve (09) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

¹ Decreto 4433 de 2004. Artículo 2º. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, **que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro** o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, **conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.** (Negrillas de la Sala).



13-001-33-33-001-2016-00163-02

5.3. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, 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 demandante, 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.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada².

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 expediente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia Oral de fecha nueve (09) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, liquidense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

² Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



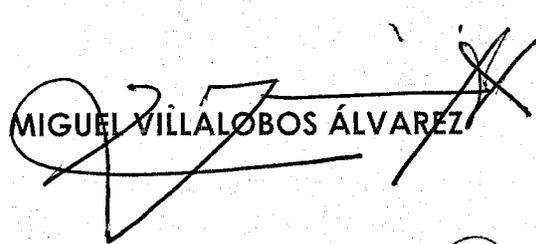
13-001-33-33-001-2016-00163-02

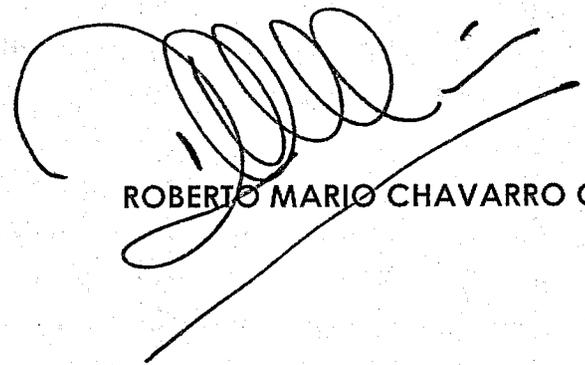
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

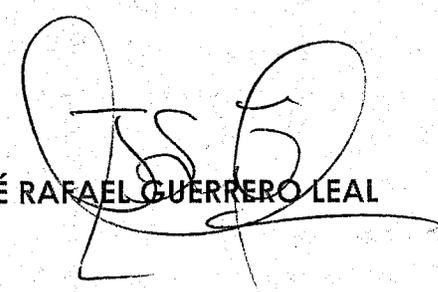
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-001-2016-00163-02
Demandante	JOSE MOLINA ARTEAGA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ