



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2017-00033-01
Demandante	TOMÁS SANTAMARÍA MOSCOTE
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 de fecha veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero 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:

"1. Que se declare nulo el acto acusado contenido en el CERTIFICADO CREMIL No. 85746 fecha 18 de octubre de 2016, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al Reajuste de Asignación de Retiro -incremento y por ende el Reconocimiento de la reliquidación, Pago de Retroactivo, por concepto de Partida Computable 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 de 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 CPACA 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."



1.2. HECHOS

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

- Que el demandante es beneficiario de una asignación de retiro con cargo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, desde el 19 de mayo de 1989, en la cual se le computó como partida computable la prima de actividad.
- Que la entidad accionada no aplicó debidamente la modificación establecida para la prima de actividad en el Decreto 2863 de 2007.
- Continua señalando que en reclamación administrativa, se solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, modificar, reconocer y liquidar la partida computable prima de actividad en el 49.5% sobre el sueldo, según lo señalado en el Decreto 2863 de 2007, a partir del 1º de julio de 2007, el cual fue negado a través del acto administrativo que aquí se demanda.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política artículos 2, 13, 25, 48, 23, 53 y 88.
- Decretos 2863 de 2007.

En síntesis señala el demandante que, con ocasión del reajuste ordenado en el Decreto 2863 de 2007, que modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, se ordenó incrementar en un 50% a partir del 1º de julio del 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.

Que hasta el mes de julio de 2007, el demandante, percibía un porcentaje por concepto de Prima de Actividad en un 20%, cuando Cremil aplica el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de dicha prima queda en un 30%, reclamándose por tanto una diferencia porcentual del 19.5% hasta completar el 49.5%.

Que la entidad demandada, interpretó de manera equivocada el Decreto 2863 de 2007, el cual señala que se debe incrementar en un 50%, el porcentaje de la prima de actividad.

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 4° del Decreto 2863, que señala que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de 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. Concluyendo que la entidad demandada aplicó indebidamente la norma puesto que el aumento que debió establecer para la prima de actividad es equivocado.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 86-90)

Mediante sentencia de fecha 20 de febrero de 2018, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda señalando que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de Resolución No. 973 de 1989 ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante, en cuantía del 78%, incluyendo como partida computable la prima de actividad en un 25%, aplicándose para el efecto el Decreto Ley 1211 de 1990 y el Decreto 335 de 1992.

De otro lado, señala que al demandante se le viene cancelando la prima de actividad en un 25% a partir del reconocimiento de su asignación de retiro y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado al 37.5%, teniendo en cuenta el tiempo de servicio acreditado.

Aduce el A quo que no se puede entender que el incremento del 50% afectara la base de liquidación de la asignación de retiro en sí misma, porque en esa condición la prima de actividad tiene en cuenta una escala porcentual según el tiempo de servicio y a ella debe ajustarse.

Que en virtud del principio de oscilación dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, después que el artículo 2° incrementó la prima de actividad de los activos como elemento de su salario, en iguales términos porcentuales para los retirados antes del 1° de julio de 2007, incrementó la partida tomada para integrar la base liquidatoria de la asignación de retiro, que en el caso del demandante fue el 25%. Y el incremento del 50% de ese 25%, resulta en una prima de actividad de 37.5% como factor para la base de liquidación de la asignación de retiro.

Finalmente, señala que al acreditarse el cumplimiento del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 con respecto al reconocimiento de la prima de



actividad como factor de la base de liquidación de su asignación de retiro, negó las pretensiones de la demanda.

3. LA APELACIÓN (fs. 95-99)

La parte actora presenta escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que dicho fallo es contrario a los artículos 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política, debido a que se desconoce el principio de oscilación consagrado en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, el cual establece que al personal en retiro se le ajuste la asignación de retiro en el mismo porcentaje en que se ajuste el del personal activo.

Solicita la aplicación del incremento del 50% ordenado para los activos, esto es el 16.5%, sumado al ya reconocido al momento del retiro, en virtud del principio de oscilación previsto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, en síntesis se le debe aplicar al demandante el mismo porcentaje del incremento que el del activo correspondiente, que para todos los efectos legales el aumento corresponde al 49.5%.

Así mismo, manifiesta que no está de acuerdo con el fallo de primera instancia porque, el artículo 4 del Decreto 2863 que establece el principio de oscilación, le es obligatoriamente aplicable, debido a que cumple con la condición de haber obtenido la asignación de retiro antes del 1º de julio de 2007, lo cual le da el beneficio de que se le ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente.

Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aplica de manera acomodativa, para su beneficio y en desmedro del demandante, el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, reajustando la prima de actividad en el sentido que sumó el 50% al porcentaje que ya venía reconocido en la resolución de retiro.

Que con la expedición del Decreto 2863 de 2007, lo que busca el legislador, es igualar el porcentaje, el incremento de la prima de actividad para retirados al estar ordenado en el artículo 4º del decreto en cita, mejorando así la diferencia entre activos y retirados.

Señala que lo que se busca es la favorabilidad del demandante, y que el A quo yerra ya que el Decreto 2863 de 2007 si previó efectos retroactivos al establecer que su aplicación se realiza a aquellas asignaciones de retiro



13001-33-33-003-2017-00033-01

obtenidas con anterioridad al 1° de julio de 2007, con lo que si bien el dicha norma es posterior, se aplica también a asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Que tanto Cremil como el fallador de primera instancia, tuvieron en cuenta el porcentaje o monto del 50% del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, desconociendo la forma como sería aplicable el incremento que se dejó establecido en el decreto en mención para las pensiones obtenidas con anterioridad al 1° de julio de 2007.

Que por regla general, la ley rige para situaciones jurídicas que se consoliden en su vigencia pero cuando una nueva disposición consagra normas favorables a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una norma anterior podrá aplicarse la norma más beneficiosa, así mismo la ley establece su ámbito de aplicación para situaciones jurídicas concretas, tal y como lo dispone el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007.

Finalmente, señala que el acto acusado y el fallo de primera instancia, no son compartidos por la parte actora, al no reconocer, liquidar y pagar el 50% de la prima de actividad, sobre la base del 33%, esto es, el 16.5% a partir del 1° de julio del año 2007; advirtiendo que Cremil incurre en falsa motivación, al desconocer la aplicación del Decreto 863 de 2007.

Así las cosas, solicita que se revoque el fallo de primera instancia.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 5 de julio de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y a través de auto de fecha 31 de agosto de 2018 (f. 11 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

Reitera lo expuesto en el recurso de apelación, adicionando lo relativo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (T-350 de 2012), en cuanto al principio de favorabilidad laboral (fs. 14-18)

5.2. De la parte demandada





En los alegatos de conclusión presentados por la parte demandada, señala que al demandante le fue reconocida la asignación de retiro en vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990.

Aduce que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro y por ende la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de dicha prestación.

Finalmente, señala que la entidad demandada ha dado aplicación correcta al Decreto 2863 de 2007, para el reconocimiento de la prima de actividad, teniendo en cuenta el porcentaje que ya viene reconocido sobre la asignación de retiro, incrementado en un 50%. Y que en el caso del demandante, este venía con un reconocimiento del 25% y con el incremento del 50%, se incrementó en un 12.5% la prima de actividad, incrementándose a partir del 1º de julio de 2007 dicha prestación al 37.5%. (Fs. 19-22)

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, no presentó alegatos de conclusión.

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.

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 49.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el demandante.

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:

13.1.1 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, tuvieran 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."

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)

“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, 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. 087 del 13 de marzo de 1989, el Sargento Primero de la Armada Nacional señor Tomás Santamaría Moscote, fue retirado del servicio por solicitud propia, con un tiempo de servicio de veintidós (22) años, tres (03) meses y veinticinco (25) días, vinculado a la Armada Nacional (f. 21).
- Mediante Resolución No. 973 del 19 de mayo de 1989, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al demandante asignación de retiro en cuantía del 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un porcentaje del 25% (f. 22).



- Que de conformidad con el Certificado Cremil 85746 del 18 de octubre de 2016, al demandante durante el periodo de julio de 2007 en adelante, le viene siendo reconocido un porcentaje del 37.5% como partida computable de la prima de actividad (fs. 17-20).
- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211 consecutivo No. 2016-69181 del 18 de octubre de 2016, el demandante a partir de julio de 2007, le viene siendo reconocido el 37.5% como partida computable de prima de actividad. (F. 15).

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 Primero de la Armada Nacional ostentada por el demandante, le fue reconocida una asignación de retiro, en cuantía del 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y con el porcentaje del 25% de la prima de actividad, entre otras partidas computables (f. 22).

Con posterioridad, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, estableció en su artículo 159, que los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del mentado decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se reconocería un porcentaje del 25% del sueldo, por concepto de Prima de Actividad siempre que tuvieran más de 20 años de servicio, pero menos de 25.

Ahora bien, observa la Sala que luego del reconocimiento de la asignación de retiro, 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 (fs. 17-20), y se corrobora con el contenido del acto administrativo acusado (f. 15).

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 49.5% 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 49.5%, 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 2° del mismo decreto, señala que se respetarán los derechos 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 anteriores, 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 2° y 4°, 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 1° 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 de la demandante de que se le aumentara el porcentaje de Prima de actividad a un 49.5%, 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 de primera instancia de fecha veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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 demandada¹.

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 de fecha veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero 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, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia,

¹ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



13001-33-33-003-2017-00033-01

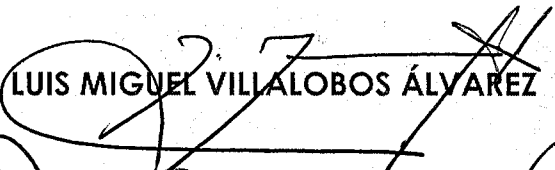
conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

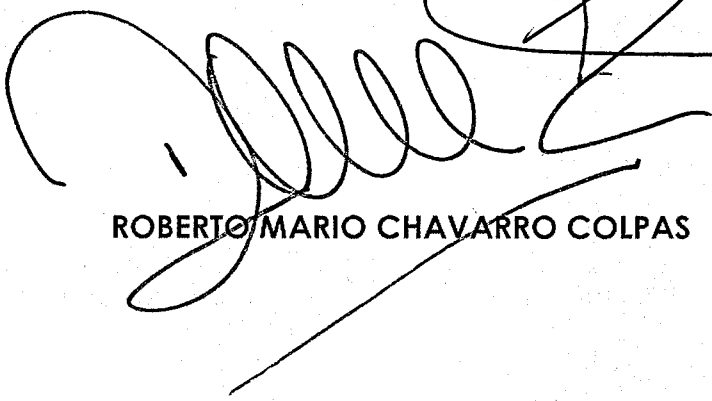
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

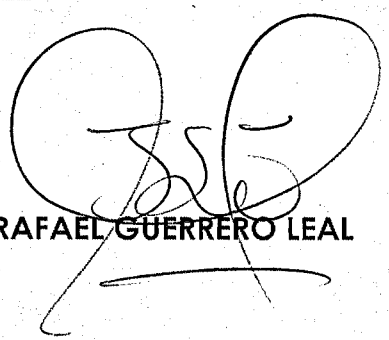
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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