Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2016-00252-01
Demandante	RUBÉN DARÍO FAJARDO MENDOZA
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 quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo 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 ESCRITO CREMIL No. 60111 de fecha 24 de julio de 2015, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al Reajuste de Asignación de Retiro-incremento y por ende el reconocimiento de la reliquidación, pago de retroactivo, reajuste y pago prima de actividad.*
>
> *2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL sobre la asignación básica el reconocimiento, liquidación, pago y reajuste de asignación de retiro por concepto de prima de actividad desde el 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en el porcentaje que se reclama.*
>
> *3.Que el incremento de la diferencia del porcentaje, se cancele con retroactividad de manera indexada y se condene, además, a la Caja de Retiro de las Fuerzas*

Militares CREMIL a dar cumplimiento según los parámetros del artículo 192 del 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 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares."

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 de la Armada Nacional, desde el 24 de septiembre de 1981.

- Que dentro de las partidas computables, se le liquidó al demandante la prima de actividad, la cual es devengada en la actualidad en un 45%.

- Que el demandante hasta el 1 de julio de 2007, percibía un porcentaje de prima de actividad en un 30% y que luego, en virtud del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de dicha partida queda en un 45%, cuando efectivamente debió ser un 49.5%.

- Que el demandante solicitó el porcentaje correspondiente de la prima de actividad ante la entidad accionada, la cual fue negada a través del acto administrativo de fecha 24 de julio de 2014 (Fl.18)

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política artículos 2, 13, 23, 25, 48, 53, y 58.
- Ley 4 de 1992.
- Decretos 2863 de 2007; Decreto 673 de 2008, Decreto 737 de 2009; Decreto 1530 de 2010; Decreto 1050 de 2011; Decreto 842 de 2012; Decreto 1050 de 2013; Decreto 187 de 2014; Decreto 1028 de 2015; Decreto 214 de 12 de febrero de 2016.

En síntesis, señala el demandante que, la entidad accionada desconoció las normas constitucionales y legales arriba citadas que regulan la prima de actividad reconocida como prestación a los miembros de la fuerza pública, porque no se le aplicó en debida forma los incrementos de ley a dicha prestación en su asignación de retiro, toda vez que considera que el porcentaje que se le viene reconociendo está por debajo del que realmente debe percibir.

En ese orden, señala que se ha violado el principio de favorabilidad de las normas, su derecho a la igualdad, y el principio de oscilación contenido en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, debido a que la entidad demandada ha interpretado de manera errada y nociva el contenido de la norma que ordena el incremento de la prestación, al no realizar el reajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje que le fue reconocido a los militares en servicio activo.

Finalmente, reafirma que, actualmente recibe por concepto de prima de actividad un porcentaje que no se compadece con la realidad de la igualdad en materia laboral, ya que un militar con su mismo rango o incluso inferior en la jerarquía militar recibe por el mismo concepto de prima de actividad un porcentaje de 49.5%, lo cual deja ver la diferencia y desmejora que existe entre el personal retirado y el personal en servicio activo por la mala interpretación del principio de oscilación.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 56-63)

Mediante Sentencia de fecha 15 de agosto de 2017, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, señalando para el efecto lo siguiente:

Que al demandante se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución N°0759 del 24 de septiembre de 1981.

Que no es procedente la pretensión del demandante en cuanto que se le incremente el porcentaje de la prima de actividad a un 49.5%, toda vez que el Decreto 2863 de 2007 en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permita incrementar la asignación de retiro del actor en ese porcentaje.

Que se encontró demostrado que en el año 1981 se le liquidó la prima de actividad en porcentaje de 15% y en la actualidad se le cancela en un porcentaje de 45%, lo que indica que la entidad demandada cumplió con lo establecido en la normatividad vigente para el momento en que el actor adquirió el derecho a percibir la asignación de retiro.

Por lo anterior, concluyó el A quo que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperar ya que la entidad accionada actuó dentro del marco legal, por lo que despachó desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

3. LA APELACIÓN (fs. 65-76)

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, al desconocer las pruebas obrante dentro del proceso y el espíritu del legislador al querer que los beneficios otorgados a los activos se vean reflejados en los retirados.

Del mismo modo, señala que el A quo se apartó de su precedente horizontal, ya que en un fallo similar al que ahora nos ocupa, despachó favorablemente las pretensiones de la demanda.

Que se ha solicitado a la demandante, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 y en consecuencia que se le aplique al demandante en calidad de retirado, el porcentaje en que se incrementó al activo, es decir, el 16.5%, toda vez que el demandante tiene reconocida asignación de retiro desde antes del el 1° de julio de 2007, fecha de entrada en vigencia el Decreto 2863 de 2007.

Así las cosas, solicita que en virtud del principio de oscilación se le aplique un reajuste del 49.5%.

De otro lado, señala que el régimen especial previsto para los miembros de las Fuerzas Militares contempla un mecanismo de reajuste de las asignaciones de retiro reconocidas que permite garantizar el poder adquisitivo respecto del monto de todas las partidas objeto de reconocimiento en un militar en servicio activo frente a un militar en servicio

retirado. Por lo que percibir un porcentaje menor en la partida computable Prima de Actividad, desmejora el poder adquisitivo.

Que en virtud del principio de oscilación, todos los aumentos que se hacen a un militar activo, se le deben realizar a un militar en retiro y que las asignaciones de retiro están constituidas en un monto básico y unas partidas computables, concluyendo que todos los aumentos se hacen en las mismas condiciones a los activos, se les debe reflejar a los retirados.

Finalmente, señala que en virtud del artículo 4° del Decreto 2863 del 2007, en atención al principio de oscilación la incidencia del incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro del personal oficial y suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, retirado antes del 1° de julio de 2007, se debe aplicar el incremento del 16.5%, al ostentar la calidad de retirado antes del 2007.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 20 de febrero de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 24 de agosto 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. 15-19)

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

5.2. De la parte demandada (fs. 11-14)

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

El Ministerio Público, en el concepto emitido solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, aduciendo que al demandante no le asiste razón en cuanto a la reliquidación de la prima de actividad.

Que la interpretación correcta del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, es que las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad al 1° de julio de 2007, como es el caso del demandante, debían incrementarse en el mismo porcentaje dispuesto en el artículo 2°, esto es, 50%, que se calcularía con base en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990,sino 159 *ibídem*, es decir, sobre el porcentaje de la prima de actividad que se le tuvo en cuenta para la liquidación de su prestación.

Así las cosas, concluyó que, tomando en cuenta que para la fecha en que se expidió el Decreto 2863 de 2007, la asignación de retiro de que venía gozando el demandante había sido liquidada con base en un 30% por concepto de prima de actividad por disposición del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, era sobre este último porcentaje que debía aplicarse el incremento del 50% ordenado por el artículo 4° del Decreto 2863, como en efecto se realizó, arrojando un aumento del 15% de incremento, lo que

significa que la prima de actividad actualmente tiene una incidencia en su asignación de retiro equivalente al 45%.

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

Esta Sala de Decisión Confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que la 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 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:*
> *13.1.1 Sueldo básico.*
> ***13.1.2 Prima de actividad.***
> *13.1.3 Prima de antigüedad.*
> *13.1.4 Prima de estado mayor.*
> *13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.*

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.
13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.
13.2 Soldados Profesionales:
13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.
13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.
14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).
14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:
El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de

retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

De lo anterior, se colige que el Decreto 4433 de 2004 contempla porcentajes mayores referentes a la prima de actividad que debe computarse en la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en comparación con el Decreto 1211 de 1990.

Por otro lado, el artículo 42 del citado decreto consagra el llamado principio de oscilación, según el cual, las asignaciones de retiro contempladas en él se incrementaran en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones para los miembros que se encuentran en actividad.

> *"Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.*
>
> *El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."*

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. 063-ARC del 30 de julio de 1981, el Suboficial Jefe RUBÉN DARÍO FAJARDO MENDOZA se retiró del servicio por solicitud propia (Resolución No. 0759 de 24 de septiembre de 1981 f. 30), con un tiempo de servicio de veinticinco (25) años, un (01) mes y veintiún (21) días, vinculado a la Armada Nacional (f. 33).

- Mediante Resolución No. 0759 de fecha 24 de septiembre de 1981, 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 15%. (Fs. 30-31).

- Que de acuerdo con el Certificado Cremil No. 60111 del 24 de julio de 2015, el señor RUBÉN DARÍO FAJARDO MENDOZA, durante el año 1992, tiene reconocido como prima de actividad un porcentaje correspondiente al 30% y de julio de 2007 en adelante, le viene siendo reconocido un porcentaje del 45% como partida computable de la prima de actividad (fs. 20-26).

- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Certificado Cremil No. 60111 Consecutivo 2015-50602 de fecha 24 de julio de 2015, el demandante a partir de julio de 2007, le viene reconocido el 45% como partida computable de la prima de actividad. (F. 18).

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 15% de la prima de actividad, entre otras partidas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, vigente al momento del retiro (fs. 30-31).

Con posterioridad al reconocimiento de dicha asignación, observa la Sala que por disposición del Decreto 2863 de 2007, al actor le fue incrementada la partida computable de prima de actividad de un 30% a un 45%, a partir del 1° de julio de 2007, tal y como se constata con el certificado de haberes obrante en el expediente (fs. 20-26) y se corrobora con el contenido del acto administrativo acusado (f.18).

No obstante lo anterior, el demandante en el recurso de alzada, solicita que se le aplique el Decreto 2863 de 2007 art. 4° 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 30% a un 45%.

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 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.

De otro lado, advierte la Sala que si bien es cierto, los jueces al momento de proferir sus providencias judiciales, debe necesariamente considerarse el precedente horizontal por tener fuerza vinculante, a efectos de atender los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima y, el derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución; no es menos cierto que, de igual manera deberán respetar y acoger el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una

de las jurisdicciones, limitándose con ello la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.

En esa medida, el precedente de este Tribunal Administrativo, en cuanto a la prima de actividad se refiere ha sido siempre negativo, salvo aquellos casos en los cuales se demuestre que dicha prima no ha sido reconocida aun por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, motivo por el cual el argumento del recurrente en cuanto a que el A quo, desconoció el precedente horizontal, será rechazado.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia de fecha quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo 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 demandada[1].

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.

[1] Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.

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 quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo 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, 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.

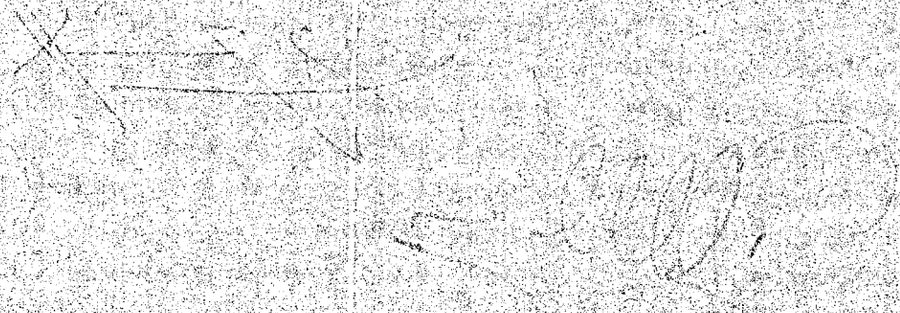
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL