

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2018-00208-01
Demandante	MIRIAM CASTILLO
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
Magistrado Ponente	LUÍS 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 treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto 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:

I. LO QUE SE PRETENDE:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo reproducido en el ACTO ADMINISTRATIVO 0056009 ,consecutivo 2016-56012 , del 19 de agosto de 2016 , el cual negó el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad, conforme lo ordenado en los artículo 4 del decreto 2863 de 2007 y el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

SEGUNDA: Que con fundamento de la anterior declaración de nulidad y a título del restablecimiento del derecho se CONDENE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL.”, A RECONOCER, REAJUSTAR Y PAGAR la prima de actividad en la asignación de retiro, que es titular el actor (a) en un 36.5 % partir del 1 de Julio de 2007, en el misino monto o proporción en que se reajustó la asignación un Militar en actividad, por razón del Incremento que estableció el Art. 4 del Decreto 2863 de 2007, aplicando así principio de oscilación que rige a todos los miembros de la Fuerza Pública

TERCERA: En virtud de lo anterior, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al reconocimiento y pago de las diferencias en las mesadas de su asignación de retiro dejadas de cancelar desde el 1 de julio de 2007 y hasta que quede

ejecutoriada la sentencia sin perjuicio del fenómeno prescriptivo que pueda haber operado. Cifras que se ordenen pagar de forma indexada mes a mes con fundamento en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

CUARTA: Que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo previsto 192, 194 y 195 de la ley 1437 de 2011 y que reconozca intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

QUINTA: Que se condene en costas y agencias en derecho conforme al artículo 366 del Código General del Proceso, a La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES."

1.2. HECHOS

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

- Se aduce en los hechos de la demanda que al accionante mediante Resolución No 2991 de 1959 se le reconoció asignación de retiro, por todo el tiempo de servicio prestado a la Fuerza Pública; como partida computable se le incluyó la prima de actividad en una cuantía del 25 %.
- Señala el accionante, que a partir del 01 de julio de 2007, CREMIL dio una interpretación desfavorable al Decreto 2863 de 2007, debido a que reajustó la prima de actividad en el sentido de que le sumó el 50% al porcentaje que ya venía reconocido en la resolución de retiro; pero desconoció la forma en la que debía aplicarse dicho incremento.

1.3. Concepto de violación.

Manifiesta el accionante que hubo vulneración del Preámbulo, artículo 2, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política, artículo 34 de la Ley 2 de 1945, artículo 3 numeral 3, 13 de la ley 923 de 2004; artículo 169 del Decreto 1211 de 1990; artículos 2, 13 numeral 13.1.2, artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 2863 de 2007.

Señala la parte demandante que el acto administrativo demandado es contrario a los fines esenciales del Estado establecidos en la Constitución Nacional para proteger a todas las personas residentes en Colombia; y que vulnera el derecho a la seguridad social y el derecho al trabajo, derechos que

gozan de la protección del Estado y que deben prestarse con sujeción a los principios de eficacia y universalidad.

Advierte que al no reconocer, liquidar y pagar el cincuenta (50%) de la prima de actividad, sobre la base del 33% a partir del 01 de julio de 2007, la entidad demandada incurrió en falsa motivación puesto que desconoce la aplicación retroactiva que se estableció en el Decreto 2863 de 2007 en su artículo 4, la cual le concede a los retirados con anterioridad al 01 de julio de 2007, el derecho de reajustar el 50% pero de lo que devenga el personal activo de la Fuerza Pública que es el 33%, teniendo en cuenta el principio de oscilación y favorabilidad laboral.

2. Contestación de la demanda¹.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES se opuso a todas y a cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que con la expedición del Decreto 2863 de julio de 2007, mediante el cual se dispuso el incremento de la prima de actividad en el 50% que venía siendo liquidada, por lo anterior, la Caja procedió a realizar el reajuste indicado por la norma.

Aduce el accionado que al accionante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 20% por concepto de prima de actividad y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007 se le incremento al 30%, teniendo en cuenta el tiempo de servicios acreditado, haciendo claridad que el porcentaje reconocido al actor fue el tope máximo permitido por el legislador, para la época.

Compara el accionado lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro del demandante, y concluyó que hay correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de CREMIL, toda vez que a la entidad le correspondía realizar un incremento del 10% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 20% al 30%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

¹ Folios 59-69.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado del activo correspondiente; es decir la prima incrementa en el mismo porcentaje del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aplicar, como se ha mencionado antes, el 50% de lo devengado en la referida prima, que para el presente caso pasa de ser una prima de actividad del 20% a una prima de actividad de 30%.

Arguye CREMIL que no hay vulneración del derecho a la igualdad, debido a que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse la asignación de un militar con la de otro que se efectuó posteriormente.

3. Sentencia apelada².

Mediante sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, manifestando que CREMIL aplicó e interpretó los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, adecuadamente, teniendo en cuenta que para efectos del reajuste de que trata dicha norma, tuvo en cuenta el porcentaje devengado por el causante de la asignación de retiro de la cual es beneficiaria la accionante, de acuerdo a las disposiciones consagradas para la materia al momento en que adquirió el derecho de la asignación de retiro, pues el hecho de que se haya autorizado el incremento de la prima de actividad como partida computable dentro de las asignaciones de retiro o pensiones, en el mismo porcentaje establecido en el artículo 2 del Decreto 2863 del 2007, no implica equiparar la situación de los activos y los retirados en cuanto en cuanto al valor que resulta aplicar el porcentaje autorizado (50%); cuyo valor en el caso del personal retirado dependerá del porcentaje en que fue computada la prima de actividad, según el estatuto vigente para la fecha de retiro y el tiempo de servicio prestado.

² Folios 44-50.

Igualmente señala que la aplicación del principio de oscilación no implica la equiparación del personal activo con el retirado.

3. Recurso de apelación.

3.1. De la parte accionante³.

La parte accionante, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque el fallo del A quo y se concedan las pretensiones de la demanda.

Manifiesta el actor, que en el presente caso existe una concurrencia de interpretaciones sobre la misma ley; aplicando el A quo la interpretación restrictiva o desfavorable.

Dado lo anterior, realiza una comparación entre las dos interpretaciones, señalando en la primera, un reajuste con el 50% sobre la base del porcentaje que le fue reconocido en la resolución de la asignación, se fundamenta en el derecho adquirido reconocido en la resolución, se ampara en la irretroactividad de la ley, cita principio de oscilación pero no lo aplica en beneficio del demandante, acude al artículo 2 del decreto 2863 del 2007 el cual se encuentra derogado, no concede un porcentaje adicional después del reajuste hecho del 2007, esta interpretación es restrictiva a los intereses del pensionado.

La segunda interpretación se basa en un reajuste con el 50% sobre la base del porcentaje que gana el personal en servicio activo a partir del aumento del decreto 4433 de 2004, se fundamenta en el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política, se ampara en la retroactividad, aplica el principio de oscilación, aplica el artículo 4 del decreto 2863 de 2007 el cual es el único vigente, concede un reajuste adicional sobre la prima de actividad que dependerá de cada caso en particular.

³ Folios 101-105.

Indica el recurrente, que el A quo a pesar de que se fundamentó en una interpretación legalmente aceptable, no se ajusta a la línea jurisprudencial de la favorabilidad laboral.

4. Trámite procesal de segunda instancia⁴.

Mediante auto de fecha seis (06) de agosto de dos mil veinte (2020), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, por medio de auto de fecha seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandada⁵.

La parte accionada, en su escrito de alegatos de conclusión solicita se mantenga en firme la sentencia de primera instancia.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal

⁴ Folios 5 y 8, cuaderno de 2ª instancia.

⁵ Folios 11-14, cuaderno principal de 2ª instancia.

Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Determinar si en el sub judice es procedente el reajuste de la asignación de retiro de la señora Miriam Castillo, 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 negativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se revocará.

2. Tesis.

La Sala de Decisión Confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que la parte 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 36.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por la actora.

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 el 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)

*"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 relevantes probados

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- 5.1.1. Obra en el expediente derecho de petición de fecha 29 de julio de 2016, presentado por la accionante, dirigido a CASUR, mediante el cual solicitó reconocimiento, reajuste y pago de la prima de actividad en la asignación de retiro de la cual es titular, en un 50% sobre el 33% que devenga un militar en servicio activo. (fls. 18-20)
- 5.1.2. Obra en el expediente Oficio No. 211 CREMIL 64662 de fecha 19 de agosto de 2016, mediante el cual se le da respuesta negativa al derecho de petición del numeral anterior. (fl. 21)
- 5.1.3. Obra en el expediente Oficio No. 613 CREMIL: 64662 de fecha 22 de agosto de 2016, proferido por CREMIL, mediante el cual consta que de conformidad con el decreto 2863 de 2007, se incrementó al accionante el porcentaje de la prima de actividad del 20% al 30%. (fl. 22)
- 5.1.4. Obra en el expediente Resolución No 2991 de 1959, mediante el cual el Ministerio de Guerra resuelve reconocer asignación mensual de retiro al Suboficial de la Armada Ernesto Gaviria Hurtado. (fls. 70-71)

5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el sub judice pretende la accionante se declare la nulidad del acto administrativo 0056009, consecutivo 2016-56012 del 19 de agosto de 2016, proferido por CREMIL, mediante el cual se negó el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad conforme lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

A título y restablecimiento del derecho, solicita la parte demandante, se condene a la accionada al reajuste y pago de la prima de actividad en la asignación de retiro, de la que es titular en un 36.5% a partir del 01 de julio de 2007, en la misma proporción en al que le fue reajustada la asignación a un militar en servicio activo.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, manifestando que CREMIL aplicó e interpretó los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, adecuadamente, puesto que para efectos del reajuste de que trata dicha norma, tuvo en cuenta el porcentaje devengado por el causante de la asignación de retiro de la cual es beneficiaria la accionante, de acuerdo a las disposiciones consagradas para la materia al momento en que adquirió el derecho de la asignación de retiro, pues el hecho de que se haya autorizado el incremento de la prima de actividad como partida computable dentro de las asignaciones de retiro o pensiones, en el mismo porcentaje establecido en el artículo 2 del Decreto 2863 del 2007, no implica equiparar la situación de los activos y los retirados en cuanto al valor que resulta aplicar el porcentaje autorizado (50%); cuyo valor en el caso del personal retirado dependerá del porcentaje en que fue computada la prima de actividad, según el estatuto vigente para la fecha de retiro y el tiempo de servicio prestado.

Igualmente señala que la aplicación del principio de oscilación no implica la equiparación del personal activo con el retirado.

A su turno, la parte accionante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque el fallo del A quo y se concedan las pretensiones de la demanda; argumenta el actor, que en el presente caso existe una concurrencia de interpretaciones sobre la misma ley; aplicando el A quo la interpretación restrictiva o desfavorable.

La recurrente, realiza una comparación entre las dos interpretaciones, señalando en la primera, un reajuste con el 50% sobre la base del porcentaje que le fue reconocido en la resolución de la asignación, se fundamenta en el derecho adquirido reconocido en la resolución, se ampara en la irretroactividad de la ley, cita principio de oscilación pero no lo aplica en beneficio del demandante, acude al artículo 2 del decreto 2863 del 2007 el cual se encuentra derogado, no concede un porcentaje adicional después del reajuste hecho del 2007, esta interpretación es restrictiva a los intereses del pensionado.

La segunda interpretación se basa en un reajuste con el 50% sobre la base del porcentaje que gana el personal en servicio activo a partir del aumento del decreto 4433 de 2004, se fundamenta en el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución Política, se ampara en la retroactividad, aplica el principio de oscilación, aplica el artículo 4 del decreto 2863 de 2007 el cual es el único vigente, concede un reajuste adicional sobre la prima de actividad que dependerá de cada caso en particular.

Indica la apelante, que el A quo a pesar de que se fundamentó en una interpretación legalmente aceptable, no se ajusta a la línea jurisprudencial de la favorabilidad laboral.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado; teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto de la apelación.

Advierte la Sala que, teniendo en cuenta la calidad de Suboficial Primero de la Armada Nacional ostentada por el señor Ernesto Gaviria Hurtado (fallecido), titular de la pensión de la cual hoy día es beneficiaria de sustitución pensional la señora Miriam Castillo, al momento de su retiro y el tiempo de servicio prestado, esto es diecinueve (19) años, ocho (08) meses y veinticuatro (24) (f. 25), le fue reconocida una asignación de retiro en cuantía del 82% del sueldo de actividad, correspondiente a su grado y con el cómputo del 20% de la prima de actividad.

Con posterioridad al reconocimiento de dicha asignación, observa la Sala que por disposición del Decreto 2863 de 2007, al demandante le fue incrementada

la partida computable de prima de actividad de un 20% a un 30%, a partir del 1º de julio de 2007, tal como se acredita con el oficio No. 613 CREMIL: 64662 de fecha 22 de agosto de 2016, proferido por CREMIL. (fl. 22).

No obstante lo anterior, la parte 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 con un reajuste del 50% sobre la base del porcentaje que gana el personal en servicio activo 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, toda vez que, la normatividad aplicable para establecer el monto de la prima de actividad ya fue incrementado de un 20% al 30% conforme al tiempo de servicio prestado por el accionante.

Aunado a lo anterior, a juicio de la Sala, del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación y cuya aplicación requiere el apelante, se puede inferir, que dicha norma, 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 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 anteriores⁶, por lo que se advierte, que el Decreto en cita, en materia de prima de actividad, no dispuso efecto

⁶ 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.** (Negritas de la Sala).

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 20% a un 30%.

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 en un 50% sobre base 33% que devenga un militar en servicio activo 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% del porcentaje que venía devengando el señor Ernesto Gaviria Hurtado, es decir el 20% más el 50% de este porcentaje que 10%, resultando 30% como prima de actividad, tal como lo establece el Decreto 2863 de 2007.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5.3. Condena en costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en

costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

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 demandada⁷.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

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

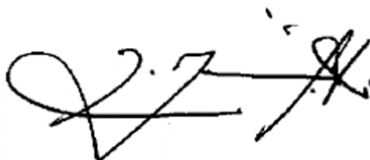
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, líquidense 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.

⁷ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

DIGNA MARIA GUERRA PICON
Ausente con permiso



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ