

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

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2017-00199-01
Demandante	TITO GRACILIANO GARCIA HUERTAS
Demandado	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 once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto 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:

“

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo reproducido en el ACTO FICTO N 0062129 consecutivo 2016-62131 de septiembre 15 de 2016 producto del silencio administrativo al no resolver lo solicitado; Que se declare la nulidad del acto administrativo reproducido en el ACTO ADMINISTRATIVO N 0026529 consecutivo 2015-26529, el cual negó expresamente 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 41.5% partir del 1 de julio de 2007, en el

mismo monto o proporción en que se reajustó la asignación un Militar en actividad, por razón del Incremento que estableció el Art. 4 del Decreto 28663 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 a pagar de forma indexada mes por mes con fundamento en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

(...)"

1.2. HECHOS

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

- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al señor TITTO GRACILIANO GARCIA mediante resolución 445 del 3 de marzo de 1989 en un porcentaje del 70% del sueldo que devengaba en actividad en su grado
- El señor TITTO GRACILIANO GARCIA, laboró en la Armada Nacional por 20 años, 8 meses y 17 días.
- Que el actor a la fecha del retiro devengaba una prima de actividad del 25% que se le había reconocido al cumplir 20 años de servicio como lo consagra el Decreto 1213 de 1990.
- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al reconocer la asignación de retiro, le liquidó el 20% de la prima de actividad.
- Mediante petición de fecha 17 de abril de 2015, el accionante solicitó la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión del incremento de la prima de actividad; la cual fue negada por la demandada mediante el oficio CREMIL 35549 consecutivo 2015-26529 de 28 de abril de 2015 por la demandada señalando que no se le adeudaba valor alguno toda vez que de conformidad con el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, el actor venia con el 25% más el 50% de este porcentaje corresponde al 12,5%, lo cual da como resultado una prima de actividad de 37.5%, porcentaje que viene siendo liquidado y pagado dentro de la asignación de retiro a partir del 1 de julio de 2007. A su turno, el día 15 de septiembre de 2016 el actor volvió a

solicitar el reajuste de su asignación de retiro con inclusión del aumento de la prima de actividad, sin embargo, la entidad no dio respuesta a dicha petición.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

- Constitución Política: artículos 2, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90 y 229.
- Leyes: Artículo 34 de la Ley 2ª de 1945; artículos 13-42 y 45 de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004; artículos 2, 10 y 13 de la Ley 4ª de 1992; Ley 1437 de 2011; artículos 17, 18 y 19 de la Ley 153 de 1987; artículo 14 de la Ley 50 de 1990; artículo 1 de la Ley 22 de 1967.
- Decretos: Decreto 612 de 1971; Decreto 095 de 1989; Decreto 1211 de 1990; Decreto 1212 de 1990; Decreto 2863 de 2007; Decreto 673 de 2008; Decreto 737 de 2009; Decreto 1530 de 2010; Decreto 1050 de 2011; Decreto 0842 de 2012; Decreto 1011 de 2013; Decreto 187 de 2014.

En síntesis, 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.

Aduce que se desconoció la normatividad vigente que trata sobre la prima de actividad, en especial lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, toda vez que al 1º de julio de 2007, se le reajustó la prima de actividad de un porcentaje de 25% a 37.5%, cuando debió incrementarse a un 41.5%, pues a su parecer la entidad demandada para realizar el incremento no debió tener en cuenta el tiempo de servicio y porcentajes aplicados.

Trae a colación el artículo 4º del Decreto 2863, que señala que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515

de 2007. Concluyendo que es fácil probar que la entidad aplicó indebidamente la norma puesto que el aumento que debió establecer para la prima de actividad era del 41.5% y no del 37.5% como se efectuó.

2. Sentencia apelada¹.

Mediante sentencia de fecha 11 de febrero de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, al considerar que la entidad demandada cumplió con lo establecido en los Decretos 1211 y 1212 de 1990, así como lo consagrado en el Decreto 2863 de 2007 para la liquidación de la asignación de retiro de la parte demandante.

En efecto, señaló el A quo, que el señor TITO GRACILIANO GARCIA HUERTAS, prestó sus servicios durante veinte (20) años ocho (08) meses y diecisiete (17) días como Almirante Comandante de la Armada Nacional.

Que, de acuerdo al tiempo de servicio, se determinó como partida computable para su asignación de retiro, la prima de actividad del 25% del sueldo básico correspondiente a su grado.

Que le fueron aplicados los aumentos de ley respecto de la prima de actividad hasta llegar al porcentaje establecido por el Decreto 2863 de 2007, es decir en un 50% del porcentaje reconocido, que es 12.5%.

Encontró demostrado que la entidad demandada viene cancelando el porcentaje correspondiente a la prima de actividad en un 37.5%, de acuerdo a parámetros legales, por lo que consideró que no es posible modificar el porcentaje liquidado tal y como se pretende con la demanda.

En esa medida, concluyó que no se desvirtuó la legalidad del acto acusado motivo por el cual negó las pretensiones de la demanda.

3. Recurso de apelación.

¹ Folios 111-113

3.1. De la parte accionante².

La parte actora presenta escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que le asiste derecho a que sea reajustada la prima de actividad teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007.

Explica que el Decreto 1211 de 1190 establecía que los oficiales y suboficiales en servicio activo tendrían derecho a una prima mensual de actividad equivalente al 33% del sueldo básico, y que en virtud del principio de oscilación el reajuste de la asignación debe hacerse teniendo en cuenta este porcentaje.

En ese orden, señala que de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, el incremento de 50% de la partida por prima de actividad que le corresponde que es de 33%, es 16.5% y que este porcentaje sumándolo a los 25% reconocidos a la parte actora da un total de 41.5%, y no 37.5% como viene reconocido.

Continúa señalando que el porcentaje en que se ajustó el del activo, fue del 50% del 33% que señala el artículo 68 del Decreto 1211 y, que de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2863, el derecho de los retirados corresponde al mismo incremento que se efectuó para los activos, es decir, 50% de 33%, no entendiéndose el motivo por el cual se les va a asignar un valor diferente.

4. Trámite procesal de segunda instancia³.

Mediante auto de fecha catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante; por medio de auto de fecha dieciséis (16) de septiembre 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.

² Folios 116-119

³ Folios 5 y 9 del cuaderno principal de segunda instancia.

5.1. Parte demandada⁴.

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.

5.2. Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia procesal.

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 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.

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

⁴ Folios 12-15 del cuaderno principal de segunda instancia.

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 de la sala.

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

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

4. Marco normativo y jurisprudencial.

La prima de actividad de que trata el *sub examine*, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El Decreto 1211 de 1990, *Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*, en su artículo 159 dispuso:

“ARTÍCULO 159. CÓMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- **Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).**
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).



- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."(Negrillas y subrayas de la Sala)

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, preceptúa:

"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 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 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.

Del material probatorio allegado al expediente, se tienen como probados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 031 del 27 de enero de 1989, el Almirante Comandante TITTO GRACILIANO GARCIA HUERTAS se retiró del servicio por solicitud propia mediante Resolución N°278 de 1988, baja efectiva a partir del 31 de enero de 1989 con el grado de Suboficial Primero de la Armada Nacional con un tiempo de servicio de veinte (20) años ocho (08) meses y diecisiete (17) días. (Fl.6)
- Mediante Resolución No. 445 del 3 de marzo de 1989, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al señor TITTO GRACILIANO GARCIA HUERTAS asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un 25%. (Fs. 6-7)
- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado, Certificado Cremil No. 35549 de fecha 28 de abril de 2015, el demandante a partir de julio de 2007, le viene reconocido el 37.5% como partida computable de prima de actividad, en virtud de incremento autorizado mediante Decreto 2863 de 2007. (F. 9-10).

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el sub judice, pretende la parte accionante se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto de la no contestación de la petición presentada el día 15 de septiembre de 2016; y del acto administrativo identificado con consecutivo No. 2015-26529 emanado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se negó el reconocimiento, liquidación y pago de reajuste de la asignación de retiro solicitado por el señor TITO GRACILIANO GARCIA HUERTAS.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la entidad demandada cumplió con lo establecido en los Decretos 1211 y 1212 de 1990, así como lo consagrado en el Decreto 2863 de 2007 para la liquidación de la asignación de retiro de la parte demandante.

En efecto, señaló el A quo, que el señor TITLO GRACILIANO GARCIA HUERTAS, prestó sus servicios durante veinte (20) años ocho (08) meses y diecisiete (17) días como Almirante Comandante de la Armada Nacional.

Que, de acuerdo al tiempo de servicio, se determinó como partida computable para su asignación de retiro, la prima de actividad del 25% del sueldo básico correspondiente a su grado.

Que le fueron aplicados los aumentos de ley respecto de la prima de actividad hasta llegar al porcentaje establecido por el Decreto 2863 de 2007, es decir en un 50% del porcentaje reconocido, que es 12.5%.

Encontró demostrado que la entidad demandada viene cancelando el porcentaje correspondiente a la prima de actividad en un 37.5%, de acuerdo a parámetros legales, por lo que consideró que no es posible modificar el porcentaje liquidado tal y como se pretende con la demanda.

En esa medida, concluyó que no se desvirtuó la legalidad del acto acusado motivo por el cual negó las pretensiones de la demanda.

La parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que le asiste derecho a que sea reajustada la prima de actividad teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007.

Explica que el Decreto 1211 de 1190 establecía que los oficiales y suboficiales en servicio activo tendrían derecho a una prima mensual de actividad equivalente al 33% del sueldo básico, y que en virtud del principio de oscilación el reajuste de la asignación debe hacerse teniendo en cuenta este porcentaje.

En ese orden, señala que de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, el incremento de 50% de la partida por prima de actividad que le corresponde que es de 33%, es 16.5% y que este porcentaje sumándolo a los 25% reconocidos a la parte actora da un total de 41.5%, y no 37.5% como viene reconocido.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado, los hechos probados en el presente asunto, y el objeto del recurso de apelación impetrado, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

Advierte la Sala que, teniendo en cuenta la calidad de Suboficial Primero de la Armada Nacional ostentada por el señor TITO GRACILIANO GARCIA HUERTAS al momento de su retiro y el tiempo de servicio prestado, esto es veinte (20) años ocho (08) meses y diecisiete (17) días (f. 6), le fue reconocida una asignación de retiro en cuantía del 70% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y con el computo del 25% de la prima de actividad, entre otras partidas, como lo establecía el artículo 152 del Decreto 089 de 1984 vigente al momento del retiro.

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 25% a un 37.5%, a partir del 1º de julio de 2007, tal y como se acredita con el oficio CREMIL35549 del 28 de abril de 2015(f. 9 reverso).

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

Aunado a lo anterior, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación y cuya aplicación requiere el apelante, deja entrever que tiene como fin que las asignaciones de retiro contempladas en el mismo, se incrementen en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones de actividad, haciendo referencia sólo a aquellas personas que alcancen el derecho a partir de su entrada en vigencia, es decir, a partir del 31 de diciembre de 2004; a tal conclusión llega la Sala, pues el artículo 2º del mismo decreto, señala que se respetarán los derechos 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 anteriores⁵, por lo que se advierte, que el Decreto en cita, en materia de prima de actividad, no dispuso efecto retroactivo alguno, sino que dejó indemne la situación jurídica de quienes ya venían con su derecho consolidado.

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

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

⁵ Decreto 4433 de 2004. Artículo 2º. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, **que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.** (Negrillas de la Sala).

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia de fecha doce (12) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; además el artículo 47 de la ley 2080 de 202, el cual adicionó el artículo 188 del CPACA, consagra que se dispondrá sobre la condena en costas, cuando se establezca que la demanda se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

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 demandada⁶.

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

⁶ 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

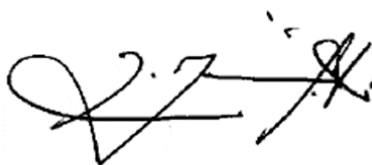
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Ausente por incapacidad.

DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN