f-17-24
c.2.

DIGITALIZADO SIGLO XXI

Cartagena de Indias D.T y C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Acción	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-007-2016-00280-01**
Demandante	**ALEJANDRO ENRIQUE LIAN ESCOBAR**
Demandado	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	**Reajuste asignación de retiro variando el porcentaje de la prima de actividad - improcedencia**

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 19 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ALEJANDRO ENRIQUE LIAN ESCOBAR, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

2.1. La demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, ALEJANDRO ENRIQUE LIAN ESCOBAR, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

[1] Folios 1-9

2.2. Pretensiones

"1. Que se declare nulo el acto acusado contenido en el ESCRITO CREMIL No. 62081 de 5 de agosto de 2016, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al Reajuste de la Asignación de Retiro – Incremento y por ende el reconocimiento de la Reliquidación, pago de retroactivo, reajuste y pago de 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 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 articulo 192 Ibídem.

4. Ordenar a la Caja de Retiro de la 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.

(...)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el accionante que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció Asignación de retiro, desde el 4 de agosto de 1975 al Suboficial Jefe ® señor ALEJANDRO ENRIQUE LÍAN ESCOBAR.

Destaca el actor que, mediante derecho de petición, le solicitó al Director de Cremil, se le reconociera y pagara la prima de actividad tomando como factor de liquidación, el porcentaje que se liquida para el personal de suboficiales de las Fuerzas Militares que se encuentran en actividad, lo anterior, por considerar que la demandada interpretó de manera errada el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007,

Explica que, la demandada mediante el acto administrativo Cremil 62081 de 5 de agosto de 2016, dio respuesta al derecho de petición, negando lo solicitado con el argumento que la prima de actividad se le reconoció en la

forma y términos establecidos en la ley vigente al momento del retiro, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado en las Fuerzas Militares.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

- Constitución Política artículos 2, 13, 23, 25, 48
- Ley 4ª de 1992
- Decretos 2863 de 2007

2.4.1 Concepto de la violación

En síntesis señala la parte demandante que, CREMIL ha interpretado de manera errada y por consiguiente nociva a sus intereses, el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, al reajustar la prima de actividad aplicando el acápite 2 del artículo 2 del mencionado Decreto y no ordenar el reajuste en el mismo porcentaje que le fue reconocido a los militares en servicio activo.

Que la regla general, es que la ley rige para situaciones jurídicas que se consoliden en su vigencia, pero cuando la ley consagra norma favorable a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una norma anterior, podrá aplicarse la norma más beneficiosa, así mismo, la ley establece su ámbito de aplicación para situaciones jurídicas concretas, como lo hace el legislador en el Decreto 4433 de 2004.

Que al demandante le fue reajustada la prima de actividad en beneficio de CREMIL, a partir del 1 de julio de 2007, burlando el principio de interpretación gramatical de la ley.

Finalmente, señala que la prima de actividad, ordenada para oficiales y suboficiales en servicio activo se liquidara en un 49.5% sobre el sueldo básico , y en el caso que nos ocupa, ese orden debe cobijar de igual forma a los retirados como el actor, que tiene la condición de retirado antes del 2007, es una persona de la tercera edad, que tiene derecho a que se le aplique la norma que regula el principio de oscilación, de donde se sustrae que se debe realizar el mismo porcentaje que a los activos , esto es 49.5%

2.5 Contestación

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL

No contestó la demanda

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[2]

Por medio de providencia del 19 de julio de 2017, el Juez Séptimo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

El Juez *A quo* expuso, que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido clara, al determinar que la disposición aplicable, es aquella vigente a la fecha de retiro, de manera que no es viable que el demandante, exija la aplicación de un régimen posterior, aun cuando sea más favorable.

Explicó el Juez de primera instancia que el Decreto 2863 de 2007, introdujo modificaciones a la prima de actividad, en los porcentajes de la misma, tanto a los activos como a los retirados, pero no en la forma lo sostiene la parte demandante.

Concluyendo que, si bien es cierto la prima de actividad del personal activo y del personal retirado, se debe incrementar en el mismo porcentaje (50%), en desarrollo del principio de oscilación, también lo es que la prima de actividad reconocida y devengada que se debe incrementar es diferente; pues el porcentaje de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares activos corresponde al 49.5%, mientras que la prima de actividad del personal de oficiales y suboficiales retirado corresponde al porcentaje establecido en el Decreto vigente para la época del retiro sumado la oscilación de un 50%.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[3]

Por medio de escrito del 8 de agosto de 2017, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que el fallo generó un proveído abiertamente contrario a derecho vulnerando el contenido de los artículo 2,13, 25 y 53 de la Carta Política, al no cobijar lo solicitado desconociendo el acervo probatorio aportado en el proceso, la evolución del derecho y el espíritu del legislador, al querer igualar los beneficios otorgados a los activos que se vean reflejados en los retirados.

[2] Folios 51-60
[3] Folios 62-95 c. 1

Indica que el incremento realizado a los activos es del 16.5% que sumado al 33% arroja un 49.5%; luego entonces, si el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, con ocasión del principio de oscilación, de que trata el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, la conclusión es, que este porcentaje es el aplicable al demandante, pues lo que se pretende no es el 49.5%, sino que se aplique en virtud de la oscilación el incremento ordenado a los activos, esto es, el 16.5%.

Continua señalando que CREMIL, aplica el decreto que reglamenta la prima de actividad, para la época del retiro, pero son otros tiempos, innovadores, en las reclamaciones justas, porque el espíritu del legislador fue zanjar la diferencia entre activos y retirados, no siendo justo, ni equitativo, por quien duro mucho más tiempo trabajando, perciba menos porcentaje de quien duró menos años en la misma labor.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 10 de agosto de 2017[4] se concedió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante; con providencia del 6 de abril de 2018[5], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 6 de julio de 2018[6], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante

La parte demandante no alegó de conclusión

6.2. Alegatos de la parte demandada[7]:

La parte demandada, solicita se aplique el precedente que niega las pretensiones de la demanda y se confirme el fallo de primera instancia.

6.3. Ministerio Público

No rindió concepto

---

[4] Folio 134
[5] Folio 4 C. 2ª instancia
[6] Fol. 9 C. 2ª instancia
[7] Folios 11-14 C. 2ª instancia

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, el acto acusado es el Oficio No. 211 CREMIL 62081 consecutivo 2016-52471 de 5 de Agosto de 2016, por medio del cual CREMIL niega el incremento de la prima de actividad en un porcentaje superior al 50% del porcentaje que venía devengado a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007.

7.4 Problema jurídico.

La parte recurrente sostiene que la asignación de retiro de la que es titular el demandante, debe ser reajustada en cuanto al factor computable denominado prima de actividad aplicando los porcentajes que señalan los Decretos 4433 de 2007 y 2863 de 2007, de conformidad con el principio de oscilación.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar y reajuste la asignación de retiro del demandante 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?

7.5. Tesis

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a

la partida computable prima de actividad en un 16.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, y a viene siendo percibido por el accionante, tal como lo señala el Decreto en mención, es decir, que no hay lugar a aplicar las disposiciones que indican como liquidar la asignación de retiro en el Decreto 4433 de 2004 al accionante, pues se refieren a quienes adquieren derecho a su reconocimiento estando en servicio activo durante su vigencia, no siendo aplicable al retirado en virtud del principio de oscilación.

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

7.6. 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.

7.7. Caso concreto

7.7.1. 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:

- El Suboficial Jefe (R) ALEJANDRO ENRIQUE LIAN ESCOBAR, contó con un tiempo de servicio de 23 años y 22 días, vinculado la Armada Nacional (f. 27).

- Mediante Resolución No. 1505 del 4 de agosto de 1975, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al señor ALEJANDRO ENRIQUE LIAN ESCOBAR asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un 15% y posteriormente en un 25%. (f. 23-24)

- Que al demandante se le reconoció como prima de actividad un porcentaje correspondiente al 37.5%, tal como consta en el certificado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (f. 24-25)

- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 62081 Consecutivo 2016-52471 de fecha 5 de agosto de 2016, el reconocimiento del 12.5% que dio como resultado un porcentaje en la prima de actividad del 37.5% de la asignación de retiro de la demandante, se efectuó a partir del 27 de julio de 2007 fecha de entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007. (F. 20)

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

Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso tener en cuenta los presupuestos normativos que regulan la asignación de retiro.

En el caso en concreto el señor ALEJANDRO LIAN ESCOBAR, fue retirado en el año 1975, con un tiempo de servicio de 23 años y 22 días, al momento de su retiro, la norma vigente era el Decreto 188 de 1968, donde no se estableció la prima de actividad para la liquidación de pensiones y asignación de retiro; luego con la entrada en vigencia del Decreto 089 de 1984 y 095 de 1989, se consagra el computo de la prima de actividad, donde se le reconoce dicha partida computable a quienes se retiraron del servicio activo antes del 18 de enero de 1984, posteriormente, el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 159 consagró, que cuando el tiempo de servicio sea mayor a 20 e inferior a 25 años la liquidación de la prima de actividad es un porcentaje del 25%.

El Decreto 4433 de 2004, en su Art. 13 se refiere a los factores computables para liquidar la asignación de retiro y en el Art. 14 se refiere a la asignación de retiro y los requisitos para acceder a ella.

Debe destacarse que la lectura de dichas disposiciones no permite concluir que establezca reajustes al personal activo que deban ser aplicados por vía de oscilación al personal retirado. Simplemente señalan la forma en que deben ser tenidos en cuenta para el cómputo de la asignación de retiro, sin que establezcan incrementos para el personal en servicio activo.

Es importante agregar que estas disposiciones aplican al momento en que se reconoce la asignación de retiro, es decir, se tienen en cuenta cuando se reconoce el derecho, sin que proceda su aplicación en forma *retroactiva* a quienes ya lo tienen reconocido en vigencia de disposiciones anteriores. Ambas normas se refieren a personal que se encuentre en servicio activo al momento de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004.

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

Por otra parte, encuentra acreditado la Sala, que el causante con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro y por disposición del Decreto 2863 de 2007 el cual estableció un incremento del 50% en la prima de actividad, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidó el porcentaje que venía percibiendo el demandante por concepto de prima de actividad, aumentándose la misma en un 12.5%, resaltando la Sala, que el incremento ordenado fue liquidado sobre el porcentaje que venía percibiendo el

demandante, es decir, del 25%, tal como lo dispone el decreto en cita, por ello el monto de la prima de actividad se incrementó al 37.5%.

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 la asignación básica y que por ende le sea reajustada su asignación básica; a lo cual, estima la Sala, que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación 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[8], 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

---

[8] Decreto 4433 de 2004. Artículo 2°. 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).

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 causante fue aumentado de un 25% a un 37.5%.

Por último, no existe prueba que un suboficial del mismo grado que el actor le haya sido reconocido el porcentaje que el apelante manifiesta en la demanda y en su impugnación que debe ser aplicado, porque así se le reconoció a un suboficial en servicio activo o en condición de retirado.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón el *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.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia de fecha diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es negativo, porque el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 49.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el accionante, tal como lo señala el decreto en mención, es decir, que no hay lugar a aplicar las disposiciones que indican como liquidar la asignación de retiro en el Decreto 4433 de 2004 al accionante, pues se refieren a quienes adquieren derecho a su reconocimiento estando en servicio activo durante su vigencia, no siendo aplicable al retirado en virtud del principio de oscilación.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de julio de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 118 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE