



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2016-00002-01
DEMANDANTE: VÍCTOR LINO BELEÑO PÉREZ
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 30 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **VÍCTOR LINO BELEÑO PÉREZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL** -, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2014 - 97348 del 18 de diciembre de 2014, a través del cual, se le negó el reajuste porcentual de la prima de actividad que hace parte de su asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, el actor pide que se ordene el reajuste de su asignación de retiro, incrementándose el porcentaje

¹ Folio 16 del cuaderno de primera instancia.

correspondiente a la prima de actividad del 37.5% al 49.5%, en aplicación a lo consagrado en los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política y al principio de oscilación previsto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, así como en los decretos que fijan, anualmente, los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Así mismo, solicita el demandante el pago de las diferencias resultantes entre los porcentajes del 37.5% al 49.5%, equivalente al 12% mensual en la asignación de retiro devengada.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Indica el actor, que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL- mediante la Resolución No. 3511 del 17 de noviembre de 1998, le reconoció una asignación de retiro, en su condición de Sargento Primero de la Armada Nacional, teniendo como cómputo, la partida de la prima de actividad en un 37.5%.

Manifestó, que mediante petición adiada 25 de agosto de 2014, solicitó a CREMIL el reajuste de su asignación de retiro, con incremento de la prima de actividad del 37.5% al 49.5%; no obstante, dicha entidad, mediante Oficio No. 2014 - 97348 de diciembre de 2014, negó dicha solicitud.

Señaló el accionante, que se prevé una **violación** de los Arts. 1, 2, 4, 6, 13, 23, 48 y 53 de la C. P.; Decreto 2863 de 2007; artículos 84, 169 y 234 del Decreto 1211 de 1990; artículo 13 del Decreto 2070 de 2003; artículo 13 de la Ley 923 de 2003; artículo 13 del Decreto 4433 de 2004; Decreto 2863 de 2007; Decretos 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 0842 de 2012, 1017 de 2013 y 187 de 2004.

² Folios 16 – 20 del cuaderno de primera instancia.

En su **concepto de violación**³, afirmó, que la entidad demandada aplicó indebidamente el mandato establecido en el artículo 4º del Decreto 2863 de julio de 2007, en lo atinente al principio de Oscilación, dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2014; por lo que consideró que se había presentado una inaplicación de la norma adecuada, justamente por el exceso normativo existente.

1.3. Contestación de la demanda⁴.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL -, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Su defensa se erige en acreditar que el acto proferido, se encuentra ajustado a derecho, alegando que el principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la prima de actividad, sino que el porcentaje ya reconocido, se aplica al valor de la prima de actividad que estuviere devengando el personal en servicio activo.

En este sentido, sostiene, que la prima de actividad se liquida conforme al estatuto vigente para la fecha de retiro efectivo del personal y en la forma que aquél, determine expresamente, razón por la que en el sub judice, no es aplicable la normativa aludida por el recurrente.

Como medios de defensa, propuso la excepción de *no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de junio 30 de 2017, negó las súplicas de la demanda.

³ Folios 20 - 24 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 44 – 50 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 100 – 109 del cuaderno de primera instancia.

Como fundamento de su decisión, señaló el A-quo, que el actor adquirió su asignación de retiro con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, por lo tanto, tal normativa no le era aplicable, pues, la misma no tenía efecto retroactivo.

A contrario sensu, indicó, que el régimen aplicable era el vigente a la ocurrencia de su retiro, que para la época era el Decreto 1211 de 1990, el cual consagraba la prima de actividad como partida computable para liquidar la respectiva asignación; y con fundamento en el cual, se le reconoció al actor su asignación de retiro.

Señaló que en el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004 se indicaba, que su vigencia comenzaba a partir de la fecha de su publicación (31 de diciembre de 2004), hacia el futuro, por lo que mal podía entenderse su aplicación retroactiva, so pretexto de guardar una igualdad, que no era tal entre los retirados con posterioridad a dicha fecha y aquellos que como el aquí demandante, ya habían consolidado la prestación.

Finalmente, consideró que no era de recibo el argumento según el cual, en virtud del principio de oscilación, al actor debía liquidársele la asignación de retiro con base al art. 42 de Decreto 4433 de 2004, pues, sumado al hecho de que en él se regulaba la prima de actividad del personal en actividad, la aplicación de aquel principio, presuponía la existencia de una norma posterior que variarían, precisamente, el porcentaje reconocido como prima de actividad de dicho personal, de conformidad al artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, hipótesis que no tuvo lugar con ocasión del Decreto 4433 de 2004, ni del Decreto 2863 de 2007.

1.5.- El recurso⁶.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, argumentando que desde el

⁶ Folios 113 – 115 del cuaderno de primera instancia.

año 2004 hasta julio de 2007, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidó al personal que se retiró bajo la vigencia del Decreto 4433 de 2004, con un porcentaje del 33% sobre la asignación básica de retiro, por lo que consecuentemente se continuó vulnerado el principio de oscilación que favorecía al personal retirado bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, pues, la escala prevista en el artículo 159, traía porcentajes inferiores al 33%, razón por la cual se presentaron desfases para el personal que solo percibía el 20%.

Que con base en lo anterior, surgían dos disposiciones a aplicar, el Decreto 1211 de 1990, y el Decreto 4433 de 2004, donde se podía colegir que resultaba más beneficiosa la establecida en este último decreto. Entonces, ante el desmejoramiento sufrido por el personal que se retiró bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 2867 de 2007, modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

Sostuvo que la modificación a que se refería el artículo 32, correspondía al artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, que consagraba actualmente el porcentaje de la prima de actividad en 33% del sueldo básico, sin tener en cuenta ni grado, ni tiempo, para el beneficio de dicha prima, razón por la cual, no era aplicable el computo, según expedición de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, en armonía con el concepto del Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales, en el que se consideró que había una derogación expresa del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990.

Arguyó el actor, que no obstante la claridad de la norma, CREMIL dio cumplimiento a lo indicado en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, inciso 1º y 2º, incrementando en un 50% la prima de actividad de que trataba el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, que era de aplicación para el personal que al momento de la promulgación del citado decreto estaba en servicio activo; por lo que consecuentemente, como el porcentaje de dicha prima era del 33% su incremento al 50% equivalía al 16.5%, quedando automáticamente incrementada al 49.5%.

Adujo el actor, que para el personal retirado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que había obtenido su asignación de retiro antes del 1° de julio de 2007, se les aumentó el porcentaje del 50%, pero sobre la base del porcentaje que venía devengando, al tenor de lo dispuesto en el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, norma que estaba derogada tácitamente; razón por la cual, su incremento fue del 12.5%, alcanzando solo el 37.5%, cuando debió ser del 24.5% para obtener el 49.5%.

Alegó, que no resultaba entendible como dentro de un mismo régimen especial, se presentaba un trato desigual respecto de una situación que presentaba idénticas circunstancias, como era el hecho de devengar la prima de actividad en servicio activo y ser esta tenida en cuenta para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, pero en porcentajes distintos para quienes la percibían antes de la promulgación del Decreto 4433 y para quienes la llegaran a percibirla con posterioridad al mismo.

Refutó, que si bien era cierto los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, no derogaron de manera expresa los artículos 84, 158 y 159 del Decreto 1211 de 1990, estos no se aplicaban, habida cuenta que a partir del año 2007, el personal activo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, percibían la prima de actividad en un 49.5%, por lo que debía aplicarse el principio de favorabilidad para aceptar que se venía reconociendo al personal retirado el 49.5%, como prima de actividad dentro de la asignación de retiro, es decir, estaba dándose aplicación en su integridad al Decreto 2863 de 2007, así como a los decretos anuales de sueldos expedidos por el Gobierno Nacional.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁷.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

- En proveído del 13 de diciembre de 2017⁸, se dispuso correr traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto, no obstante guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar: ¿Le asiste derecho al señor VÍCTOR LINO BELEÑO PÉREZ, quien percibe asignación de retiro desde antes de la vigencia del Decreto 2863 de 2007, a que se incremente la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venían recibiendo por concepto de esta prestación, en virtud del mencionado cuerpo normativo y de las normas invocadas en el libelo genitor?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. La inclusión de la prima de actividad, como factor de cómputo en la asignación de retiro.

La prima de actividad, se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y luego se incluyó como partida

⁸ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

computable de liquidación de las asignaciones de retiro. Fue creada a través de la Ley 131 de 1961, a favor de los oficiales y suboficiales de las instituciones militares y de la Policía Nacional, inicialmente, en cuantía igual al quince por ciento (15%) del sueldo básico mensual devengado y luego, modificado al treinta y tres por ciento (33%), conforme al Decreto – Ley 089 de 1984⁹.

Más tarde, se expidió el Decreto 95 de 1989, “por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, consagrando la prima de actividad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 154. 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 años 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%)”.

Luego, los Decretos 1211 de 1990, artículo 84, 1212 de 1990, artículo 68 y 1214 de 1990, artículo 38, previeron la prima de actividad no solamente para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, sino también para los de las Fuerzas Militares, para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, así:

“Decreto 1211 de 1990 (...) Artículo 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

⁹ “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”.

Decreto 1212 de 1990 (...) Artículo 68. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Decreto 1213 de 1990 (...) Artículo 30. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.

Decreto 1214 de 1990 (...) Artículo 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones".

Posteriormente, se expidió la Ley marco 923 de 2004¹⁰, la cual a su vez fue reglamentada respecto al régimen pensional y asignación de retiro por el Decreto 4433 de 2004, que dispuso:

"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.

¹⁰ Mediante la cual, se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

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 1º. 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.

ARTÍCULO 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. **Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto** y que sean retirados después de veinte (20) 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 veinticinco (25) 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:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia siempre y cuando tengan veinte (20) o más años

de servicio y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres”.

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, a efecto de que opere el principio de oscilación, señala:

“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”.*

Respecto del principio de oscilación, el Consejo de Estado ha señalado que las prestaciones de retiro se liquidan, tomando en cuenta las variaciones que se produzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de acuerdo con los factores de liquidación (ad litteram):

“En efecto, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales”¹¹

De igual forma, se abrió a la posibilidad a través de la expedición del Decreto Ley 2863 de 2007, “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones”, a través de sus artículos 2 y 4, de que el personal de las Fuerzas Militares tuviera un incremento en la prima de actividad, en los siguientes términos:

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07), Actor: Jaime Antonio Manjarrez Gutiérrez. Por conflicto temporal de leyes, entendemos “... los que nacen a raíz de la expedición de leyes sucesivas con capacidad o competencia para regir situaciones jurídicas determinadas provenientes de actos o hechos jurídicos.” NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Conflicto de leyes en el tiempo. Colombia: editorial Universidad Sergio Arboleda, 2001. p.5.

“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%).

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”.*

De tal suerte, que hay que comprender que con esta norma, el Gobierno Nacional lo que pretendió fue dar un tratamiento excepcional mediante este Decreto, en lo referente a los retirados con anterioridad al 2007, a título de compensación y con efectos retroactivos, para de alguna manera, retribuir los desfases entre lo devengado por concepto de prima de actividad en servicio activo y el porcentaje reconocido en la respectiva pensión o asignación de retiro a partir de julio de 2007.

2.3.2. Caso en concreto.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que el señor **VÍCTOR LINO BELEÑO PÉREZ**, mediante **Resolución No. 3511 de noviembre 17 de 1998**, le fue reconocida su asignación de retiro por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en condición de Sargento Primero

de la Armada Nacional, durante 20 años y 7 días a la Institución¹²; así mismo, teniendo en cuenta la fecha en que fue reconocida la asignación de retiro, la misma se liquidó conforme al Decreto 1211 de 1990.

Es de resaltar, que uno de los factores que se tuvo en cuenta en dicho acto administrativo para liquidar la pensión, fue la Prima de Actividad, la que de acuerdo a lo expresado a folios 6 - 7 del expediente, le fue reconocida en su asignación de retiro en el porcentaje del 25%, en atención a lo dispuesto en los arts. 158¹³ y 163¹⁴ del mencionado Decreto,

¹² Folio 6 y 64, cuaderno de primera instancia.

¹³ **"ARTÍCULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES.** Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
- Bonificación por compensación <Partida adicionada por el artículo 1 de la Ley 420 de 1998.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales".

¹⁴ **"ARTÍCULO 163. ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia 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 equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARÁGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

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

lo cual conlleva a expresar, que encontrándose vigente tal decreto a efectos del reconocimiento pensional, por ende, aplicable en todo su contenido, el porcentaje dispuesto por prima de actividad, se ajusta al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad del actor fue incrementado a un 37.5%, a partir del 1º de julio de ese año, según consta en el Oficio de fecha 18 de diciembre de 2014 y en la copia del desprendible de pago donde se señalan las partidas computables de la liquidación de la asignación de retiro (fls. 5 y 8 del expediente), razón por la cual, la parte demandante pretende que se reliquide su porcentaje de prima de actividad, computable con su asignación de retiro, con el porcentaje previsto en el Decreto 2863, es decir, 49.5%.

A su vez, la entidad demandada señaló, que no es posible atender favorablemente la petición del actor, toda vez, que computando el tiempo de servicio con lo establecido en el Decreto-ley 1211 se le reconoció el 25% por prima de actividad, más el aumento autorizado mediante el Decreto 2863 de 2007, es decir, el 50% del porcentaje que se venía devengando, que corresponde a un 12.5% adicional, arrojando como resultado el porcentaje que se venía percibiendo a la fecha por concepto de prima de actividad del 37.5%.

Ahora bien, conforme a los ya citados artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, se sabe, que el incremento de la prima de actividad aplica en el porcentaje que se venía recibiendo por dicha prestación; para el personal activo, lo regula el primero de los artículos mencionados y para mantener el principio de oscilación e igualdad de estos con el personal retirado, que reciben una asignación de retiro o pensión por invalidez, se incrementará la de estos últimos, en la misma proporción que se le incrementó al

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

personal activo en ese momento; es decir, en un 50% del porcentaje de la prima de actividad que venían recibiendo hasta ese momento, como factor integrante de su asignación de retiro o la pensión mencionada. Siendo evidente para la Sala que lo que pretendía dicho Decreto, era proporcionar un tratamiento igualitario a los retirados con anterioridad al 2007.

En ese orden, se tiene que el actor percibió su asignación de retiro bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, el cual hace parte de la normatividad que modificó el Decreto 2863, al incrementar el porcentaje de la prima de actividad en un 50%; es decir, si el señor VÍCTOR LINO BELEÑO PÉREZ en estricto cumplimiento del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, le era computable una asignación de retiro por su tiempo de servicio de 25%, se debía incrementar este porcentaje en un 50%.

Así las cosas, al hacer el cálculo del aumento que le debía corresponder al accionante, se verifica que el incremento realizado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL fue el correcto, dado que el 50% del 25% que el actor devengaba por concepto de prima de actividad, corresponde a un 12.5%, que sumado al 25% inicial, arroja un resultado del 37.5% porcentaje que le fue aplicado desde el 1º de julio de 2007, en su asignación de retiro de manera correcta.

Aunado a lo anterior y en lo que atañe a la aplicación del principio de oscilación, el cual *“consiste en tomar en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado, para de esta manera calcular el monto de las asignaciones de retiro”*¹⁵, el mismo se suscita de cara a la aplicación porcentual que se refuta en el régimen pensional de manera independiente y particular -en este caso el consignado en el Decreto 1211 de 1990-, encontrando que las razones expuestas en acápites precedentes, también dan lugar a

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 27 de agosto de 2009. Expediente con radicación interna 2003-08. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

desestimar la apreciación esbozada por el actor en este sentido, toda vez que el cálculo efectuado se ajusta a derecho.

En resumen de lo dicho, este Tribunal considera, que existen razones más que suficientes para confirmar la decisión de primera instancia, en la cual, se denegaron las súplicas de la demanda.

3.- Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto y entendido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0110/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA