



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diez (10) de Junio de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2016-00227-01
DEMANDANTE: OSVALDO MONDOL MENA
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 6 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **OSVALDO MONDOL MENA**, 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 que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 79740 del 18 de septiembre de 2015, a través del cual, se le negó el reajuste de su asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, el actor pide que se ordene el reajuste de su asignación de retiro por concepto de la prima de actividad, desde el año 2007, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

¹ Folio 1 – 1 vto., del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, solicita que el incremento de las diferencias del porcentaje, se cancele con retroactividad de manera indexada.

Igualmente, requiere el pago de los respectivos intereses moratorios, conforme a los parámetros del artículo 192 del CPACA.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Indica el actor, que goza del beneficio de una asignación de retiro con cargo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", desde el 30 de diciembre de 1986, con un tiempo de labores de servicio de 22 años, 2 meses y 7 días. En virtud de lo anterior, en la liquidación de la prestación se le aplicó las normas que estaban en vigencia para esa fecha.

Señala, que dentro de las partidas computables que le liquida CREMIL en la correspondiente asignación de retiro, está la denominada "*prima de actividad*", la cual está liquidada actualmente en un 45%.

Sin embargo, manifiesta, que hasta antes del 1º de julio de 2007, percibía un porcentaje por concepto de prima de actividad en un 25%. Y en aplicación del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de dicha partida computable queda en un 37.5%, en razón a que al porcentaje recibido (25%), se le suma la mitad de este (15.5%), lo que genera tal resultado, el cual se mantiene hasta ahora, reclamándose entonces la diferencia porcentual del 12%, hasta completar el 49.5%.

Anota, que hizo la respectiva reclamación ante CREMIL; sin embargo, dicha entidad la niega en consideración a que el referido porcentaje fue reconocido en la forma y términos establecidos en la ley al momento del retiro, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado. Y le aclara, que con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro, mediante Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, el Gobierno Nacional autorizó el

² Folios 1 vto. - 2 del cuaderno de primera instancia.

aumento de la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venían devengado, a la entrada en vigencia del Decreto, la cual es retroactiva a partir del 1° de julio de 2007.

Señala el accionante, que se prevé una **violación**³ de los Arts. 2, 13, 23, 25, 53 y 58 de la Constitución Política, Ley 4 de 1992, Decreto 2863 de 2007; artículo 31 del Decreto 673 de 2008, artículo 30 de los Decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1050 de 2013, 187 de 2014 y 1028 de 2015.

En su **concepto de violación**⁴, afirmó, que la entidad demandada aplicó indebidamente el mandato establecido en el artículo 4° 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 demanda⁵.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL -, a través de apoderado judicial, se opone a las pretensiones de la demanda; y precisa que con ocasión de la expedición del Decreto 2863 de 2007, que dispuso el incremento de la partida de la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venía siendo liquidado, la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en la norma. De tal suerte, que antes del mes de julio de 2007 el actor tenía una prima de actividad del 25% y a partir del mes de julio de 2007, devenga un porcentaje de prima de actividad del 37.5%.

Expone que al actor, no le asiste razón para solicitar el incremento de la prima de actividad, por cuanto el reconocimiento de su asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época de su

³ Folio 2 reverso del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 2 reverso - 8 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 41 - 47 del cuaderno de primera instancia.

retiro, incluyendo dentro de su liquidación las partidas computables de acuerdo a la ley.

Aclara, que las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro no implican o tienen relación con el reajuste o nivelación de la asignación, la cual opera a través del principio de oscilación, el cual se desarrolla a partir del sueldo básico de actividad y el incremento que a este le realice el Gobierno Nacional a través de decretos.

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 impugnada⁶.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de marzo 6 de 2018, proferida en audiencia inicial, niega las súplicas de la demanda, en consideración a 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 navidad, corresponde a un 12.5% que sumado al 25% inicial, arroja una sumatoria del 37.5%; porcentaje que le fue aplicado desde el 1º de julio de 2007 en su asignación de retiro de manera correcta, es decir, ajustada a derecho.

Por otro lado, señala, que el principio de oscilación aplica para las variaciones que tengan las asignaciones en actividad, por lo que no implica una modificación al porcentaje de reconocimiento de las asignaciones de retiro consolidadas bajo normas anteriores a la vigencia del Decreto 4433 de 2004, ni una variación de las partidas que se computaron en su liquidación, por lo que no resultan aplicables para el

⁶ Folios 90 reverso - 94 del cuaderno de primera instancia.

caso concreto los incrementos en la prima de actividad del personal de la Fuerza Pública, en el sentido que pretende el actor.

1.5.- El recurso⁷.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandante presenta recurso de apelación, argumentando que lo que él reclama es que se le sume el 16.5% al valor reconocido en la época del retiro, que para los activos era del 49.5%.

Manifiesta, que se dispuso en virtud del principio de oscilación, la incidencia de dicho incremento en la asignación de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, retirados antes del 1º de julio de 2007, beneficio, que dice, se le debe aplicar por cuanto ostenta la calidad de retirado antes del 2007.

Arguye, que lo que reclama es que al porcentaje reconocido en la época de retiro se le aplique el beneficio de que trata el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007; es decir, se le aplique el incremento ordenando para los activos, 16.5%, que sumado al que tiene, 33%, genera un 49.5%.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 30 de julio de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁸.

- En proveído del 29 de octubre de 2018⁹, 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.

⁷ Folios 107 - 111 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

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 OSVALDO MONDOL MENA, 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 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 1984¹⁰.

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.

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.

¹⁰ “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”.

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 2004¹¹, 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.

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

¹¹ 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.

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.

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”¹²

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 tuvieran un incremento en la prima de actividad, en los siguientes términos:

“Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º 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.

¹² 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.

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 **OSVALDO MONDOL MENA**, mediante **Resolución No. 1422 de diciembre 30 de 1986**, 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 22 años, 2 meses y 7 días a la Institución¹³; así mismo, teniendo en cuenta la fecha en que fue reconocida la asignación de retiro, la misma se liquidó conforme al Decreto Ley 089 de 1984.

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

¹³ Folios 20 - 21 cuaderno de primera instancia.

que de acuerdo a lo expresado a folio 12 del expediente, le fue reconocida en su asignación de retiro en el porcentaje del 25%, en atención a lo dispuesto en el art. 152¹⁴ del mencionado Decreto, 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 2015¹⁵ y en la copia del certificado de los valores cancelados donde se señalan las partidas computables de la liquidación de la asignación de retiro¹⁶, 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 de 49.5% conforme lo previsto en el Decreto 2863, artículo 4.

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 089 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

¹⁴ **“Artículo 152.** *Computo Prima de actividad. A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se 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 y tres por ciento años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

¹⁵ Folio 12 del cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Folios 14- 18 del cuaderno de primera instancia.

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 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 089 de 1984, por lo que el porcentaje que le correspondía para efectos del cómputo de la prima de actividad era el de veinticinco por ciento (25%), por haber prestado más de veinte (20) años de servicio pero menos de veinticinco (25); porcentaje este que debía incrementarse en un 50% según la orden de los decretos referidos.

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 1° de julio de 2007, en su asignación de retiro de manera correcta.

No obstante, el actor pretende que se le aplique el incremento que había establecido el Decreto 1515 de 2007 y que con posterioridad, se aplique el

incremento del 50% establecido en el Decreto 2863 de 2007- artículo 4; sin embargo, el aumento establecido en el Decreto 1515 no le es aplicable, en tanto se refiere exclusivamente a la prima de actividad del personal activo, regulado en el Decreto Ley 1214 de 1990.

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”*¹⁷, 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 089 de 1984-, encontrando que las razones expuestas en acápites precedentes, también dan lugar a 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 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y líquidense, 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.

¹⁷ 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.

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 6 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto 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. del 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. 0073/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA