



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO**

Sogamoso, dieciséis (16) de enero de dos mil dieciocho (2018)

*Referencia:* Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho  
*Radicación:* 157593333002-2016-00121-00  
*Demandante:* VICTORIA TOVAR GUACARAPARE  
*Demandado:* Nación – Min. Defensa – Ejército Nacional

### **1. ASUNTO**

Corresponde al Despacho proferir<sup>1</sup> sentencia en primera instancia para decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

### **2. PRETENSIONES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Victoria Tovar Guacarapare, por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OFI16-55609 MDNSGDAGPSAP del 21 de julio de 2016, mediante el cual el Ejército Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales, le negó el reajuste de su asignación de la pensión de beneficiaria en lo que refiere al porcentaje de la *prima de actividad* en el mismo monto al que se le viene reconociendo al personal del servicio activo.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada reajustar la prima de actividad en la pensión de beneficiaria de que es titular, a partir del 1º de julio de 2007 en el 49.5% mismo monto o proporción en que se le ajustó al personal en servicio activo, dando aplicación al principio de oscilación y se le pague la diferencia con las variaciones de IPC.

Solicita se condene en costas a la demandada; se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos del Art. 192 del CPACA y que la condena se actualice conforme al Art. 187 Ibídem (fls. 3-4).

### **3. HECHOS**

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (fls. 4-5):

El señor S.P. Jorge Eliecer García Pardo (fallecido) prestó sus servicios personales al Ejército Nacional y por reunir los requisitos legales, la Nación – Min. Defensa – Ejército Nacional, mediante Resolución No. 2139 de 21 de noviembre de 2000, reconoció una pensión de beneficiaria a la señora Victoria Tovar Guacarapare.

Mediante derecho de petición (fl.30-32) la señora Victoria Tovar Guacarapare solicitó a la entidad referida, Grupo de Prestaciones Sociales, el reconocimiento, reliquidación y reajuste de la prima de actividad en el porcentaje correspondiente al grado y tiempo de servicio, de acuerdo a lo ordenado por el Decreto 2863 de 2007

---

<sup>1</sup> Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

y demás normas concordantes y complementarias, la cual fue atendida de manera desfavorable mediante Oficio No. OFI16-55609 MDNSGDAGPSAP del 21 de julio de 2016. (fl.27-29)

#### **4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo acusado se violaron las siguientes normas de orden Constitucional: Artículos 1, 2, 3, 4, 6, 13, 29, 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

De orden Legal: Art. 36, 138 y s.s. del CPACA; Art. 34 Ley 2 de 1945, Art. 1º literal D de la Ley 4ª de 1992; Ley 1285 de 2009; Art. 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007; Art. 31 Decreto 673 de 2008; Art. 30 del Decreto 737 de 2009; Art. 30 del Decreto 1530 de 2010 y Decreto 1050 de 2011.

En el concepto de violación la demandante señala la violación de normas constitucionales y violación a normas legales por falta de aplicación o interpretación errónea. Arguye, igualmente, violación al derecho a la igualdad y derechos adquiridos y desconocimiento de los principio de favorabilidad (*indubio pro operario*) y oscilación.

Concreta la violación en que la demandada desconoció el ordenamiento constitucional y legal que impone a las autoridades como agentes del Estado, la obligación de dar tratamiento equitativo e igualitario a los administrados, garantizando sus derechos a la seguridad social, el mínimo vital y la interpretación favorable de las normas laborales.

Sostiene que la demandada ha vulnerado el ordenamiento legal, por falta de aplicación normativa, en la medida en que pese a la existencia una norma legal y vigente que incrementó el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en el 49.5% sin tener en cuenta el grado o antigüedad, la demandada desconoce que la misma le resulta aplicable por ministerio de la ley a sus equivalentes que se encuentren en situación de retiro, por favorabilidad y no sólo al personal que se retire a partir del 01 de julio de 2007.

Manifiesta que en virtud de lo normado el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, le asiste derecho a que a partir del 1º de julio de 2007 se incremente la prima de actividad en un 50% del porcentaje previsto en el Art. 84 del Decreto 1211 de 1990, esto es el 33% del sueldo básico que venía devengando por concepto de prima de actividad, porcentaje que se incrementó en un 16.5% consolidando un porcentaje del 49.5%, siendo dicho porcentaje que debe ser tenido en consideración para el reajuste de la pensión de beneficiario que tiene reconocida.

#### **5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a través de apoderada, dio contestación oportuna a la demanda (fl.56-65) oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Arguye que el porcentaje de la prima de actividad fue liquidado en la forma y términos establecidos en la ley vigente al momento del reconocimiento de la pensión de la cual es beneficiaria la demandante, constituyéndose en una situación definida y consolidada conforme a dichas normas, de tal manera que a la administración no le es dable conceder un porcentaje mayor por dicho concepto, máxime que la norma que lo contempla –Decreto 2863 de 2007- fue proferida con posterioridad al reconocimiento y bajo los principios de legalidad, inescindibilidad de la Ley, no es posible aplicarla de manera retroactiva.

Propuso como excepciones de mérito la “*ilegalidad del aumento pretendido*”, “*prescripción extintiva*” y la “*genérica*”.

## 6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a este Despacho Judicial (fl.42) admitiéndose mediante auto de fecha 19 de septiembre de 2016 (fl.44).

Por auto del 24 de Abril de 2016 (fl.80) se fija fecha para realizar audiencia inicial, la cual fue reprogramada en razón a la realización a un cese de actividades judiciales, por lo cual por auto del 12 de junio de 2016 se fija nueva fecha a tales fines (fl.84) así el 26 de julio de 2017 se llevó a cabo audiencia inicial (fl.87-88) estableciéndose que la decisión de la excepción de *prescripción*, por estar supeditada al reconocimiento del derecho reclamado, debía ser pospuesta al momento de resolver el fondo del litigio, se decretaron las pruebas documentales solicitadas por la parte demandante, se requirió a la entidad demandada para que allegara la carpeta administrativa que dio origen al acto demandado y se fijó el día 13 de septiembre del año en curso para la realización de la audiencia de pruebas.

El día y hora fijados para la realización de la audiencia de pruebas (fl.99) se incorporó como prueba documental la carpeta contentiva de los antecedentes del acto demandado, y se dispuso insistir en el recaudo de la prueba documental decretada a solicitud de la parte demandante, en consecuencia se suspendió la audiencia reanudándose el día 20 de octubre de 2017, fecha en la cual se declaró cerrado el periodo probatorio y sin excluir la prueba documental pendiente de recaudo, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento ordenándose correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión.

## 7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

## 8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a establecer si de conformidad con lo normado en los Arts. 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007 y el principio de oscilación le asiste derecho a la demandante al incremento de la prima de actividad en 49.5% a partir del 01 de julio de 2007 y en consecuencia, con base en dicho porcentaje debe reajustarse la pensión post mortem de la cual es beneficiaria.

## 9. MARCO NORMATIVO

### *De la prima de actividad*

En sentencia de 16 de abril de 2009<sup>2</sup>, el Consejo de Estado explicó que desde su creación, la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000-23-25-000-2002-10194-01 (2137-07).

En efecto, la prima de actividad fue creada por virtud de la Ley 131 de 1961, en favor de los oficiales y suboficiales tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional que se encontraran en servicio activo; y fue mediante Decreto Ley 089 de 1984 "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", artículo 151, que se dispuso como factor computable en las asignaciones de retiro de quienes fueran separados del servicio activo a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, teniendo en cuenta el tiempo de servicio del oficial o suboficial retirado. A su vez, el artículo 80 Ibídem estableció la prima de actividad en porcentaje equivalente al 33 % del respectivo sueldo básico.

El Decreto 1211 de 1990, normatividad vigente en relación con la prima de actividad a la fecha en que fue le reconocido el status pensional a la demandante<sup>3</sup>, en el artículo 158 estableció las partidas liquidables para la asignación de retiro, en los siguientes términos:

*"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.*

*(. . .)(Negrilla fuera del texto)"*

A renglón seguido, el artículo 159 Ibídem, fijó los porcentajes computables para la prima de actividad de acuerdo con el tiempo de servicios, así:

*"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 computar 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%).*

*(. . .)"*

De igual manera, la misma norma hace alusión al personal activo disponiendo para el reconocimiento de la prima de actividad en su asignación mensual, lo siguiente:

*"Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".*

<sup>3</sup> Mediante Resolución No. 1211 de 21 de noviembre de 1990 (fls. 34-36)

De lo anterior, se puede colegir que para el personal retirado el monto a reconocer por concepto de la prima de actividad en su asignación de retiro, estaba sujeto al tiempo de servicio que hubiese prestado, mientras que para el personal activo no se establece condiciones específicas y sin embargo tienen derecho a percibir una prima de actividad equivalente al 33% de su asignación mensual.

Por otro lado, se tiene que mediante el artículo 32 del Decreto 1515 del 5 de mayo de 2007, *“Por el cual se fijan 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, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”*, se estableció que la *“(l) prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.”*

Finalmente se expidió el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones”*, en cuyos artículos 2º y 4º se consagró:

*“(…)*

**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.*

*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 4º.** *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 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.*

*Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.”*

### **Principio de oscilación**

Está instituido como sistema de actualización de las prestaciones económicas de seguridad social propio del régimen de la Fuerza Pública, según el cual el incremento anual de la asignación de retiro y pensiones de este personal, se hará tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para el personal en servicio activo y conforme a las partidas computables para dicha asignación.

El artículo 169 de Decreto 1211 de 1990 desarrolló el principio de oscilación, en los siguientes términos:

*"Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.*

*PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto."*

A su vez, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 hizo referencia al principio de oscilación aplicable a las asignaciones de retiro y de la pensión, previendo para ello que:

*"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."*

Posteriormente, la Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 3.13 contempló que *"El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo"*.

En consecuencia, la finalidad del principio de oscilación, de acuerdo con las normas citadas, es permitir el incremento de las asignaciones de retiro con el fin de que no pierdan poder adquisitivo y nivelarlas con las variaciones que se dispongan en las asignaciones de actividad.

El Consejo de Estado en relación con el principio de oscilación y su aplicación en las asignaciones de retiro y pensiones del personal de la Fuerza Pública ha dicho lo siguiente:

*"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, (. . .)**"<sup>4</sup> (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior se puede inferir que el incremento porcentual de la prima de actividad a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro y/o pensión debe ser el mismo que se aplique al personal activo.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Segunda, Sentencia de 19 de enero de 2006, CP. Dr. Alberto Arango Mantilla, Rad. No. 68001-23-15-000-1999-02792-01(2730-05).

## 10. MARCO JURISPRUDENCIAL

### **Aplicación del Decreto 2863 de 2007, para el personal retirado de las fuerzas militares**

El H. Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 9 de marzo de 2015, con ponencia del Magistrado Fabio Iván Afanador García, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la forma correcta de liquidar el porcentaje de la prima de actividad como suma computable de la asignación de retiro, así:

*"El primer inciso del artículo 2° hace relación a las siguientes normas: artículo 84 Decreto 1211 (prima de actividad del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares activos), artículo 68 del Decreto 1212 de 1990 que consagra la prima de actividad para Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional Activos y artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, que reconoce la prima de actividad para los empleados del Ministerio de Defensa; por tanto, en principio y de manera directa, el contenido normativo de este inciso está dirigido al personal en servicio activo. (Resaltado del original)*

*El inciso segundo de la norma en comento regula el impacto de la prima de actividad en las demás prestaciones sociales, como quiera que la primera sirve de partida para computar las últimas (art. 158 D.L. 1211/90). En estos casos, se prevé un incremento de la prima de actividad, como partida computable, en un 50% según el tiempo de servicio. Ahora bien, el inciso en estudio dejó claro que tal incremento de la prima de actividad teniendo en cuenta el tiempo de servicio no se aplica para el cálculo de la asignación de retiro o pensión, pues fue expresamente excluido en dicha norma al consagrar que "... para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión...". (Resaltado del original)*

*Así las cosas, el contenido normativo del inciso segundo en comento tendría campo de aplicación específico para las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión, como lo serían la indemnización por disminución de la capacidad sicológica (art. 181), el auxilio de cesantía, la compensación por muerte en combate (art. 189) o en misión del servicio (art. 190) o simplemente en actividad (art. 191), entre otras.*

*En búsqueda del porcentaje de incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro del personal retirado de las Fuerzas Militares, se debe analizar el contenido del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, que establece:*

*"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. (Resaltado original)*

*De la lectura de la norma en cita, se desprende que su objetivo es nivelar el porcentaje que se incrementó la prima de actividad, tanto para el personal activo como el retirado, lo cual efectiviza el principio de oscilación.*

*Conforme a lo expuesto, es importante en este punto recordar que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares en el 33%, y dicho porcentaje fue aumentado en el 50% por disposición expresa del inciso 1 del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, a partir del 10 de julio de 2007.*

*A juicio de la Sala, **debe entenderse que el incremento del porcentaje de la prima de actividad, para efectos del cálculo de la asignación de retiro, corresponde al 16.5% en todos los casos, el cual resulta al calcular la mitad del 33% (art. 84 D.L. 1211/90), pues es claro que tratándose de este aumento no se previó condicionamiento alguno relacionado con el tiempo de servicios, como sí se hizo para las demás prestaciones sociales.*** (Negrilla del Despacho)

Ya en sentencia del 1 de febrero de 2016<sup>5</sup>, la misma Corporación precisó que en aplicación del incremento establecido en el Art. 2° del Decreto 2863 de 2007 no es posible el reconocimiento, para todos los caso, del porcentaje del 49.5% monto que corresponde a quienes están en servicio activo, al respecto señaló:

*"... en este caso no es posible adicionar el 16.5 % a ese 37.5% como quiera que este último porcentaje, resultó del aumento que aplicó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del Decreto 2863 de 2007, como se explica en el acto censurado; así las cosas, **el aumento del 50% ordenado por la norma debe ser adicionado al porcentaje que se le venía reconociendo al actor antes del 2007, esto es el 25%.***

*Pero la conclusión a la que se llega no implica condiciones diferentes entre el personal activo y retirado de la Fuerza Pública a quienes se les aumentó la prima de actividad al 49.5%,**como quiera que la nivelación consagrada por la norma se refiere al 16.5%, porcentaje que debe adicionarse al reconocido en la pensión o asignación para cada caso;** en manera alguna se estableció el aumento del 50% sobre el 49.5% en que se fijó la prima de actividad.*

*Obsérvese que si la prima era del 33% y pasó al 49.5% **el incremento para el personal en servicio activo fue del 16.5%, es decir igual al que se concluye debe aplicarse al demandante.** Acceder a reconocer el 49.5% implicaría que en el caso del demandante el aumento sería del 29.5% lo cual sí generaría un desequilibrio frente al personal en actividad y desacataría lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, sin fundamento legal alguno...* (Negrilla del Despacho)

En este orden, conforme a la jurisprudencia en cita se concluye que:

- En virtud de lo normado en el Art. 2° del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad del personal activo fue incrementado en un 50% así en aplicación del principio de oscilación, también los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que gozan de asignación de retiro o aquellos beneficiarios del derecho de pensión, tienen derecho a que les ajuste la mencionada prima en el mismo porcentaje en que se ajustó tal prestación al personal activo.
- El incremento de la prima de actividad para efectos de computarla en la asignación de retiro, corresponde entonces al 16.5% que equivalente al 50% de aquella, fijada en el 33% por el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 devengado por el personal activo, como quiera que el Decreto 2863 de 2007 al establecer este aumento, no condicionó su aplicación al tiempo de servicio prestado por el ex servidor.
- No es posible acceder al reconocimiento automático del incremento de la prima de actividad en el porcentaje del 49.5% que corresponde a quienes están en servicio activo, pues conforme al alcance de los Art. 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007 la nivelación consagrada por la norma, se refiere al equivalente al 16.5%, porcentaje este que debe adicionarse al reconocido en la pensión o asignación, según sea el caso.

---

<sup>5</sup> Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Expediente: 15001 3333 008 2014 00082 01

## 11. CASO CONCRETO

En el presente caso, se encuentra acreditado que:

-. El señor Jorge Eliecer García Pardo (q.e.p.d.) laboró al servicio de las Fuerzas Militares, 19 años, 10 meses y 14 días, siendo su último cargo el grado de Sargento Primero (fl.40).

-. La entidad demandada, a través de la Secretaría General, mediante Resolución No. 2139 de 21 de noviembre de 2000 reconoció a la señora Victoria Tovar Guacarapare, en su condición de cónyuge supérstite, una pensión por muerte o pensión post mortem a partir del 30 de abril de 1999, en cuantía del 66% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo, incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables de acuerdo con la ley (fls.34-36). Este acto, incluye como partida computable de la pensión, la *prima de actividad* en el equivalente al 20%, acorde con el Decreto 1211 de 1990.

-. Mediante petición de 13 de julio de 2016 la señora Victoria Tovar Guacarapare solicitó ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, el reconocimiento, reliquidación y reajuste de la prima de actividad a partir en el porcentaje del 49,5% basada en la interpretación del Decreto. 2863 de 2007 (fls.30-32) la cual fue contestada desfavorablemente por la dependencia mediante Oficio No. OFI16-55609 MDNSGDAGPSAP del 21 de julio de 2016 aduciendo que el incremento de la prima de actividad que introdujo el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 solo es aplicable al personal activo (fls.27-29)

Encuentra el Despacho que el acto administrativo demandado, esto es el Oficio No. OFI16-55609 MDNSGDAGPSAP del 21 de julio de 2016, deviene nulo por cuanto la entidad accionada, con desconocimiento de los principio de favorabilidad y oscilación, omite aplicar el Decreto 2863 de 2007 Art. 2° y 4°, disposición que estipula que el incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro en un porcentaje del 50%, por lo tanto el incremento que aplica sobre el porcentaje que sobre este factor devenga el personal activo, es decir del 33% de cuya operación aritmética resulta un 16.5%, es decir que dicho incremento aplica tanto al personal activo como a quienes gozan de asignación de retiro o pensión.

En este orden, corresponde acceder a la solicitud de la correspondiente reliquidación de la pensión de que es beneficiaria la demandante en lo que corresponde al porcentaje de la prima de actividad, el cual si ben se ordenará reajustar, dicho reajuste no se efectuará en el porcentaje por ésta solicitado, esto es el 49.5%, pues conforme a las pautas jurisprudenciales fijadas por el superior funcional, es al porcentaje de prima de actividad reconocido en la pensión o asignación, al que debe adicionarse el incremento del 50% que en este caso asciende al 16.5%, que debe sumarse al que le fue reconocido al momento de la adquisición del derecho.

En consecuencia como quiera que mediante Resolución No. 2139 de 21 de noviembre de 2000 se incluyó como partida computable la prima de actividad en un porcentaje del 20% adicionándose el incremento del 16.5%, obteniendo un resultado de **prima de actividad en el equivalente al 36.5%.**

## 12. DECISION SOBRE EXCEPCIONES

Conforme a la tesis jurisprudencial a la que se acude para resolver el presente caso, considera el Despacho que se haya infundada la excepción denominada por la defensa de la entida demandada “*ilegalidad del aumento pretendido*” puesto que se dirige a controvertir el derecho reclamado en su integralidad aduciendo en general que el mismo solo es predicable al personal en servicio activo, es decir excluyendo al personal que se encuentra en goce de retiro o que es beneficiario de pension post-mortem como en este caso.

En suma, si bien se accede al reajuste es claro que no en el monto o porcentaje solicitado, sino en uno menor, empero el fundamento de la decision no se basa en la excepción propuesta en estudio, sino en una correcta interpretacion normativa.

Ahora bien, respecto de la excepción de “*prescripción*” propuesta por la demandada, partiendo de la base que si bien es cierto, el derecho al reajuste de la pension no prescribe por tratarse de derechos irrenunciables, no ocurre lo mismo con el pago de la diferencia de valor a las cuales se les aplica la prescripción cuatrienal señalada en el Art. 174 del Decreto 1211 de 1990<sup>6</sup>, que dispone que el fenómeno extintivo opera cuando el titular de un derecho determinado no lo ejerce dentro de los cuatro años siguientes a la fecha en que se hace exigible y precisa además que el reclamo escrito recibido por autoridad competente, interrumpe el fenómeno por un lapso igual.

En este orden, el derecho si bien al reajuste resulta procedente a partir del **1° de julio de 2007**, fecha en la que empezó a producir efectos el Decreto 2863 de 2007 conforme a la regla cuatrienal prescriptiva, así en consideración a que la demandante solicita en sede administrativa el derecho, el día **13 de julio de 2016** (fl.30), se colige que las diferencias causadas con cuatro años de anterioridad a esa fecha se encuentran *prescritas*, es decir con anterioridad al **13 de julio de 2012** y por ende se haya fundada la excepción.

## 13. INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha de fallecimiento de la causante, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para el 1° de julio de 2007 fecha en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada pensional comenzando por la primera mesada pensional que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

<sup>6</sup> ARTICULO 174. PRESCRIPCION. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Los intereses se reconocerán en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

#### **14.DESCUENTOS POR APORTES NO REALIZADOS SOBRE LOS FACTORES SALARIALES CERTIFICADOS PARA EFECTOS DE LA RELIQUIDACIÓN.**

Como quiera que la entidad demandada no puede verse afectada porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúa el descuento respectivo, con base en la reiterada posición del Tribunal Administrativo de Boyacá en Sentencia 4 de Agosto de 2016 Ref.-150013333012-201400203-01, M.P. Javier Humberto Pereira Jáuregui y Sentencia 14 de Septiembre de 2016, Ref.- 150013333005-201500106-01, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz, se ordenará que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento indexado del valor de los aportes con destino a **sanidad** y las demás a que haya lugar, no efectuados sobre las diferencias de la asignación de retiro reconocidas en esta sentencia.

El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce en favor de cada demandante.

#### **15.COSTAS**

El Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del Art. 68 del CGP, teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, de una parte porque si bien es cierto se declara la nulidad del acto enjuiciado y se ordena el reajuste pensional, también lo es que no en el monto o porcentaje solicitado por la demandante i} sino inferior y adicionalmente se declara el fenómeno extintivo de la prescripción.

#### **16.DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*

#### **F A L L A:**

**Primero.- Declarar** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OFI16-55609 MDNSGDAGPSAP del 21 de julio de 2016, expedido por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales, por las razones expuestas.

**Segundo.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la Nación- Min. Defensa – Ejército Nacional a reajustar la prima de actividad en la pensión por muerte de la cual es beneficiaria la señora Victoria Tovar Guacarapare en un porcentaje del **36.5%**.

**Tercero.- Condenar** a la Nación- Min. Defensa – Ejército Nacional a pagar a favor de la señora Victoria Tovar Guacarapare identificada con C.C. No. 7.924.076, el valor de la diferencia de las mesadas de la pensión por muerte dejadas de pagar, con efectos fiscales a partir del **13 de julio de 2012**.

**Cuarto.- Declarar** probada la excepción de “*prescripción*” propuesta por la entidad demandada respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 13 de Julio de 2012.

**Quinto.- Ordenar** a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, que los mayores valores que resulten de la reliquidación, sean ajustados al valor de conformidad con lo ordenado en el artículo 187 inc. final del CPACA siguiendo para ello el desarrollo de la fórmula señalada en la motivación de ésta sentencia, y dentro del término consagrado en el artículo 192 *Ibídem*. Las sumas reconocidas, además, devengarán intereses en la forma prevista en el referido artículo.

**Sexto.-** La Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional en la nueva liquidación que se disponga, deberá realizar los descuentos indexados del valor de los aportes con destino a sanidad y demás no efectuados sobre las diferencias reconocidas en esta sentencia. El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce.

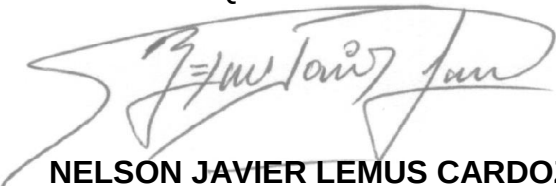
**Séptimo.-** Sin condena en costas en esta instancia.

**Octavo.-** Esta sentencia debe ejecutarse dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA y su cumplimiento se dará conforme a los artículos 194 y 195 *Ibídem*.

**Noveno.- Ordenar** devolución de excedentes por gastos procesales a favor de la interesada, si a ello hubiere lugar.

**Décimo.-** Ejecutoriada esta sentencia y para su cumplimiento, expídanse copias de la presente acta, con constancia secretarial de ejecutoria, en los términos del Art. 114 del CGP. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas a quien ha venido actuando como su apoderada judicial. Por Secretaría, **dese** cumplimiento a los Arts. 192 inc. final y 203 inc. final del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO**  
JUEZ

ema