



F=18
20

5 > 1
6 K

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA No. 114

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez
Radicación: 19001-33-33-003-2016-00253-01
Demandante: José Edelmiro Chilito Maje
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de mayo de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

1.1. PRETENSIONES (fl. 1 c. ppal.)

"1. La Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio CREMIL No. 33973 Consecutivo 32012 de fecha 13 de mayo de 2016, emanada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente Reliquidación y el correspondiente Reajuste de la Asignación de Retiro solicitadas por el señor Sargento Segundo (r) JOSE EDELMIRO CHILITO MAJE.

2. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Asignación de Retiro del Señor Sargento Segundo (r) JOSE EDELMIRO CHILITO MAJE, incrementando el porcentaje de la Prima De Actividad al 41,5% sobre su Asignación Básica, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

3. Que se condene a la Caja De Retiro De La Fuerzas Militares, a que cancelen con retroactividad todos estos valores adeudados en forma indexada, y se ordene a la demandada dar cumplimiento a la

sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. *Que se me reconozca personería jurídica para actuar en nombre y representación de mi poderdante en los términos en que está suscrito el Poder adjunto.*

5. *Que se condene en costas a la Entidad demandada por su mala intención de llegar al colmo de FALSEAR un Decreto para negar un derecho legítimo al demandante.”*

1.2. Como HECHOS, el actor alegó los siguientes: (fl. 2 c. ppal.)

Que CREMIL, mediante Resolución 1537 del 2007, adicionada mediante la No. 0004 de 2007, le reconoció asignación de retiro, en la cual, se incorporó un porcentaje de la prima de actividad del orden del 25% del salario básico, conforme lo señalaba el Decreto 1211 de 1990.

Que en virtud de la expedición del Decreto 2863 de 2007, la entidad accionada incrementó la partida correspondiente a la prima de actividad al 37.5%, cuando en realidad, conforme a la norma citada, tenía derecho a que se estableciera dicho rubro en el 50%.

Que por esa razón, el 22 de abril de 2016, solicitó el incremento de dicha partida, obteniendo respuesta negativa mediante el Oficio No. 33973 del 13 de mayo de ese mismo año, la cual se justificó en la interpretación errada de que el 50% aplicaba sobre el porcentaje que ya venía siendo reconocido, y no sobre el salario básico directamente.

1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA (fl. 3 c. ppal.)

1.3.1 NORMAS VIOLADAS

Artículo 53 de la Constitución Política.

Decretos 1190 y 2863 de 2007, artículos 2 y 4.

1.3.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Que CREMIL al desconocer el incremento del 50% al que tiene derecho, incurre en una falsa motivación, por violación de las normas constitucionales reseñadas y, en concreto, del Decreto 2863 de 2007, que en su artículo 4 dispuso que los miembros de la fuerza pública que hubieren obtenido su asignación con anterioridad al 1 de julio de 2007, percibirían un reajuste en el mismo porcentaje que se le reconociera a su par del personal activo, el cual corresponde al monto reseñado.

2. LA CONTESTACIÓN (fl. 37 c. ppal.)

CREMIL manifestó que son ciertos los hechos narrados en la demanda, a lo cual adicionó que al actor, en la asignación de retiro, se le reconoció inicialmente una prima de actividad del orden de 25%, según los términos del artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, que le resultaba aplicable, ya que cumplió con un total de 20 años, sietes meses y veintiocho días de servicios.

Que en cumplimiento del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, reajustó la prima de actividad incluida en la asignación de retiro un 50% de lo que ya venía siendo cancelado; es decir, que el 25% se incrementó en la mitad, lo que implicó un 12,5% más en la prima de actividad, para un total del 37.5%, razón por la que concluye que no hubo una violación al derecho a la igualdad el accionante.

Con base en tales argumentos propuso la excepción de *“No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”*.

3. SENTENCIA APELADA (fl. 126 c. ppal.)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 15 de mayo de 2018, negó las pretensiones de la demanda, en sustento de lo cual expresó que, conforme a las pruebas, se pudo verificar que al actor le fue incluida la prima de actividad inicialmente en el orden del 25%, siendo incrementada con posterioridad al 37.5%; situación que se ajusta a lo ordenado en el Decreto 2863 de 2007, que preceptuó que el incremento era sobre el porcentaje ya reconocido en la prima de actividad, por lo que concluyó que es errada la interpretación de la parte actora.

4. LA APELACIÓN (fl. 133 c. ppal.)

La interpuso el actor alegando que el incremento sobre la prima de actividad, ordenado en el Decreto 2863 de 2007, se predica no del porcentaje de la prima de actividad, sino de las partidas computables a la asignación de retiro, circunstancia que implica la nulidad del acto administrativo demandado, en el que se negó el reajuste de la prestación.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA (fl. 12-14 c. apel.)

En esta oportunidad sólo intervino la parte demandante a fin de reiterar lo expresado en la demanda y en el recurso de apelación.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora delegada ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto en esta instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2. EL EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN

Como quedó visto, en el presente asunto se reclama la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro que le fue reconocida al actor, con el incremento al 50% de la partida dispuesta como prima de actividad.

Por ello, dado que el asunto versa sobre una prestación periódica, no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de previsto en el artículo 164, numeral 1, literal "c" del CPACA.

3. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.¹

Ello se armoniza con lo dispuesto en los artículos 320² y 328³ del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

¹ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. Recientemente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado n° 73001-23-33-000-2013-00027-02 (1511-2014), C.P. Dr. William Hernández Gómez.

² ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

4. DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LA PRESUNCIÓN DE SU LEGALIDAD.

Conviene precisar que el acto administrativo es aquel que expresa, entre otros aspectos, una declaración de voluntad de la administración o de particulares que cumplen funciones públicas. De allí que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan precisado como requisitos suyos, la voluntad, la competencia, el objeto, los procedimientos, la motivación y la finalidad. La necesidad de que reúna todos los elementos esenciales que se han mencionado, atañe no sólo a la correcta gestión pública, sino a la protección de los derechos de quien eventualmente afecte. Por tanto, todo vicio que recaiga en cualquiera de sus elementos lo anula. Sin embargo, como sobre él campea una presunción de legalidad y acierto⁴, compete al perjudicado-demandante no solo informar el vicio o vicios de los que adolece, sino acreditarlos fehacientemente, so pena que la presunción lo mantenga incólume.

En efecto, los artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso contienen uno de los más caros principios del derecho probatorio, que es el de la carga o peso de la prueba *-onus probandi-*, mismo que estatuye, en cabeza de cada uno de los extremos del litigio, la necesidad de acreditar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuyos efectos reclaman, so pena de que el fallo que decida el fondo del litigio le resulte adverso. Por supuesto, que de él son excepciones precisos eventos de raigambre legal como los hechos notorios, las afirmaciones y/o negaciones indefinidas, las presunciones y los casos en que el juez lo redistribuya a la parte que se encuentre en situación más favorable de probar conforme a las reglas de la última disposición.

Según lo anterior, se estudiarán los cargos endilgados contra el acto demandado, se establecerá si se ubican en las causales de anulación, si se acreditaron los supuestos de hecho o de Derecho en que se fincan y si tienen el efecto de desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre aquel.

5. PROBLEMA JURÍDICO

³ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).

⁴ Por supuesto, que se trata de una presunción legal o *iuris tantum* que admite prueba en contrario.

Atendiendo al argumento de apelación, consiste en determinar si es nulo el Oficio No. 33973 del 13 de mayo de 2016, por la cual CREMIL negó el incremento del porcentaje dispuesto en la asignación de retiro reconocida al actor, del 37.5% al 50%, en tanto ello desconoce lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2004.

6. LO PROBADO EN EL PROCESO.

- Hoja de servicios de José Edelmiro Chilito Maje, en la que se verifica que él laboró como suboficial del Ejército Nacional entre el 14 de octubre de 1976 y el 01 de marzo de 1997, para un total de 20 años, siete meses y veintiocho días. (fl. 7 c. ppal.)

- Resolución No. 1537 del 23 de mayo de 2006, adicionada mediante la Resolución 0004 del 5 de enero de 2007, por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al actor asignación de retiro a partir del 1 de marzo de 1997, en la que se incluyó una partida del 25% por concepto de prima de actividad. (fl.12, 14 c. ppal.)

- Certificado de pago de la asignación de retiro de José Edelmiro Chilito Maje, en el que se verifica que para el mes de marzo de 2016, se le incorporaba en la prestación el 37.5% por concepto de prima de actividad. (fl. 21 c. ppal.)

- Oficio No. 33973 del 13 de mayo de 2016, en el que CREMIL negó el incremento de la partida de prima de actividad reclamado por el actor, del 37.5% al 50%, efectuado en solicitud de 22 de abril de ese año. (fl. 20 c. ppal.)

7. EL CASO EN CONCRETO

Frente al debate del *sub judice*, se tiene que la prima de actividad se creó con la Ley 131 de 1961, como un beneficio para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en servicio activo y fue excluida para el cómputo de las asignaciones de retiro.

Posteriormente, a partir de lo dispuesto en el Decreto 2340 de 1971⁵, se extendió su incorporación para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, y se estableció en el orden del 15% del sueldo básico correspondiente. El tenor literal de la norma es el siguiente:

“Artículo 59. Prima de actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo tendrán derecho a una Prima de Actividad que será del treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un uno y

⁵ “Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.”

medio por ciento (1 ½ %) por cada año de servicio cumplido el grado respectivo, sin que exceda del treinta y seis por ciento (36%).

Parágrafo. Cuando el Oficial o Suboficial sea ascendido al grado inmediatamente superior, iniciará nuevamente la Prima de Actividad con el treinta por ciento (30%) del sueldo básico, reajustándose anualmente en la forma prevista en este artículo”.

(...)

Artículo 116. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

a). Cesantía y demás prestaciones unitarias: Sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava 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 y prima de Estado Mayor en las condiciones indicadas en este Estatuto;

b). Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijo legítimos un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad de quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava 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 y prima de Estado Mayor en las condiciones en este Decreto. (...)

Luego, se dictó el Decreto-Ley 95 de 1989⁶, que modificó la partida correspondiente a la prima de actividad de aquellas personas retiradas antes del 18 de enero de 1984, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 154. COMPUTO 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%).

⁶ “Por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.”

--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%)

ARTÍCULO 155. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

--En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

--En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

--En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARÁGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma.

En el Decreto 1211 de 1990⁷, se establecieron las partidas computables a tener en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, así:

"ARTICULO 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

⁷ "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas Militares"

respectivo sueldo básico.

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

ARTICULO 159. COMPUTO 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 computar (sic) 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%).

Después, se expidió la Ley 797 de 2003⁸, que en el numeral 3º del artículo 17, facultó al Presidente para expedir los estatutos especiales de la Fuerza Pública, en razón a ello expidió el Decreto Ley 2070 del 25 de julio de 2003⁹, normas estas que fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C - 432 del 6 de mayo de 2004, toda vez que se desconoció lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, concretamente, porque “(...) debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias. (...)”.

El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004¹⁰, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, “Por

⁸ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

⁹ “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares” (Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003)

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 de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política.”

medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, cuyos artículos 13 y 45 consagraron:

“ARTICULO 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.

(...)

Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912. y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000.

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 “(I) 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 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.

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

Así las cosas, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrían derecho a que se les ajuste la asignación de retiro, en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el citado artículo.

Tal incremento, según los términos del Decreto 2863 de 2007, se predica respecto del "porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio"; en otras palabras, en virtud de dicha norma el porcentaje que el beneficiario de la asignación de retiro sería aumentado en la mitad a partir del 1 de julio de 2007.

Tal ha sido la interpretación que le ha otorgado la Sección Segunda del Consejo de Estado que, en reciente sentencia del 14 de junio de 2018, expresó:

Así mismo, se puede colegir que la entidad demandada para reconocer la asignación de retiro del demandante lo hizo dando aplicación al Decreto 2062 de 1984 a partir del 26 de marzo de 1990, como quiera que el demandante prestó sus servicios a la Policía Nacional por 20 años, 3 meses y 4 días. Igualmente, CASUR en cumplimiento del Decreto 2863 del 2007 reliquidó el porcentaje de prima de actividad del demandante pasándolo del 25% al 37.5%.

Para el caso del Mayor (R) Héctor Guillermo Santos Solano, quien prestó sus servicios por 20 años, 3 meses y 4 días, CASUR le tuvo en cuenta para reconocer la asignación de retiro el 25% de la prima de actividad, porcentaje que al multiplicarlo por el 50% arrojaría un 12.5% y que sumado equivaldría a un total del 37.5%.

Para mejor claridad de lo expuesto anteriormente, la Sala establece la siguiente operación matemática:

$$25\% \times 50\% = 12.5 + 25\% = 37.5\%$$

De lo anterior, se tiene que CASUR ha venido reconociendo y liquidando al actor a partir del 1° de julio del 2007 la partida computable prima de actividad un 37.5%, según se prueba de los comprobantes de pago³¹. En ese sentido la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2° y 4° del

Decreto 2863 del 2007, de modo tal que antes del mes de julio de 2007 la parte actora tenía una prima de actividad del 25% y a partir de julio de 2007 comenzó a devengar un porcentaje del 37.5%, por lo tanto la entidad no le adeuda suma alguna por dicho concepto.”¹¹

En el presente asunto se observa, conforme a la hoja de servicios, que el actor, permaneció vinculado como suboficial al Ejército Nacional por un espacio de 20 años 7 meses y 28 días, razón por la que, a la luz del Decreto-Ley 95 de 1989, le correspondía una prima de actividad del 25%, por haber prestado sus servicios por más de 20 años, pero menos de 25.

Igualmente, se acreditó que dicho porcentaje fue el que se le pagó por concepto de prima de actividad en su asignación de retiro, hasta el 30 de junio de 2007, toda vez que a partir del 1 de julio de ese año, se incrementó al 37.5%, según se refiere en la demanda y se verifica en el certificado aportado al proceso.

Por lo anterior, se comprende que CASUR ajustó en debida forma la partida correspondiente a la prima de actividad, en tanto que el 25%, lo incrementó en la mitad, es decir, en el 50%, lo que finalmente le confería al actor el derecho a percibir un total de 37.5% por dicho concepto, que fue el que efectivamente se reconoció.

Por ello, no le asiste derecho al actor de incremento alguno por concepto de prima de actividad, ya que esta le ha sido pagada por CREMIL conforme lo ordenó el Decreto 2863 de 2007 y, por tanto, no están llamadas a prosperar sus pretensiones, razón por la que habrá de confirmarse el fallo de primera instancia, que las negó.

8. COSTAS.

El artículo 188 del CPACA, dispone:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Por su parte, la disposición del procedimiento civil pertinente, ahora contenida en el artículo 365 del Código General del Proceso, señala:

ARTÍCULO 365. CONDENAS EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de noviembre de 2017, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado 2500-23-42-000-2012-01126-01 (2773-14), actor: Héctor Guillermo Santos Solano.

3. En la providencia del superior que confirmen todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas de la segunda (...)."

Dado que se cumple la previsión del numeral transcrito, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante, las cuales ascenderán a la suma del (0.5 %) del valor de las pretensiones.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP, las agencias en derecho deberán liquidarse por el juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 15 de mayo de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante por lo actuado en esta instancia, según lo expuesto.

TERCERO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO


NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ


CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ