



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2016-00062-01
DEMANDANTE: CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA
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 diciembre de 2017, 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 **CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA**, 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 fin que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015-73739 de octubre 16 de 2015, con radicación No. 87280 de septiembre 29 de 2015, a través del cual, se le negó el reajuste, indexación y pago del 24.5% de la prima de actividad, desde el 1º de junio de 2004 hasta el 30 de julio de 2007 y del 12% desde el 1º de julio de 2007 hasta cuando sea reconocido el derecho.

¹ Folios 1 - 2, cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, el actor pide que se ordene el reajuste de su asignación de retiro, incrementándose el porcentaje de la prima de actividad; y que se cancelen con retroactividad, todos los valores adeudados en forma indexada.

1.2.- Hechos²:

Indicó el actor, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL- mediante la Resolución No. 1208 del 7 de mayo de 1999, le reconoció una asignación de retiro, a partir del 18 de mayo de 1999, teniendo como cómputo, la partida de la prima de actividad en un 25%.

Manifestó, que mediante petición radicada No. 87280 del 29 de setiembre de 2015, solicitó a Cremil el reajuste de su asignación de retiro, con incremento de la prima de actividad; no obstante, dicha entidad, mediante Oficio No. 2015 – 73739 del 16 de octubre de 2015, negó dicha solicitud.

Señaló el accionante, que se prevé una violación de los Arts. 1, 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48, 53, 95 y 218 de la C. P.; Decreto 1157 de 2014, Art. 5 de la Ley 57 de 1887, Ley 153 de 1887; art. 1º de la Ley 923 de 2004; Art. 2 numeral 2.1 y 2.7 de la Ley 923 de 2004; art. 2 del Decreto 2863 de 2007; art. 4 del Decreto 2863 de 2007; Art. 269 de la Ley 1437 de 2011, Decreto 2070 de 2003; Decreto 4433 de 2004; Art. 34 de la ley 2 de 1945; Sentencia C-432 de mayo 6 de 2004; Sentencia T-432 de junio 25 de 1992; y Sentencia C-387 del 1º de septiembre de 1994.

En su **concepto de violación**, expuso, que al no incrementársele la prima de actividad en un 24.5%, la entidad demandada estaba desconociendo lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política, puesto, que su asignación de retiro estaba por debajo de los otros funcionarios públicos que desempeñaban labores iguales o similares a las que él realizaba.

² Folio 3, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, señaló que el acto administrativo demandando negaba una prestación fundamental apoyándose en la tesis de la existencia de un régimen especial y adoptando un tratamiento inequitativo, que no se ajustaba a los principios fundamentales de igualdad equidad y a los principios mínimos dispuestos por el Sistema General de la Seguridad Social.

1.3. Contestación de la demanda³.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL -, a través de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Su defensa se erige en acreditar que la entidad reconoció al actor el 20% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro, toda vez, que el artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, establecía la forma en que dicha prima debía ser computada, señalado que los militares que tuvieran 15 años o más de servicio, pero menos de 20, les correspondía el 20% , que en este caso fue el porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado.

Señaló, que si se cotejaba lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfrutaba el demandante, se encontraba correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de Cremil, pues, a la entidad le correspondía realizar un incremento del 10% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 20% al 30%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del accionante.

En este sentido, sostiene, que la prima de actividad se liquida conforme al estatuto vigente, para la fecha de retiro efectivo del personal y en la forma que aquél, determine expresamente.

³ Folios 37 - 43, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, resaltó que no había vulnerado el derecho a la igualdad del actor, ya que era el legislador quien establecía la escala gradual porcentual, los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro y no podía equipararse un militar con otro, cuya asignación de retiro era posterior y estaba sometido a un régimen jurídico distinto, pues, la situación en cada caso debía resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente

Como medio 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 impugnada⁴.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de diciembre 6 de 2016, proferida en audiencia inicial, negó las súplicas de la demanda, al considerar que el actor percibió su asignación de retiro bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, el cual hacía parte de la normatividad que modificó el Decreto 2863, al incrementar el porcentaje de la prima de actividad en un 50%; es decir, si al demandante en estricto cumplimiento del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, le era computable una asignación de retiro por su tiempo de servicio de 20%, se debía incrementar este porcentaje en un 50%.

En ese orden, señaló, que realizado el cálculo del aumento que le debía corresponder al demandante, se tenía que, el incremento realizado por CREMIL fue el correcto, dado que el 50% del 20% que el actor devengaba por concepto de prima de actividad correspondía al 10%, que sumado al 20% inicial, arrojaba una sumatoria del 30%, porcentaje que fue aplicado desde el 1º de julio de 2007 en su asignación de retiro.

⁴ Folios 113 - 119, cuaderno de primera instancia.

Respecto al principio de oscilación, indicó, que éste aplicaba para las variaciones que tuvieran las asignaciones en actividad, por lo que no implicaba una modificación al porcentaje de reconocimiento de las asignaciones de retiro, consolidadas bajo las 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 resultaban aplicables para el caso concreto, los incrementos en la prima de actividad del personal de la Fuerza Pública en el sentido que lo pretendía el actor.

1.5.- El recurso⁵.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación.

Hizo referencia a varias normas, entre ellas al artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, que fijó la prima de actividad en un 33% del salario básico; y al artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, que reafirmó dicha prima para Oficiales y Suboficiales en el mismo porcentaje del 33%.

Con base en lo anterior, indicó, que en el año 1999, él debía tener como prima de actividad el 33% como porcentaje y conforme quedó probado en el expediente, a partir de ese año hacia delante, hasta la expedición del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, tenía como prima de actividad el 20% del salario básico y solo hasta la entrada en vigencia del decreto mencionado, le aumentaron el 50% del porcentaje que venía devengando, llevándolo al 30%.

En ese sentido sostiene, que debía tener como prima de actividad el 33% y no el 20% y que si se hubiese dado cumplimiento a los citados decretos, al 27 de julio de 2007, fundado en el Decreto 2863, el aumento del 50% hubiese alcanzado al 49.5%.

⁵ Folios 132 - 133, cuaderno de primera instancia.

Así mismo arguyó, que este Tribunal en sentencia de junio 27 de 2014, al desatar el recurso de apelación presentado por el señor Isaac Moreno Hernández, en su calidad de Suboficial de Cremil, revocó una sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de junio 7 de 2012, que negó las pretensiones de la demanda.

También anotó que el Decreto 673 de marzo 4 de 2008, en su artículo 31, estableció que el monto de la prima de actividad quedaría en el 49.5% y derogó los Decretos 1515 y 2863 de 2007, con excepción de su artículo 4, lo que indicaba que esta derogatoria lo favoreció, con base en el principio de oscilación contenido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el cual ordenaba que las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en ese decreto, se incrementarían en el mismo porcentaje en que se aumentaran las asignaciones en actividad para cada grado.

Finalmente, solicita no se condene en costas a ninguna de las partes, como quiera que habían actuado con diligencia y sosteniendo sus tesis conforme a derecho.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 23 de marzo de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁶.
- En proveído del 7 de abril de 2017, se dispuso correr traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto⁷.
- La parte demandante⁸, retiró los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 13 – 14, cuaderno de segunda instancia.

- La parte demandada no alegó en esta instancia procesal.
- El Agente del Ministerio Público emitió concepto de fondo⁹, solicitando se confirmara la decisión de primera instancia, en atención a que el incremento del 50% estipulado en el Decreto 2863 de 2007 fue aplicado al actor, ya que en la certificación de partidas computables expedida por CREMIL, la entidad realizó un incremento del 10% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 20% al 30%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro.

Por otro lado resaltó, que lo alegado por el actor en el escrito de apelación era diferente a lo expuesto en la demanda, ya que en esta última se indicó y liquidó la prima de actividad, aumentándola en un 50% por el periodo del 2015 al 2016 y en el memorial de alzada, indicó que correspondía a un incremento del 50% sobre el porcentaje reconocido, es decir la mitad del 20%, para un total de 30%.

Que con lo anterior, era claro que ninguna de las dos solicitudes eran aplicables, ya que no le correspondía un incremento del 24.5% y respecto del porcentaje del 10%, ya le fue realizado oficiosamente por CREMIL.

2.- 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.

⁹ Folios 15 - 18, cuaderno de segunda instancia.

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 JOSÉ RAFAEL CÁRCAMO ALVARADO, a que se incremente la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venían recibiendo por concepto de esta prestación, en virtud del cuerpo normativo mencionado en la demanda?

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%).

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

--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.

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:

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.

"ARTÍCULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

ARTÍCULO 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. **Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto**, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los

dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

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 litteran):

"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.

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.

De tal suerte, que hay que comprender que con esta norma, el Gobierno Nacional lo que pretendió fue dar un tratamiento excepcional mediante

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.

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. Análisis del caso en concreto.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que el señor **CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA**, mediante **Resolución No. 1208 de mayo 7 de 1999**, le fue reconocida su asignación de retiro por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al estar vinculado como Sargento de la Armada Nacional, durante 18 años, 11 meses y 6 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 1211 de 1990.

Es de resaltar, que uno de los factores que se tuvo en cuenta en dicho acto administrativo para liquidar la pensión, fue la Prima de Actividad, la cual es considerada como factor de cómputo, en las asignaciones de actividad de la Fuerza Pública, desde el artículo 4º del Decreto Extraordinario 188 de 1968; la cual, para el caso en estudio y de acuerdo a lo expresado a folios 11 - 13 del expediente, le fue reconocida en su asignación de retiro en el porcentaje del 20%.

Y es que el artículo 30 del Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional, fijó la prima de actividad para los Agentes en servicio activo, de la siguiente manera:

“ARTICULO 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.”.

¹³ Folios 15 - 16 del C.1.

Así mismo, el artículo 159 del citado Decreto 1211 de 1990, estableció, una nueva forma de liquidación de la prima de actividad, para los agentes en servicio activo, que se retiren a partir de la fecha del citado Decreto, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 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 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%).”*

Acorde con lo anterior, en este caso se determina, que se dio cumplimiento al Decreto 1211 de 1990, tal como se verifica con la resolución que reconoció y ordenó el pago de una asignación mensual de retiro; esto en razón de que al momento de percibirla, estaba en vigencia dicho decreto, en el cual se dispone que el cómputo de la prima de actividad para personas con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), les correspondía un porcentaje del 20%.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad del actor fue incrementado a un 30% a partir del 1º de julio de ese año, según consta en Certificado de Partidas Computables expedido por CREMIL de fecha 16 de octubre de 2015 (fls. 18 - 21 del C.1), razón por la cual, la parte demandante pretende que se reliquide su porcentaje de prima de actividad, computable con su

asignación de retiro, con el porcentaje previsto en el Decreto 2863, es decir, 49.5%.

A su vez, la entidad demandada señaló, que no es posible atender favorablemente la petición del actor, toda vez, que computando el tiempo de servicio con lo establecido en el Decreto-ley 1211 se le reconoció el 20% 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 10% adicional, arrojando como resultado el porcentaje que se venía percibiendo a la fecha por concepto de prima de actividad del 30%.

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 1211 de 1990, el cual hace parte de la normatividad que modificó el Decreto 2863, al incrementar el porcentaje de la prima de actividad en un 50%; es decir, si el señor CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA en estricto cumplimiento del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, le era computable una asignación de retiro por su tiempo de servicio de 20%, se debía incrementar este porcentaje en un 50%.

Así las cosas, al hacer el cálculo del aumento que le debía corresponder al accionante, se verifica que el incremento realizado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL fue el correcto, dado que el 50% del 20% que el actor devengaba por concepto de prima de actividad, corresponde a un 10%, que sumado al 20% inicial, arroja un resultado del 30% 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; 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"*¹⁴, el mismo se suscita de cara a la aplicación porcentual que se refuta en el régimen pensional de manera independiente y particular -en este caso el consignado en el Decreto 1211 de 1990-, encontrando que las razones expuestas en acápites precedentes, también dan lugar a desestimar la apreciación esbozada por el actor en este sentido.

Por otro lado, se advierte que el apelante argumenta que este Tribunal en sentencia de junio 27 de 2014, al desatar el recurso de apelación presentado por el señor Isaac Moreno Hernández, en su calidad de Suboficial de CREMIL, revocó una sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de junio 7 de 2012, que negó las pretensiones de la demanda.

¹⁴ 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.

Al respecto se señala, que una vez revisada dicha providencia¹⁵, se advierte que en efecto, en ese asunto se ordenó a la Caja de Sueldo de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- reajustar la Asignación de Retiro reconocida a favor del señor Isaac Mórelo Hernández, teniendo en cuenta que el porcentaje de la Prima de Actividad debía ser del 49.5% del que le fuere reconocido por el tiempo de servicios prestado conforme al Decreto 1211 de 1990, a partir del mes de marzo de 2008; ello, en consideración a que en virtud del Principio de Oscilación previsto en el Art. 4º del Decreto 2863 de 2007, el citado señor tenía derecho a que su Prima de Actividad, como factor salarial, se liquidara teniendo en cuenta el 49.5%¹⁶ del porcentaje antes reconocido, a partir de la vigencia del Decreto 673 de 2008¹⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, se señala que tal situación no aplica para el caso del aquí demandante, como quiera que del contenido de la demanda, no se advierte que se hubiese invocado como fundamento normativo el Decreto 673 de 2008, para reclamar el incremento de la prima de actividad, pues, ello sería tanto como entrar a considerar hechos nuevos que no fueron puestos de presente en el libelo genitor y sobre los cuales la entidad demandada, no tuvo la oportunidad de pronunciarse.

Debe recalcar, que en tratándose de medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es importante tener en cuenta el concepto de violación, como cargo que fija el litigio, entendiéndose que el mismo se ciñe a las normas jurídicas que se consideran violadas y que son expresamente expuestas en la demanda. Aceptar la tesis contraria, sería tanto como indicar, que puede sorprenderse al demandado con cargos no debatidos y sobre los cuales no se hizo manifestación alguna.

¹⁵ Asunto: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicación N° 70-001-33-31-005-2011-00267-01, Demandante: Isaac Morelo Hernández, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL". M. P. Tulia Isabel Jarava Cárdenas.

¹⁶ Como fue reconocido en el Decreto 673 de 2008 para el personal en servicio activo.

¹⁷ Lo que ocurrió el 4 de marzo de 2008.

Luego, 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.

2.3.2. De la condena en costas y el régimen objetivo de valoración.

Se entiende por costas:

“la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable y comprende, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó y a la que le deben ser reintegradas.”¹⁸

Por lo tanto, las costas procesales, se traducen en una medida desventajosa para aquel que fue vencido en un procedimiento judicial, en beneficio de aquel que resulta vencedor, en la receptación de sus apreciaciones de hecho y de derecho, entorno al litigio desatado.

En materia contenciosa administrativa, el tema de las costas procesales, de conformidad con la ley 1437 de 2011, que derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984, se regula por el artículo 188, que estableció:

“Artículo 188. Condena en costas. 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”.

Del estudio de la norma, se observa la configuración de un régimen de carácter objetivo, el cual, desde su verbo rector “dispondrá”, que según su significado es “colocar, poner algo en orden y situación conveniente/ mandar lo que ha de hacerse.”¹⁹, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión

¹⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá-Colombia 2009.

¹⁹ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

efectuada al Código de Procedimiento Civil²⁰, el cual, no determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un **régimen objetivo**, propio de esta jurisdicción, existiendo solo una exclusión a dicho régimen, cuando el asunto sea de interés público, que en el caso concreto no lo es.

Siendo así, el cargo formulado en relación con las costas, se resuelve a favor de los argumentos de la primera instancia, toda vez, que como se expuso, con la expedición de la ley 1437 de 2011, se constituyó un régimen objetivo en la materia abordada, por lo que no son aceptados los argumentos aseverados por la parte apelante, máxime cuando los mismos, se centran en una **facultad** de abstención del operador judicial de decretarlos (Numeral 6 del artículo 392 del C.P.C) y la acreditación de los gastos incurridos, los cuales se entienden implícitos a lo largo del trámite desplegado en ejercicio del presente medio de control²¹.

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 liquídense, de manera concentrada, por el Juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

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,

²⁰ Código de Procedimiento Civil, Artículo 392 numeral 1º reza: “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.”

²¹ Puede consultarse Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección a. Sentencia del 7 de abril de 2016. Expediente con radicación interna 1291-2014. C. P. Dr. William Hernández Gómez.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de diciembre de 2016, 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.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. 0131/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA