



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2016-00112-01
DEMANDANTE: CAMILO ARIAS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS
MILITARES - CREMIL -
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 1º de marzo 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 **CAMILO ARIAS**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL -**, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2015 - 74631, del 21 de octubre de 2015, a través del cual, se le negó el reajuste porcentual de la prima de actividad que hace parte de su asignación de retiro.

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 los porcentajes correspondientes a la prima de actividad dejados de reconocer a partir del 1° de enero de 2015; y que se cancelen con retroactividad, el 24.5%, desde el 1° de junio de 2004, hasta julio 30 de 2007 y el 12.5%, desde el 1° de julio de 2007, hasta la fecha que le sea reconocido dicho derecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 de la ley 923 de 2004.

1.2.- Hechos y fundamento de sus pretensiones²:

Indica el actor, que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL- mediante la Resolución No. 1121 del 05 de julio de 1996, le reconoció una asignación de retiro, en su condición de Sargento Primero de la Armada Nacional, teniendo como cómputo, la partida de la prima de actividad en un 25%, adeudándole un 24.5%, desde el 1° de junio de 2004, hasta junio 30 de 2007 y el 12% desde el 1° de julio de 2007.

Refiere, que solicitó, al Director General de CREMIL el reconocimiento y pago de lo aquí pretendido, a través de derecho de petición radicado No. 87212 de 29 de septiembre de 2015, siendo contestado éste negativamente, mediante oficio No. 2015 – 74631 de octubre 21 de 2015, de la siguiente manera:

"(..) en este orden de ideas y como resultado de lo establecido en el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, le indico que el Señor SP (RA) ARIAS CAMILO venía con el 25% más el 50% de este porcentaje que corresponde al 12.55 da como resultado un porcentaje en la prima de actividad de 37.5%, porcentaje éste que viene siendo liquidado y pagado dentro de la asignación de retiro a partir del 1 de julio d 2007, fecha de entrada en vigencia de la Norma anteriormente señalada."

Señaló el accionante, que se prevé una violación de los Arts. 1, 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48, 53, 95, 218 de la C. P.; Arts. 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007; Sentencias de la Corte Constitucional: C-432 de 6 de mayo de 2004, C-387

² Folios 3 - 8, cuaderno de primera instancia.

del 1º de septiembre de 1994, T-432 del 25 de junio de 1992; los Arts. 1º y 21º numerales 2.1, 2.7 de la Ley 923 de 2004; el Decreto 1157 de 2014; el Art. 5º de la ley 57 de 1887; la Ley 153 de 1887; Art. 269 de la Ley 1437 de 2011; el Decreto 2070 de 2003; el Decreto 4433 de 2004 y el principio de Oscilación Art. 34 de la Ley 2ª de 1945.

En su **concepto de violación**, expuso, que no se le protegió el derecho a recibir aumento de la prima de actividad en un 24.5%, desconociéndose por parte de CREMIL lo plasmado en el artículo 218 de la C. P. y el artículo 53 ibídem, atendiendo a que el mínimo vital de que trata el anterior artículo, no fue tenido en cuenta, puesto que su asignación de retiro está por debajo de los demás funcionarios públicos que desempeñan labores iguales o similares.

Afirmó, que la entidad aplicó indebidamente el mandato establecido en el artículo 4º del Decreto 2863 de julio de 2007, en lo atinente al principio de Oscilación, dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2014; por lo que consideró que se ha presentado, voluntaria o involuntariamente, una inaplicación de la norma adecuada, justamente por el exceso normativo existente.

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 el acto proferido, se encuentra ajustado a derecho, alegando que el principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la prima de actividad, sino que el porcentaje ya reconocido, se aplica al valor de la prima de actividad que estuviere devengando el personal en servicio activo.

³ Folios 39 - 45, cuaderno de primera instancia.

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

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

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de marzo 1º de 2017, dictada en audiencia inicial, negó las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, señaló el A-quo:

“Descendiendo en el caso en concreto, para el despacho no existe duda sobre la norma a aplicar al demandante, pues su asignación fue reconocida en el año 1996, el cual fue aplicado en la resolución de retiro que aparece a folio 16 del plenario; el actor cumplió un tiempo de servicio de 21 años 07 meses, por lo que tiene derecho a un porcentaje de prima de actividad de un 25%, conforme lo estipula el artículo 159 del mencionado decreto, que es el que se ha venido aplicando tal como se observa a folios 18 a 21 del expediente.

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 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 25%, se debía incrementar este porcentaje en un 50%.

En ese orden de ideas, realizado el cálculo del aumento que le debía corresponder al accionante, se tiene que, el incremento realizado por la Caja de retiro de las fuerzas militares CREMIL fue el correcto, dado que el 50% del 25% que el actor devengaba

⁴ Folios 109 - 113, cuaderno de primera instancia.

por concepto de prima de actividad corresponde a un 12.5% que sumado al 25% inicial, arroja una sumatoria del 37.5% porcentaje que le fue aplicado desde el 1º de julio de 2007 en su asignación de retiro de manera correcta, es decir, ajustada a derecho, por lo que con respecto a este punto el Despacho no acoge los planteamientos de la demanda.

Con respecto al incremento basado en el principio de oscilación, como ya dijimos en el marco normativo estudiado, este principio de oscilación aplica para las variaciones que tengan las asignaciones en actividad, por lo que no implica una modificación al porcentaje de reconocimiento de las asignaciones de retiro consolidadas bajo normas anteriores a la vigencia del Decreto 4433 de 2004, ni una variación de las partidas que se computaron en su liquidación, por lo que no resultan aplicables para el caso concreto los incrementos en la prima de actividad del personal de la Fuerza Pública en el sentido que pretende el actor."

1.5.- El recurso⁵.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, argumentando que en el año 1999, debía tener una prima de actividad con un porcentaje de 33% y que a partir del mencionado año hacia adelante, hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, tenía como prima de actividad el 20% del salario básico y solo hasta la entrada en vigencia del Decreto en mención, le fue aumentado el 50% del porcentaje que venía devengando, llevándolo al 30%, por lo que al no habersele pagado el 33% que en verdad le correspondía, existe un desfase que debe ser reconocido y pagado.

Afirmó, que este Tribunal el día 27 de junio de 2014, profirió sentencia de segunda instancia, revocando la sentencia de junio 7 de 2012, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de esta ciudad, que negó las súplicas de la demanda, precisamente basándose en las mismas consideraciones del Juez de primera instancia.

⁵ Folios 125 – 126, cuaderno de primera instancia.

Sostuvo, que el principio de oscilación invocado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 le favorece, toda vez que el monto de la prima de actividad quedaría en el 49.5%, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 673 de marzo 4 de 2008, que derogó los Decretos 1515 de 2007 y 2863.

Anotó, que las consideraciones del A quo se apartaban del mandato específico del Decreto 2863, al olvidar que en su artículo 4º y el Decreto 4433 de 2004, establece que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que les sea ajustada en el mismo porcentaje en el que se haya ajustado el del activo correspondiente, atendiendo al incremento de que trata el artículo 2º del decreto en mención.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 25 de abril de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁶.

- En proveído del 16 de mayo de 2017, se dispuso correr traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público, para que emitiera su concepto⁷, pronunciándose al respecto, solamente la parte demandante, reiterando lo expuesto en el recurso de apelación⁸.

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**

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 13 – 14, cuaderno de segunda instancia.

de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

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

2.3. Análisis de la Sala.

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

La prima de actividad, se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y luego se incluyó como partida computable de liquidación de las asignaciones de retiro. Fue creada a través de la Ley 131 de 1961, a favor de los oficiales y suboficiales de las instituciones militares y de la Policía Nacional, inicialmente, en cuantía igual al quince por ciento (15%) del sueldo básico mensual devengado y luego, modificado al treinta y tres por ciento (33%), conforme al Decreto – Ley 089 de 1984⁹.

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

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

"ARTÍCULO 154. CÓMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

--Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

--Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

--Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).

--Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

--Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)".

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

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

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

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

Decreto 1214 de 1990 (...) Artículo 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte

por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”.

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

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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.

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”¹¹

De igual forma, se abrió a la posibilidad a través de la expedición del Decreto Ley 2863 de 2007, *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones”*, a través de sus artículos 2 y 4, de que el personal de las Fuerzas Militares 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*

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

sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.

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

2.3.2. Caso en concreto.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que el señor **CAMILO ARIAS**, mediante **Resolución No. 1121 de julio 05 de 1996**, le fue reconocida su asignación de retiro por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en condición de Sargento Primero de la Armada Nacional, durante 21 años, 7 meses y 16 días a la Institución¹²; así mismo, teniendo en cuenta la fecha en que fue reconocida la asignación de retiro, la misma se liquidó conforme al Decreto 1211 de 1990.

Es de resaltar, que uno de los factores que se tuvo en cuenta en dicho acto administrativo para liquidar la pensión, fue la Prima de Actividad, la que de acuerdo a lo expresado a folios 16 - 17 del expediente, le fue reconocida en su asignación de retiro en el porcentaje del 25%, en atención a lo dispuesto en los arts. 158¹³ y 163¹⁴ del mencionado Decreto,

¹² Folio 14, cuaderno de primera instancia.

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

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.

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

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad del actor fue incrementado a un 37.5%, a partir del 1º de julio de ese año, según consta en el Oficio de fecha 21 de octubre de 2015 y en el certificado de partidas computables expedido por el Área de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (fls. 19 y 21 del expediente), razón por la cual, la parte demandante pretende que se reliquide su porcentaje de prima de actividad, computable con su asignación de retiro, con el porcentaje previsto en el Decreto 2863, es decir, 49.5%, lo cual no se ajusta a lo

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

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

¹⁴ **“ARTÍCULO 163. ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

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

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

dispuesto en tal norma, pues, el 50% de incremento se predica sobre el porcentaje que se venía devengando, por lo que el mismo corresponde a un 12.5% adicional, arrojando como resultado el porcentaje que se venía percibiendo a la fecha por concepto de prima de actividad, esto es, 37.5%.

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

Ha de anotarse igualmente, que en lo que hace al precedente horizontal invocado a partir de la sentencia de fecha 27 de junio de 2014, el mismo no resulta aplicable, pues, revisadas las normas que se consideran violadas en este caso, no aparece como vulneradas aquellas contenidas en el Decreto 1515 de 2007, por lo que no podría aplicarse al caso concreto.

Otro tanto ocurre con las costas, cuya condena se reclama como no jurídica, pues, conforme lo dispuesto en el art. 188 del CPACA, la condena, sin más consideraciones, procede cuando el litigante ha perdido sus pretensiones, lo que para el demandante ocurrió en este caso.

Así lo ha dicho reiteradamente este Tribunal en sentencias anteriores¹⁶, cuando dijo:

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

¹⁶ Cfr. Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Primera de Decisión Oral. Radicado: 70-001-33-33-001-2014-00224-01, Demandante, BLANCA ESTHER ARRIETA MACHADO, Demandado,

“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.”¹⁷

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, no ha sido del todo pacífico, debido a la naturaleza propia de esta área del derecho, en específico de los individuos e intereses que se encuentran en riesgo.

Al efecto, el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-043 de 2004, realizó un estudio completo del tema, al resolver la controversia suscitada con la aplicación del artículo 171 del Decreto 01 de 1984, antiguo Código Contencioso Administrativo y el régimen subjetivo, en materia de costas procesales.

En dicha decisión judicial, la Corte Constitucional, abarca la exequibilidad de la norma en comento, estableciendo los regímenes, que han gobernado la tasación de las costas procesales a lo largo de la historia legislativa colombiana, destacando, un régimen subjetivo, derivado del comportamiento del vencido y un **régimen objetivo caracterizado por el solo hecho de ser vencido**¹⁸.

No obstante, con el control constitucional abstracto, efectuado al artículo 171 del C.C.A, en especial su aparte que reza, **“teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”**, se aclaró la discusión suscitada en torno al régimen de la condena en costas, que conforme a la norma señalada, se erigía como subjetivo, soportando tal determinación en el poder configurativo del legislador:

“la disposición contiene otra expresión, que es justamente la acusada, cuyo alcance es necesario precisar a efectos de

¹⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil General*. Tomo I. Editorial Dupré. Bogotá, Colombia, 2009.

¹⁸ Propio de este régimen, es el dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, en sus artículos 392 y siguientes.

examinar su constitucionalidad. Dice el artículo que el juez, "teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes", podrá condenar en costas a la vencida en el proceso. Esta expresión, a juicio de la Corte, es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado (v. supra). En efecto, su lectura lleva a concluir que tal condena no se producirá necesariamente, sino que podrá darse o no dependiendo de si ha mediado o no una conducta reprochable en la parte vencida, durante el trámite del proceso. Sin embargo, nuevamente la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan tal condena introduce nuevamente un factor de confusión, pues la propia jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que la condena en costas en el Código de Procedimiento Civil obedece a un criterio objetivo.

Sin embargo, la Corte estima que acudiendo a los principios de interpretación legal puede fácilmente resolverse la aparente confusión. El artículo 171 del C.C.A. es una norma especial redactada ad hoc para regular lo relativo a la condena en costas dentro del proceso contencioso administrativo, de cuya lectura se deduce inequívocamente la voluntad legislativa de condicionar la condena en costas a la evaluación de la conducta procesal de las partes. Por ello, debe entenderse que esta disposición define un carácter subjetivo de la responsabilidad por el reembolso de dichas costas, es decir una responsabilidad que sólo opera cuando existe una conducta reprochable atribuible a la parte vencida. Por ser una disposición especial, prevalece sobre cualquier otra que regule el mismo asunto en otros asuntos.

Ahora bien, la remisión al C.P.C debe entenderse hecha para regular de acuerdo con sus normas aquellos aspectos relativos a la condena en costas no contemplados en el C.C.A., tales como la oportunidad para proferirla, las normas que se aplican para su liquidación, los recursos que proceden contra la providencia que las decreta y todos aquellos asuntos a que se refieren los artículos 392 y 393 del C.P.C. Así, su aplicación es de carácter supletivo, es decir, solo opera en ausencia de norma expresa en el C.C.A.

Por lo tanto, el numeral 1º del referido artículo 392 del C.P.C, que consagra la responsabilidad objetiva en materia de condena en costas cuando indica que "(s)e condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto", no resulta del todo aplicable a los procesos que se surten ante la jurisdicción administrativa, pues su redacción no permite tener cuenta la conducta de las partes

dentro del proceso a efectos de definir su responsabilidad por el pago de las costas, al paso que la norma especial del C.C.A obliga a valorar ese comportamiento procesal, para esos mismos efectos.

En conclusión, la remisión al C.P.C que hace el artículo 171 ahora demandado no opera para efectos de definir una responsabilidad objetiva respecto de la condena en costas en el proceso contencioso administrativo, pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad (...)

La norma de rango constitucional que establece el fundamento a partir del cual el legislador debe regular la responsabilidad sustancial o material del Estado por los perjuicios que ocasione en ejercicio de sus funciones constitucionales o legales es el artículo 90 de la Constitución Política. La disposición superior que sienta las bases para la expedición de las normas instrumentales o procedimentales conforme a las cuales ha de declararse o hacerse efectiva esa responsabilidad sustancial es el artículo 29 de la Carta.

En desarrollo de este último artículo constitucional el legislador tiene una amplia libertad que le permite establecer las formas propias de cada juicio. En efecto, en reiteradísima jurisprudencia esta Corporación se ha referido a la libertad de configuración que le asiste al legislador para definir los procesos judiciales. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-1104 de 200 se hizo ver cómo conforme a lo dispuesto en los artículos 29, 150 y 228 de la Carta Política el legislador pueden regular libremente los procedimientos judiciales, siempre y cuando al hacerlo respete los principios y valores constitucionales y obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Facultades que le permiten, entre otros asuntos, establecer recursos y medios de defensa que procedan contra los actos que profieren las autoridad de, fijar las etapas de los diferentes procesos y establecer los términos y las formalidades que se deben cumplir, radicar las competencias en una determinada autoridad judicial, regular lo concerniente a los medios de pruebas y "establecer dentro de los distintos trámites judiciales imperativos jurídicos de conducta consistentes en deberes, obligaciones y cargas procesales a las partes, al juez y aún a terceros intervinientes, ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos"

Esta facultad de definir qué obligaciones procesales corresponden a las partes le permite también al legislador definir

si hay lugar al reembolso de costas. En efecto, dicho reembolso ha sido entendido por la doctrina procesal y también por la jurisprudencia como una de las obligaciones procesales

Así pues, dada su libertad para regular las obligaciones procesales el legislador no está forzado a establecer la obligatoriedad de la condena en costas; de las normas superiores que definen los principios fundamentales del derecho procesal no se extrae esa conclusión, sino más bien la de la facultad del Congreso para regular el asunto. Así lo ha reconocido expresamente esta Corporación en la Sentencia C-037 de 199, al estudiar oficiosamente la constitucionalidad del artículo 6° de la Ley 279 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, y en la Sentencia C-089 de 200 en donde se dijo no en todos los procesos judiciales deben imperativamente liquidarse costas

De lo que hasta aquí se ha dicho se concluye que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el reembolso de las costas es una obligación procesal de la aparte vencida en un juicio, y que, consecuentemente, la responsabilidad correspondiente no es de tipo sustancial sino procesal. Su regulación, por tanto, cae bajo la libertad de configuración de los procedimientos judiciales reconocida con amplitud al legislador.”¹⁹

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011, derogó las disposiciones contenidas en el Decreto 01 de 1984 y en materia de costas procesales, en su artículo 188 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 regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

Por consiguiente, 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.”²⁰, existe una tasación de la condena, con su respectiva liquidación y ejecución, de conformidad con la remisión efectuada al Código General del Proceso²¹, el cual no

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁰ <http://www.rae.es/drae/srv/search?id=IwJvh1m1PDXX2G9DnACY>.

²¹ Código General del Proceso, Artículo 365 numeral 1° reza: “(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de

determina una condición subjetiva, para la materialización de las erogaciones procesales en estudio, pregonándose por un régimen objetivo propio de dicha jurisdicción, existiendo solo una exclusión de las costas, cuando el asunto sea de interés público.²²

Considerándose en últimas, que bajo los argumentos del poder configurativo del legislador en asuntos procesales¹⁵, la determinación de condenar en costas, bajo un régimen objetivo en materia contenciosa administrativa, es procedente, bajo la nueva redacción normativa consignada en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, es un imperativo para el juez, conforme el artículo 192 del CPACA, señalarlas, en donde además, se debe liquidar, lo referente a las agencias de derecho, como parte integral del concepto reiterado²³".

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

3.- Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquidense, 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,

excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe".

²² Inciso 2º artículo 361 del CGP. "Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes". ¹⁵ Ver entre otras. Corte Constitucional. Sentencia C-632 de 2012. M. P. Dr. Mauricio González Cuervo.

²³ A parte de lo señalado, que per se, es razón suficiente para la decisión, debe tenerse en cuenta, que aun aceptándose la tesis del demandante, esto es, que actuó en virtud de los fallos que otrora venían dándose, ha de tenerse en cuenta que, tal apreciación no resulta aplicable al caso, si se tiene en cuenta que la demanda fue formulada el día 6 de septiembre de 2013, fecha a la cual, ya se había emitido la sentencia C – 402 (3 de julio de 2013).

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1º de marzo de 2017, 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. 0159/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA