



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

| | |
|---------------------------|---|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13001-33-40-014-2016-00250-01 |
| Demandante | GRACIELA MARTHA LOZANO DE RAMÍREZ |
| Demandado | CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL |
| Tema | PRIMA DE ACTIVIDAD - SUBOFICIAL |
| Magistrado Ponente | CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE |

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida el 3 de mayo de 2017 por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. Hechos Relevantes

1. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor SV (R) ALFONSO RAMÍREZ, mediante Resolución No. 1413 del 15 de mayo de 1961.

2. La misma entidad reconoció pensión por sustitución, a la señora GRACIELA MARTHA LOZANO RAMÍREZ, mediante Resolución No. 605 del 17 de marzo de 2009.

3. Mediante Oficio CREMIL No. 89631 Consecutivo 2015-74472 del 20 de octubre de 2015, la demandada negó la solicitud presentada por el actor en cuanto al reajuste de la prima de actividad.

1.2 Pretensiones

En resumen, solicitó las siguientes: i) Declarar la nulidad del oficio CREMIL No. 89631 Consecutivo 2015-74472 del 20 de octubre de 2015, que negó el incremento de la prima de actividad de la prima de actividad y el consecuente reajuste de la asignación de retiro, ii) a título de restablecimiento del derecho, ordenar el reajuste de la asignación de retiro de la demandante, incrementando el porcentaje de la prima de actividad al 36.5% sobre su asignación básica), iii) pagar lo dejado de percibir por concepto de no reajustar la prima de actividad

¹ Folios 13 – 22.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

como partida computable de asignación de retiro (iv) condenar a la demandada a cancelar con retroactividad todos los valores adeudados en forma indexada, v) cumplir la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y vi) condenar en costas a la demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

Constitución Política en los artículos 2, 6, 83 y 87

Decreto 1211 de 1990 Art. 84

Decreto 2863 de 2007 Art., 2 y 4

Señala en síntesis que, el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 aumenta en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, el cual equivale al 50% del 33% (16,5%), en razón a que este último artículo contempla un porcentaje del 33% para el personal en servicio activo.

Por lo tanto, la entidad demandada aplicó indebidamente la norma, pues el aumento que debió establecer para la prima de actividad de la demandante era de 16,5% y no del 10%, por lo que afirma que hacen falta 6,5 puntos porcentuales por reajustar.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

Aduce como ciertos todos los hechos que se refieren al reconocimiento de la prestación en cabeza del demandante, los relacionados con la petición efectuada a la entidad y los relacionados con la respuesta expedida por la demandada; en cuanto al resto de los hechos se opone a todos y cada uno de ellos, toda vez que, se pretende la confesión de lo que es materia de la litis.

Así mismo, afirmó que al señor Sargento Viceprimero (RA) de la Armada Nacional ALFONSO RAMÍREZ le fue reconocida asignación de retiro con Resolución 1413 del 15 de mayo de 1961, a partir del 1 de diciembre de 1960, fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia de los decretos 1045 de 1942, 100 de 1946, 82 de 1947 y 501 de 1955.

Indicó que, con la expedición del Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, se estableció una modificación en la partida de prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, por lo tanto, al acreditar el causante un tiempo de servicio de 17 años, 1 mes y 7 días, mediante auto de sustanciación del 3 de mayo de 1989, se liquidó la prima de actividad en un 18,5% en la vigencia fiscal de 1990 y **20%** en la vigencia fiscal de

² Folio 32 – 38.



Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

1991 y con la expedición del Decreto 2863 de 2007, le fue aumentado dicho porcentaje al 30%.

Señala que, para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de la Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de la Prima de actividad, tomando como punto de partida lo devengado por los militares en actividad, por lo que procede a citar el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, argumentando que se dispuso un incremento en el porcentaje de esta prima sin efectuar modificación a los porcentajes que dispone el monto base para la liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento.

Afirma que, el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por tanto, en el presente caso éste no se ha vulnerado ya que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior.

Propuso como excepción la "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares", reafirmando que las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto al realizar los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena mediante sentencia de fecha 3 de mayo de 2017, negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, sostuvo la A quo en síntesis que, el incremento del porcentaje de la prima de actividad como lo pide la demandante al 36.5% a partir del 1 de julio de 2007 es improcedente, toda vez que, el Decreto 2863 de 2007 en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permitiese incrementar la asignación del actor en ese porcentaje, sino que el incremento sería solo de un 50% de lo que venía recibiendo por concepto de prima de actividad, que para el caso sería de 10%, pues a la accionante se le estaba computando esa prestación liquidada en un 20%.

Concluyó que, la demandante tiene derecho a que se le reajuste la prima de actividad conforme al referido decreto solo hasta un 30%, que es lo que actualmente viene percibiendo por concepto de dicha prestación, como

³ Fl. 86 -





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

partida computable en su asignación de retiro; motivo por el cual, resultó acertada la decisión de la entidad demandada, en cuanto a no aumentar el porcentaje de la prima de actividad, puesto que esta ha realizado los aumentos que la normatividad le ha permitido adelantar.

4. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que se revoque, por considerar que la A quo no tuvo en cuenta la jurisprudencia reciente, la Sentencia SU 298 de 2015 donde la Corte Constitucional se pronuncia respecto de la favorabilidad de la norma y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, la favorabilidad de la norma al trabajador, el artículo 53 de la Constitución, el derecho a la igualdad y que la petición está basada en los pronunciamientos de las Altas Cortes.

Señala que, con la sentencia de primera instancia se desconoció el precedente contenido en los pronunciamientos invocados en la demanda, de los Tribunales Administrativos de San Andrés, Boyacá, Quindío, entre otros, cuando en virtud del artículo 115 de la Ley 1395 de 2010 y a partir de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, es deber de los Jueces de la República observar el precedente jurisprudencial en la toma de decisiones.

Sostuvo además que, el despacho de primera instancia no tuvo en cuenta que no se solicita en este caso el mismo derecho de los activos, porque su asignación de retiro es una situación definida y consolidada, al no encontrarse activo cuando se promulgó el Decreto 2863 de 2007; sino que lo solicitado es la aplicación del artículo 4 del mencionado decreto, que cobija a todos los retirados antes del 1 de junio de 2007.

Sostiene que, CREMIL aplicó indebidamente la norma, pues el aumento que debió establecer para la prima de actividad del demandante era del 16,5% y no del 10% como realmente ocurrió, quedando pendiente un 6.5%.

Que la Juez de Primera Instancia no tuvo en cuenta la violación al derecho a la igualdad alegada, pues no estudió ni hizo referencia a las sentencias y resoluciones de pago presentadas con la demanda, en las que se reconoció el incremento de la Prima de Actividad.

Finalmente, solicita que revoque la condena en costas, por no existir temeridad, no estar probados los gastos dentro del proceso de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso.

⁴ FI 98 - 102





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

4.1 Actuación procesal de segunda instancia⁵

Mediante auto de fecha catorce (14) de febrero de dos mil dieciocho (2018), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

4.2 Alegatos de conclusión de segunda instancia

4.2.1 Parte demandante⁶

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

4.2.2 Parte demandada

No presentó alegatos de conclusión en esta instancia.

4.2.3 Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del C.P.A.C.A, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

⁵ Folio 151

⁶ Folios 154 - 164





2. Problema jurídico

Conforme al tema de impugnación, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes:

¿La sentencia de primera instancia debe ser revocada y/o confirmada, porque el actor tiene derecho o no, a que su asignación de retiro le sea reajustada con la prima de actividad en un 36,5%?

¿En caso de que la sentencia sea confirmada, la demandante debe ser condenada en costas, a pesar de aducir que actuó sin temeridad?

3. Tesis de la Sala

La Sala sustentará como tesis que, la sentencia de primera instancia se debe confirmar y en esa medida, que no le asiste razón a la recurrente al señalar que la A quo dio una interpretación indebida a las normas que regulan la prima de actividad, puesto que existe una marcada diferencia entre la prima de actividad como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la prima de actividad como prestación social a favor del personal en servicio activo, conforme se deriva del marco normativo de la providencia.

Frente a la condena en costas, también se confirmará lo decidido en primera instancia, atendiendo a que conforme al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ésta se fundamenta en un criterio objetivo –valorativo sin que incida que la parte hubiese actuado de buena fe y sin temeridad, lo cual sí se revisaba en vigencia del antiguo Código Contencioso Administrativo.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Para resolver este interrogante, y teniendo en cuenta que en lo esencial, señala el escrito de alzada que la A quo incurrió en una indebida interpretación de las normas cuyo cumplimiento se pide, la Sala estudiará los siguientes temas: i) Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, ii) El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones en actividad, iii) Las disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado, y por último, iv) Derecho de igualdad frente a la variación del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

4.1 Del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública

El artículo 217 de la Carta autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares que hace parte de la Fuerza Pública según lo dispone el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública⁷.

Conforme a lo anterior, el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social a que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales⁸.

Por su parte, la Ley 4ª de 1992⁹ dispuso que le corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, **respetando la nivelación que debe existir entre la remuneración del personal activo y el retirado de la Fuerza Pública dentro de un respectivo grupo**, para lo cual, los Decretos que se profieran en uso de dicha competencia, no deben conducir a resultados diferenciales en el quantum de los salarios con respecto a las asignaciones de retiro de ese personal. Por ejemplo, no debe existir diferencia entre los oficiales en servicio activo de los oficiales retirados.

De lo anterior se desprende que, corresponde al Gobierno Nacional:

1. Fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública con sujeción a la ley marco dictada por el Congreso sobre la materia.
2. Aumentar las remuneraciones de los miembros de la **Fuerza Pública** conforme a los criterios y objetivos señalados en la Ley 4ª de 1992.
3. Establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública conforme a los criterios y objetivos señalados en la ley 4ª de 1992.
4. Velar porque los salarios y prestaciones sociales de los miembros de la Fuerza Pública no sufran una desmejora.

En consecuencia, cualquier acto que contravenga éstas directrices carecerá de todo efecto.

El régimen especial del personal de la FUERZA PÚBLICA está contenido, entre otras, en las siguientes disposiciones relevantes frente a cada grupo de sus

⁷ ARTICULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas".

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

⁹ Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.





miembros:

El **Decreto 1211 de 1990**, el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990**, el Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional, el **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional y el **Decreto 1214 de 1990** que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional¹⁰.

Así mismo, las siguientes disposiciones que se aplican a todos los miembros de la FUERZA PÚBLICA: la **Ley 923 de 2004** que señaló 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", el **Decreto 4433 de 2004**, por medio del cual se fijó "el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública" cuya aplicación persigue el actor, el **Decreto 1515 de 2007** por medio del cual se fijaron "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", y el Decreto **2863 de 2007**, por medio del cual se modificó parcialmente el **Decreto 1515 de 2007** y se dictaron otras disposiciones.

4.2 El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones

En primer lugar se debe afirmar que la asignación de retiro se considera como una modalidad de prestación social que "se asimila a pensión de vejez"¹¹.

Este principio se traduce en que, la asignación de retiro y las "pensiones" de los miembros de la Fuerza Pública, para el caso concreto –OFICIALES Y SUBOFICIALES - se liquidan teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones del personal en servicio activo, con la finalidad de que las mismas mantengan una equivalencia que salvaguarde el principio de igualdad.

Por su parte, en la **Ley 923 de diciembre 30 de 2004**, se señalaron 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** conforme al **artículo 150, numeral 19, literal e)**, precisando en su **artículo 2** que para la fijación de ese régimen el Gobierno debe tener en cuenta los

¹⁰ El Decreto 2070 de 2003 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

principios de "eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad". Como elementos mínimos del marco pensional y de la asignación de retiro, incluyó en el **artículo 3 numeral 3.13** el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "**El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo**".

Por su parte, el **Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004** que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares**, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, dispuso en sus **artículos 2 y 3** la garantía de los derechos adquiridos y reiteró los principios señalados en la Ley de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".

En el título V –denominado DISPOSICIONES VARIAS, **artículo 42** consagró el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "**Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto**, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajusten en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley" (negritas y subrayado fuera de texto).

Este artículo garantiza el Principio de Oscilación a futuro, de aquellos miembros de la Fuerza Pública a quienes le sea reconocida Asignación de Retiro en vigencia del mismo.

Por último, el **Decreto 2863 del 27 de julio de 2007** que modificó el **Decreto 1515 de 2007**, consagró en su **artículo 4** el PRINCIPIO DE OSCILACIÓN así:

"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 2007¹².





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

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

4.3 Disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y como prestación computable en las asignaciones del personal retirado

Partiendo de la diferencia que existe entre **PRIMA DE ACTIVIDAD, como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales** unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la **PRIMA DE ACTIVIDAD como Prestación Social** a favor del personal en servicio activo, se procede a citar las disposiciones legales que las han desarrollado desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro que se estudia:

Partiendo de la diferencia que existe entre **PRIMA DE ACTIVIDAD, como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales** unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la **PRIMA DE ACTIVIDAD como Prestación Social** a favor del personal en servicio activo, se procede a citar las disposiciones legales que las han tratado desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro que se estudia:

El Decreto 501 de 1955, que se encontraba vigente para la época en la que se reconoció asignación de retiro al causante, no contemplaba la prima de actividad como partida computable para asignaciones de retiro¹³, únicamente la reconocía al personal que se encontraba activo para la época¹⁴, es por ello que en los actos administrativos que reconocen y ordenan pagar asignaciones de retiro bajo la vigencia del aludido Decreto, solo se consagran las partidas prima de servicios, prima de navidad y prima de alimentación, lavado y peluquería, además del porcentaje de sueldo básico que se reconocía para liquidar la asignación; es sólo hasta la expedición del Decreto 2337 de 1971 que se prevé la prima de actividad como partida computable para liquidar asignaciones de retiro, no obstante, dicha disposición no le es aplicable al causante, toda vez que, su asignación de retiro fue reconocida bajo vigencias anteriores.

Posteriormente, con fundamento en la normatividad aplicada a las Fuerzas Militares, establecida en el Decreto ley 95 de 1989, norma que deroga las anteriores, se estableció la prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984 en los siguientes términos:

"Artículo 155. Reconocimiento prima de actividad. Los oficiales y suboficiales de las

¹² Esta disposición legal consagró el aumento de la prima de actividad del personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional regulado por el Decreto 1214 de 1990, en los siguientes términos: "La 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.

¹³ Artículo 120.

¹⁴ Artículo 64.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce 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 a 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%)”

“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%).
- 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%)”.

Lo dispuesto en los artículos citados se refiere al reconocimiento paulatino de los porcentajes a los que tengan derecho los retirados de acuerdo con el artículo 154 y respetando el tope de cada vigencia dispuesta en el artículo 155, es decir, en el caso particular del señor **Sargento Viceprimero ® Mario Navarro Pineda**, quien se encuentra dentro de los retirados con 15 años o más de servicios, pero menos de 20 años, le correspondería una prima de actividad del 20%; sin embargo, ésta es reconocida gradualmente de acuerdo al artículo 155, es decir, que para la vigencia fiscal de 1990 se le reconoce prima de actividad en un porcentaje del 18,5, y en la vigencia fiscal de 1991 se le reconoce prima de actividad hasta el 20%, que constituye el tope porcentual al que tiene derecho a través del artículo 154 del Decreto.

El **Decreto Ley 1211 de 1990**¹⁵ en el que se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en porcentajes proporcionales según el tiempo de servicios acumulados al momento del retiro, así:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- Para individuos entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- Para individuos con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por

¹⁵ Artículo 159.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

ciento (25%) del sueldo básico.

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

En virtud de la **ley 797 de 2003, en su artículo 17 numeral 3**, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 2070 de 2003**, el cual reformó el régimen pensional y de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su **artículo 23** como **partida computable para la asignación de retiro** del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su artículo 24 refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

En el mismo sentido y en desarrollo de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4433 de 2004** que fijó el Régimen Pensional y de Asignación de Retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 23 como **partida computable para la asignación de retiro** del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su **artículo 24** refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Ninguna de esas dos normas, dispuso incremento en la PRIMA DE ACTIVIDAD para el personal en servicio activo. Esto se vino a modificar con **el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007** que ordenó su incremento en un cincuenta por ciento (50%) a favor de los miembros de la Fuerza Pública. En efecto, en su **artículo 2** dispuso modificar el artículo 32 del **Decreto 1515 de 2007** en los siguientes términos:

"Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1 de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990¹⁶, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990¹⁷ y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990¹⁸.

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%)".

Además, como se recordará cuando se estudió el principio de OSCILACIÓN, este Decreto en su artículo 4 dispuso a favor de las asignaciones de retiro que en virtud

¹⁶ Debe tenerse en cuenta que este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. El artículo 84 dispuso: "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares 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".

¹⁷ Este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 68 consagró: " 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".

¹⁸ Este Decreto constituye el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Consagró en el artículo 38: "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."





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

de dicho principio previsto 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. Advirtiéndose que el anterior estatuto no contempla la aplicación del aumento al 50% de la prima de actividad, para los Agentes de la Policía Nacional.

4.4. De la condena en costas en los procesos contencioso administrativos

En vigencia del Código Contencioso Administrativo anterior (Decreto 01 de 1984), la condena en costas se regía por lo dispuesto en el artículo 171 conforme al cual en todos los procesos con excepción de las acciones públicas, el Juez teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podía condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Acorde con lo anterior, se aplicaba en esta materia un criterio subjetivo en virtud del cual el juzgador podía o no condenar en costas, decisión que debía adoptar considerando el comportamiento procesal de las partes, es decir, valorando si éstas habían actuado, específicamente la parte vencida, con mala fe, temeridad, ánimo dilatorio, etc.

Con la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2012, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reguló la condena en costas de la siguiente manera:

Artículo 188. "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".

Acorde con lo anterior, se le ordena al juez disponer en la sentencia sobre la condena en costas, salvo que se trate de asuntos de interés público, y sin que se imponga al operador judicial la carga de valorar la conducta procesal de las partes, para efectos de imponer dicha condena.

El anterior cambio normativo permite a la Sala entender razonadamente que en cuanto a la condena en costas, acogió el nuevo código la línea adoptada por el extinto Código de Procedimiento Civil, hoy por el Código General del Proceso, que estableció un criterio objetivo para su imposición, consistente en condenar en costas a la parte vencida en el proceso y siempre que las mismas se acrediten como causadas.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

En suma, para que sea procedente condenar en costas a una de las partes en los procesos que se hubieren iniciado bajo la vigencia del CPACA, basta con que ésta resulte vencida dentro de la causa, en virtud de sentencia que le fuere adversa a sus pedidos y resulten probadas como causadas en el proceso. En todo caso, preciso es señalar que sólo habrá lugar a liquidar las costas que figuren en el expediente como efectivamente causadas y sufragadas por la parte que se beneficia de la condena, es decir, que éstas sólo se reconocerán en la medida de su comprobación, tal como lo exigen los principios de gratuidad de la justicia y no enriquecimiento sin causa.

5. El caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

5.1.1 El señor Sargento Viceprimero (F) de la Armada Nacional **ALFONSO RAMÍREZ** prestó sus servicios por 17 años, 1 mes y 7 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Acuerdo 700 de 1960¹⁹, aprobado por Resolución No. 1413 de 15 de mayo de 1961²⁰ por la **CAJA RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**²¹, en la que se computaron como partidas a tener en cuenta para su liquidación, el sueldo básico, la prima de antigüedad y prima de navidad.

5.1.2 Mediante Resolución No. 605 del 17 de marzo de 2009²², la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios causada por el fallecimiento del señor Sargento Viceprimero de la Armada Nacional **ALFONSO RAMÍREZ**, a favor de la señora GRACIELA MARTHA LOZANO DE RAMÍREZ en su calidad de cónyuge sobreviviente y única beneficiaria.

5.1.2 Como se indica en la contestación de la demanda, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 95 del 11 de enero de 1989 y en consideración al tiempo de servicios del causante que fue de 17 años, 1 mes y 7 días, por auto de sustanciación de 3 de mayo de 1989, se liquidó la prima de actividad militar, en los siguientes términos:

- En la vigencia fiscal de 1990 (18,5%)
- En la vigencia fiscal de 1991 (20%)

5.1.3 La demandante presentó solicitud de reclamación ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL** con radicado N° 89631 de fecha 5 de octubre de 2015²³, solicitando el reajuste de la asignación de retiro de la cual es

¹⁹ Reverso folio 51 – 52.

²⁰ Reverso folio 52 – 53.

²¹ Folios 24 – 25.

²² Folios 66 – 67.

²³ Folios 4 - 6





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

beneficiaria, incrementando el porcentaje de la Prima de Actividad al 36,5%, solicitud que fue resuelta negativamente por la entidad demandada mediante oficio No. CREMIL 89631 de fecha 0 de octubre de 2015²⁴.

5.2. La valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque contrario a lo sostenido por el recurrente, la misma respeta el ordenamiento Constitucional y legal y hace un análisis pertinente respecto de las normas que resultan aplicables al caso en concreto.

Considera la Sala que, no le asiste razón a la demandante cuando pretende que la asignación de retiro de la cual es beneficiaria le sea reajustada incrementando la prima de actividad de un porcentaje del 30% al 36.5%, con el argumento que se vulnerarían 2, 6, 83 y 87 de la Constitución Política, que se violó el principio de igualdad y el de favorabilidad en materia laboral y que se hizo una indebida interpretación del Decreto 2863 de 2007, en sus artículos 2 y 4.

Lo anterior, porque conforme se señaló en el marco jurídico no se pueden confundir los porcentajes y partidas computables para liquidar los sueldos del personal en servicio activo, con las partidas que la ley ha previsto para las asignaciones de retiro en una determinada época y en vigencia de una norma específica.

En efecto, consultada la hoja de servicios del causante y el texto de la Resolución No. 1413 del 15 de mayo de 1961 en la que se invocó el Decreto 501 de 1955 como fundamento legal para el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, no se establece la partida computable prima de actividad para asignaciones de retiro, en el caso objeto de estudio y de acuerdo a lo decantado en el marco jurídico de esta providencia, es solo a partir **del Decreto 95 de 1989²⁵** que se establece la inclusión de la prima de actividad como partida computable para liquidar asignaciones de retiro y un aumento en la prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas desde la entrada en vigencia del Decreto 2337 de 1971 (que trae consigo la inclusión de la prima de actividad como partida computable para liquidar asignaciones de retiro) y con anterioridad al 18 de enero de 1984, en los términos indicados en los artículos 154 y 155, normatividad que cobija al demandante, quien por gozar de asignación de retiro bajo la vigencia del Decreto 501 de 1955 y acreditar un tiempo de servicios de 17 años, 1 mes y 7 días es acreedor del 20% de la prima de actividad, razón por la que a partir del año 1991 y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007 devengó por concepto de prima de actividad en su asignación de retiro un porcentaje del 20%, teniéndose que a partir del 1 de julio de 2007 dicho

²⁴ Folio 3.

²⁵ derogado por el Decreto 1211 de 1990





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

porcentaje fue incrementado al 30%, es decir, en los términos del Decreto aludido, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es el 10% que sumado al 20% completa un 30%, tal como se acredita en el certificado visible a folio 12 del expediente.

Por ello, vale la pena precisar conforme se consignó en el marco jurídico del caso, que se debe diferenciar la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación social a favor del personal activo y el porcentaje que consagra la ley para la liquidación del derecho pensional, pues la nueva ley bien pudo consagrar partidas diferentes a las que sirvieron de base para liquidar las reconocidas en vigencia de una disposición anterior, pero no quiere decir que esté incrementando la partida correspondiente a la prestación social en servicio activo, pues se recuerda, es diferente esta partida del factor que puede consagrar la ley para liquidar el derecho pensional o la Asignación de Retiro.

En ese sentido, no se evidencia vulneración del principio de OSCILACIÓN, toda vez que, es facultad exclusiva del Legislador fijar el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y a las Cajas de Retiro solo les compete dar aplicación a dichas disposiciones, como se ha hecho en el presente caso.

La evolución normativa se constituye en un proceso lógico ante los cambios sociales y económicos por los que ha atravesado el país, los cuales ameritan la mutación en la reglamentación con el fin de responder a las nuevas necesidades. Frente a la variación de las circunstancias, es apenas lógico que no es posible mantener inmodificable la regulación legal existente, ni menos aún pretender la aplicación retroactiva de las disposiciones, pues ello iría en contra de prerrogativas de orden constitucional dentro de las que se encuentra la seguridad jurídica.

En cuanto a la alegada vulneración del principio de igualdad y desconocimiento del precedente contenido en decisiones adoptados por otros Tribunales Administrativos del país, la Sala discrepa de su postura, toda vez que, los mismos no resultan vinculantes, en la medida en que las únicas decisiones con este carácter son las proferidas con criterio de unificación por los órganos de cierre de la jurisdicción y la Corte Constitucional; así como los horizontales que provengan de la misma Corporación o del mismo funcionario que tengan determinadas características: sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso. Al respecto, debe aclarar la Sala que como lo ha determinado la Corte Constitucional²⁶, *“para la mayoría de asuntos, el precedente vertical que deben seguir los funcionarios judiciales lo determina la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, como órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción. En los casos en los que no son*

²⁶ Entre otras, en sentencia T – 360 de 2014.





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

susceptibles de ser revisados por las autoridades mencionadas, son los tribunales los encargados de establecer criterios hermenéuticos para los operadores judiciales inferiores", por lo tanto, al no existir una sentencia unificada del Consejo de Estado sobre el tema del reajuste de la prima de actividad y no existir un criterio pacífico entre los diferentes Tribunales Administrativos, no puede concluirse que existe un precedente obligatorio al que la A quo tuviera que acoger al resolver el caso objeto de estudio.

Conforme las anotaciones precedentes, esta Sala considera que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas en primera instancia, considera el Tribunal que la misma se encuentra ajustada a derecho, en la medida que, al resultar la parte demandante vencida en la primera instancia, por haberle sido adversa la sentencia, es procedente la imposición de dicha condena siguiendo el criterio objetivo adoptado por el CPACA, según el cual no es necesario para imponer tal condena, entrar a examinar la conducta procesal de la parte vencida, es decir, si actuó de buena o mala fe, con o sin temeridad, o si tiene o no los recursos para asumir su pago.

5.2 Costas en Segunda Instancia

El artículo 188 CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.– señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, **o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación**. En ese sentido, habiendo sido resuelto de manera desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada de manera concentrada por la juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas





Radicado: 13001-33-40-014-2016-00250-01

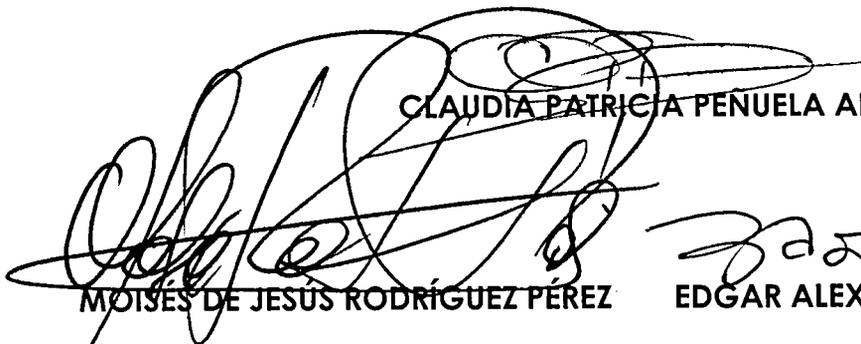
de manera concentrada por la Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones e incluirán el valor de las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

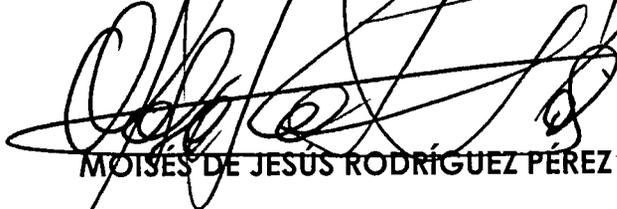
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

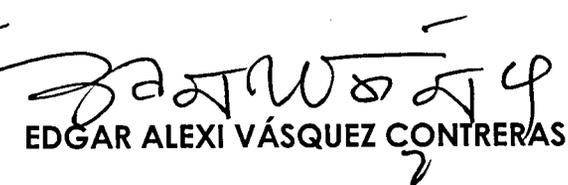
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

| | |
|--------------------|--|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13001-33-40-014-2016-00472-01 |
| Demandante | GUIDO RAFAEL CASTILLO CANO |
| Demandado | CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL |
| Tema | PRIMA DE ACTIVIDAD - SUBOFICIAL |
| Magistrado Ponente | CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE |

