

Cartagena de Indias D. T. y C, quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

|                    |                                        |
|--------------------|----------------------------------------|
| Medio de control   | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Radicado           | 13-001-33-33-006-2015-00013-01         |
| Demandante         | Carlos Arturo Vidal Galindo            |
| Demandado          | CREMIL                                 |
| Magistrado Ponente | Edgar Alexi Vásquez Contreras          |
| Tema               | Prima de actividad                     |

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 22 de enero de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda

#### a. Pretensiones

El señor Carlos Arturo Vidal Galindo presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra CREMIL, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

**"PRIMERA:** Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio consecutivo N° 2014-60533 del 13 de agosto de 2014, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante el cual se negó al actor la reliquidación de la "PRIMA DE ACTIVIDAD, conforme lo ordenado en el Art. 4° del Decreto 2863 de 2007, y los Decretos 673/09, 737/09, 1530/10 y 1050/11 art. 30, aplicando el principio de oscilación conforme el artículo 34 de la Ley 2 de 1945 y conservando en su espíritu de la ley en el art. 42 del Decreto 4433 de 2004, por el cual debió reconocerse el porcentaje que ganó durante el último año de servicio activo, que para mi poderdante fue el 33%, y al momento de la liquidación donde se reconoce la asignación (retiro o pensión), se le disminuyó al 25% violando preceptos constitucionales, leyes de la república y jurisprudencia reiterativa contenidas en las sentencias de unificación sobre factores salariales, del Honorable Consejo de Estado y la Honorable Corte Constitucional.



Hay que tener en cuenta la superior jerarquía del decreto 1211 de 1990, para posteriormente llegar al 49.5%, en aplicación del decreto 2863 de 2007 la Caja de Retiro hizo una mala interpretación de la ley, al aplicarla en forma parcial.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la anterior declaración a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ORDENE a la entidad demandada; RELIQUIDAR Y PAGAR LA PRIMA DE ACTIVIDAD del 37.57% al 49.5% del sueldo básico en la asignación de retiro que es titular el actor, a partir del 1° de julio de 2007, de conformidad a lo dispuesto en los Artículos 2° y 4° del Decreto 2863/07; los Decretos 673/09 Art. 31; 737/08 Art. 31 (sic); 737/09 art. 30; 1530/10 art. 30 y 1050/11 art. 30. Aplicando el principio de oscilación.

**TERCERA:** PAGAR la diferencia que resulte entre lo pagado y lo que ha debido pagar por concepto de no reliquidar la prima de actividad con el 49.5% en la asignación de retiro, a partir del 1° de julio de 2007, conforma los Decretos 2863/07, 673/08, 737/09, 1530/10 y 1050/11 hasta la inclusión en nómina.

**CUARTA:** CONDENAR a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación al índice de Precios al Consumidor certificados por el (DAÑE) con fundamento en el artículo 192 y 195 del CP ACA y desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo el pago.

**QUINTA:** ORDENAR a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 192 y 195 del CP ACA desde que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo el pago. (...)"

## b. Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda el actor afirmó, en resumen, lo siguiente:

Mediante Resolución No. 2357 de 13 de agosto de 1999, se le reconoció asignación de retiro, a partir del 6 de septiembre de 1999, fecha anterior a la expedición del Decreto 2863 de 2007, liquidándosele la prima de actividad como partida de la asignación de retiro, con el 25% del sueldo básico.

El artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, dispuso un incremento del 50% a partir del 1° de julio de 2007, del 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.

Así mismo, señala que el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, establece que 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 en el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007.

El Gobierno Nacional en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, dictó el Decreto 673 de 2008, el cual dispuso en su artículo 31 que la prima de actividad, sería del 49.5%. Que de igual forma, el anterior porcentaje se consagró en los Decretos 737 del 6 de marzo de 2009; 1530 del 3 de mayo de 2010 y, el 1050 del 4 de abril de 2011.

A partir del 1º de julio de 2007, se le liquidó la prima de actividad con el 37,5% del sueldo básico, en vez del 49.5%.

### **c. Normas violadas y concepto de violación**

Considera vulneradas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90 y 229.
- Ley 2ª de 1945.
- Decreto 1211 de 1990: artículo 169.
- Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario No. 4433 de 2004, artículos 13, 42 y 45.
- Ley 4ª de 1992, artículos 2, 10 y 13.
- Ley 1437 de 2011: artículos 137, 138, 155, 162, 163, 166, 192, 195.
- Decretos 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011.

Como concepto de la violación sostuvo que el acto administrativo acusado es contrario a los fines esenciales del Estado, los cuales fueron establecidos para proteger a todas las personas residentes en Colombia, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales.

Sostuvo que el trabajo es un derecho y una obligación social que debe gozar de especial protección. Alegó vulneración del derecho a la seguridad social, servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado, el cual debe prestarse con sujeción a los principios de eficacia, universalidad en los términos que establece la ley.

La entidad accionada le reconoció asignación de retiro, computándole la prima de actividad para efectos de asignación de retiro conforme el Decreto 1211 de 1990 con el 25% y a partir de la vigencia del Decreto 2863 de 2007 se le aumentó en un 37.5%, situación que vulneró los principios propios de la interpretación de la ley, puesto que el Decreto 2863 de 2007 ordena en su artículo 4º el ajuste en la prima de actividad de Oficiales y Suboficiales de la fuerza pública con asignación de



retiro o pensión, devengadas con anterioridad del 1º de julio de 2007 en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del mentado Decreto, y al activo se le reajustó la prima de actividad en un 49.5%.

Así mismo, señala que existe violación de la Ley 4ª de 1992 y su Decreto reglamentario No. 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011 al no hacerse el reajuste correspondiente a la prima de actividad.

El acto acusado también violó la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, el cual consagró bajo el principio de oscilación, que las asignaciones de retiro y pensiones contempladas en dicho Decreto se incrementaran en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad en cada grado y; por lo tanto, conforme los numerales 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, la prima de actividad aumentó del 33% al 49.5% para Oficiales y Suboficiales en actividad, y por expresa aplicación del principio de oscilación para los retirados con asignación de retiro o pensión obtenida antes del 1º de julio de 2007, por lo que a su juicio la accionada está dando una errónea interpretación a la norma.

### 3.2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con los siguientes argumentos:

En su condición de establecimiento público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, es el encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

La Constitución Política de 1886 establece los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, los cuales hacen parte de un régimen especial, diferente del régimen general de los demás trabajadores, contenido en el artículo 217 inciso 3 Constitucional. .

En desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como son, entre otros, los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984, 095 de 1989, 1211 de 1990, y actualmente el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

El Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989 estableció una modificación en la partida de prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, y señaló que a los oficiales y suboficiales de



las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo 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%)

Para el cómputo prima de actividad, se estableció que 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 (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 (33%)".

Después del Decreto Ley 95 de 1989, se han expedido los Decreto Leyes 1211 de 1990, 2070 de 2003, 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, en los cuales no entraron a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

El actor solicitó el reajuste de la prima de actividad dentro de su asignación de retiro, pretendiendo que se le modifique el porcentaje de la prima de actividad; pretensión que fue negada porque su prestación quedó consolidada bajo el Decreto 3071 de 1968 y Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, constituyéndose en un derecho adquirido, no siendo aplicables modificaciones en aplicación a normas posteriores, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario.

Al demandante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 25% por concepto de prima de actividad, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado al 37.5%, porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado.

Para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de prima de actividad, tomando como punto de referencia



lo devengado por los militares en actividad, en los porcentajes plenamente establecidos por la norma.

Sobre este punto en particular, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 - *Por medio de la cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones* - en su artículo 2° previó un incremento en el porcentaje de la prima de actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de lo devengado por todo concepto, a partir del 1° de julio de 2007, para garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio.

La norma comentada equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros - *tanto activos como retirados del servicio en el equivalente a un 50% de lo devengado* - pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación - *como equivocadamente asume el demandante* - pues la norma mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma referida.

Así las cosas, es claro que el Decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad - *sin efectuar modificación alguna de los porcentajes que disponen el monto base para su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento* -, por cuanto este no es el sentido de la norma.

En este orden de ideas, si se compara el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta el demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues correspondía realizar un incremento del 25% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 37.50%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del accionante.

Lo anterior porque el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual, lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado en del activo correspondiente.

La prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aumentar en un 50% lo devengado por concepto de la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por el demandante, por tener reconocida la prima de actividad en un 25%, se le debió incrementar en un 12.5 % para un total de 37.5%.



#### **IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 22 de enero de 2016, denegó las pretensiones de la demanda y lo condenó en costas.

Para sustentar su decisión señaló que el Decreto 1211 de 1990, reiteró los porcentajes establecidos para la liquidación de la prima de actividad para las asignaciones de retiro establecida en el Decreto 095 de 1989.

En el año 2003 se expidió el Decreto 2070, por medio del cual se reformó el régimen pensional de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-432 de 2004, por lo las normas anteriores a la expedición de este Decreto, relativas al régimen de asignación de retiro, recuperaron su vigencia.

Finalmente, en desarrollo de la Ley 923 de 2004, se expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Este Decreto señala de manera taxativa en su artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro, incluyendo la prima de actividad, sin embargo, nada dice respecto al cómputo total porcentual de dicha prima, como tampoco se encuentra dentro del articulado del Decreto, disposición alguna con este alcance.

Lo anterior permite concluir que para efectos del cómputo de la prima de actividad reconocida por el Decreto 4433 de 2004, debe acudirse a los porcentajes establecidos en los decretos anteriores, normas que se mantienen vigentes, puesto que no son contrarios al artículo 13 ibídem.

Transcribió los artículos 2 y 4 del Decreto 2683 de 2007, y explicó que, el primer dispuso incrementar en un 50% el porcentaje de la prima de actividad para el personal activo como factor salarial y cuantificación de las prestaciones sociales distintas a las asignaciones de retiro, a partir del 1° de julio de 2007; en el segundo, se ordenó el ajuste de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales, como los miembros de la Policía, en ese mismo porcentaje, a quienes se le haya reconocido antes de dicha fecha, respetando el principio de oscilación, pero no se dispuso contabilizar el 100% del porcentaje devengado por concepto de prima de actividad cuando estaba en servicio activo, para liquidarse en la misma proporción en la asignación de retiro.

Sobre la fecha de retiro del servicio para determinar la normatividad aplicable para el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro señaló que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido pacífica, al establecer que se rige por la norma vigente al tiempo en que ocurre el retiro, por lo tanto no es procedente la revisión o reajuste de una pensión o asignación de retiro con base en una norma posterior a aquella que sirvió de base para su reconocimiento.



La sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2.005, declaró exequible el artículo 6º de la Ley 923 de 2004 frente al cargo de violación del derecho a la igualdad propuesto bajo el argumento de que la nueva regulación excluía su aplicación al personal que hubiera consolidado derechos en vigencia de regímenes anteriores, señalando que no se vulnera el derecho a la igualdad por falta de aplicación del Decreto 4433 de 2004 a situaciones consolidadas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, porque se trata de situaciones resueltas conforme al régimen pensional vigente a la fecha en el que se adquirió el status de retirado.

Teniendo en cuenta que el actor hasta el 30 de junio de 2007 tenía reconocida la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 25% y a partir del 1 de julio de 2007 fue incrementada al 37.5%, es decir, en los términos establecidos en el referido estatuto, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es el 12.5% que sumado al 25% completa un 37.5%, tal y como viene recibiendo el actor de acuerdo a certificado visible a folio 11.

#### V. RECURSO DE APELACIÓN. (fs. 107-123)

La parte actora apeló la sentencia de primera instancia, señalando que fue retirado del servicio activo en el año de 1993, cuando estaba vigente el Decreto 1211 y devengaba por concepto de prima de actividad un valor equivalente al 33% de la asignación básica, porcentaje este que junto con otras partidas computables, conformaban su sueldo de actividad.

Sin embargo, en la Resolución de su asignación de retiro, la entidad demandada desmejoro y bajó sustancialmente dicho porcentaje desconociendo para tales efectos el artículo 34 de la Ley 2 de 1945 que establece que *"el reconocimiento de las asignaciones no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos."*

El artículo 34 señalado anteriormente involucra dos aspectos de gran relevancia como son: asignación de retiro y sueldo de actividad, que según la referida disposición, este último concepto es el que justamente determina el componente o la equivalencia de lo que se denomina como asignación de retiro.

Señaló que para cada uno de los grados existe una asignación básica que fija el gobierno nacional de forma anual, lo cual en principio establece para cada grado un monto fijo, y a partir de este referente se empiezan a establecer los montos líquidos que para cada individuo corresponde, lo que se denomina como partidas computables, unas que son temporales, y otras que son permanentes, las cuales deben verse reflejadas en la asignación de retiro como lo son: prima





de actividad, subsidio familiar, prima de antigüedad, prima de vuelo (eventualmente) y prima de estado mayor (eventualmente).

La prima de actividad equivalente al 33%, fue disminuida en la resolución de asignación de retiro, siendo que esta es una de las piezas que conforma el sueldo de actividad, desconociendo para tales efectos el artículo 34 de la Ley 2 de 1945.

Atendiendo al tiempo que estuvo en servicio activo en la Armada Nacional, le fue reconocido un 25% del sueldo de actividad correspondiente para su grado en todo tiempo, incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables, aplicando el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, el cual aun estando vigente, por vía de excepción de inconstitucionalidad es inaplicable por transgredir el ordenamiento jurídico que sobre la materia no permite desmejorar las condiciones legítimamente adquiridas o peor aún, limitar derechos que de ninguna forma autorizó el legislador.

También transgrede el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, que establece que las asignaciones de retiro y las pensiones se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado.

El principio de oscilación no solo se refiere a los aumentos salariales del miembro activo de las fuerzas militares que repercute en las asignaciones de retiro, sino a cualquier variación en actividad debe tener efectos en las asignaciones de retiro por armonía jurídica.

Sostuvo que en el evento de no contemplarse la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad propuesta, se debe revocar la sentencia de primera instancia pues la misma hubo una indebida interpretación y aplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

En efecto, la anterior norma se inspira en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto al desarrollo del principio de oscilación indicando desde el punto de vista prestacional, que en todo tiempo, lo que incida en el personal activo, repercutirá en el retirado.

El Juez desconoció el precedente Horizontal, respecto a casos similares como decididos por Jueces y Magistrados Administrativos del país, donde se ordena reconocer al demandante el incremento de la prima de actividad, como factor salarial, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1211.

Por último, refutó la condena en costas y señaló que las mismas fueron impuestas por arbitrio del Juez, pues no advirtió siquiera cuales fueron sus razones, más allá de que fue la parte vencida.

La Corte Constitucional en Sentencia C-043/14, señaló que el legislador no concedió al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo



procede o no la condena en costas, sino que otorgó una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal.

## VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 12 de abril de 2016 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (fl 3 del cuaderno N° 2), y en providencia de 14 de septiembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl 6 del cuaderno N° 2).

**La parte demandante** reiteró en lo sustancial los argumentos que expuestos en la demanda.

**La parte demandada** no alegó de conclusión.

**El Ministerio Público** no rindió concepto.

## VII. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

## VIII. CONSIDERACIONES

### 8.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

### 8.2 Problema Jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si el demandante tiene derecho a que CREMIL le reliquide su asignación de retiro, con base en el aumentando su prima de actividad, según lo contenido en el Decreto 2368 de 2007.



Además, se deberá establecer si es procedente la condena en costas impuesta en la primera instancia a cada uno de los demandantes, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., y normas concordantes del C. G. P., o si, por el contrario, debe revocarse. Para tal efecto, deberá establecer si la condena en costas debe imponerse con un criterio objetivo o subjetivo.

### 8.3 Tesis de la Sala.

El demandante no tiene derecho a que se reliquide su asignación de retiro, porque su prima de actividad le fue incluida en el ingreso base de liquidación según el porcentaje establecido en el Decreto 2368 de 2007.

De conformidad con los criterios expuestos en la jurisprudencia del Consejo de Estado que se citan a continuación, cada vez que una parte resulte vencida en el proceso, procede su condena en costas, atendiendo criterios de carácter objetivo - cuantitativo.

### 8.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

#### 8.4.1 Prima de actividad.

La prima de actividad de que trata este proceso, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El Decreto 1211 de 1990, *Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*, en su artículo 159 dispuso:

**"ARTÍCULO 159. 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 computar de la siguiente forma:

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

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

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

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

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



Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, preceptúa:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

**13.1.2 Prima de actividad.**

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

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

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

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

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

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran 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."

De lo anterior se colige que el Decreto 4433 de 2004 contempla porcentajes mayores referentes a la prima de actividad que debe computarse en la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en comparación con el Decreto 1211 de 1990.

Por otro lado, el artículo 42 del citado Decreto consagra el llamado principio de oscilación, según el cual, las asignaciones de retiro contempladas en él, se incrementarían en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones para los miembros que se encuentran en actividad.

"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.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."

Por otro lado, el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 que fijó 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, dispone lo siguiente:

"Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:



*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 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%)."* (Negritas de la Sala)

*"Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. (Negritas de la Sala)*

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

Haciendo una interpretación armónica de los artículos en cita, se concluye que, en virtud del principio de oscilación, el aumento dispuesto en el porcentaje de la prima de actividad del personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares, también se les aplica al personal retirado que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1° de julio de 2007, que ya vinieran disfrutando de asignación de retiro.

#### **8.4.2 Sobre la pretensión de aplicar al caso los principios constitucionales invocados por el apelante.**

- El apelante pretende que se aplique al caso el artículo 53 de la Constitución Política, que establece el principio según el cual, la aplicación e interpretación de la norma más favorable a la situación de los trabajadores, en los eventos en que haya duda sobre la fuente formal del derecho que le atañe, conocido como principio de favorabilidad; el cual expresa un elemento esencial del ordenamiento constitucional colombiano, que sirve, por un lado, como criterio de interpretación del resto de disposiciones del ordenamiento jurídico y, por otro, tiene fuerza normativa aplicable para la resolución de casos concretos.

Dada su fuerza normativa vinculante y supremacía que tienen las disposiciones jurídicas consagradas en la Constitución, es que todos los operadores judiciales deben hacerla primar sobre el resto del ordenamiento jurídico, siempre que exista contrariedad entre una norma de carácter legal y una constitucional. Ello quiere decir que, si en un conflicto en el que se encuentre involucrado un trabajador, existen dos normas enfrentadas en su aplicación o por interpretación en el alcance de sus contenidos y una de ellas contiene una situación más favorable



al trabajador, por aplicación de la Constitución Nacional de forma directa, debe dársele prelación a la última, en el entendido de que se trata de un precepto que tiene valor normativo superior a los otros.

En el presente caso no procede invocar ni aplicar el principio de favorabilidad porque, como quedó establecido, no existe duda acerca de la norma aplicable al caso ni acerca de la interpretación que debe dársele.

- Considera el apelante que en el sub-lite la Sala debe aplicar el criterio adoptado por varios Juzgados y Tribunales Administrativos del país en torno a la forma en que se deben interpretar las disposiciones que regulan la forma en que prima de actividad incide en la liquidación de la prima de actividad, favorables a sus pretensiones.

La Sala estima que, contrario a lo dicho por el apelante, las providencias adoptadas en primera instancia por los jueces administrativos, no constituyen, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, precedentes horizontales, pues solo tienen esa condición los pronunciamientos del propio Tribunal o de los demás Tribunales Administrativos del país.

Adicionalmente, el criterio adoptado para decidir este proceso ha sido avalado por el Consejo de Estado mediante sentencia de tutela proferida por la Sección Quinta el 2 de junio de 2016, dentro del radicado 11001-03-15-000-2016-00302-01, en los siguientes términos:

"...la parte demandante considera que el porcentaje que debe aplicarse para efectos de liquidar la prima de actividad como partida computable dentro de su asignación mensual de retiro corresponde al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de su sueldo básico, de conformidad con el inciso primero de las referidas normas, porque a su juicio el artículo 152 del Decreto 89 de 1984, norma con la cual le fue reconocida la prestación periódica en comento, fue "expulsada del ordenamiento jurídico" y eliminada finalmente por el Gobierno Nacional a través del Decreto 4433 de 2004.

No obstante, la Sala observa que al actor le fue reconocida dicha prestación periódica a través de la Resolución 1192 de septiembre veinte (20) de mil novecientos ochenta y cinco (1985)<sup>[23]</sup>, de conformidad con el Decreto 89 de 1984 "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"<sup>[24]</sup>, norma que en el literal b de su artículo 151 dispuso la inclusión de la prima de actividad como partida computable, pero en los porcentajes previstos en dicho estatuto.

El mencionado decreto en su artículo 152 estableció que para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares debía computarse de acuerdo al tiempo de servicios prestados a la institución<sup>[25]</sup>.

De lo expuesto, se advierte que el porcentaje de la prima de actividad como factor computable en la asignación de retiro se encuentra atado al tiempo de servicio y al principio de oscilación como criterio para el incremento anual de tal prestación periódica de conformidad con las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad, de manera que debe



respetarse la legalidad de las normas que rigieron la situación particular del accionante al momento de su retiro del servicio<sup>(24)</sup>.

Al respecto, la Sala encuentra que el juez Octavo (8º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia de enero treinta y uno (31) de dos mil catorce (2014), negó las pretensiones de la demanda ordinaria, al considerar que "(...) el aumento debe efectuarse 'en un 50%', de manera que como el actor venía percibiendo el 20% de prima de actividad, la demandada incrementó el 10% según la orden de los decretos referidos, lo que deviene en el 30% total que viene pagando la Caja accionada por dicha prima".

A su vez, se observa que el tribunal demandado, a través de sentencia de octubre nueve (9) de dos mil quince (2015), confirmó la decisión anterior, al tener en cuenta que la norma aplicable para la fecha de retiro del servicio del actor, es el Decreto 89 de 1984, por lo que el porcentaje que le correspondía para efectos del cómputo de la prima de actividad era el de veinte por ciento (20%), por haber prestado quince (15) años de servicio pero menos de veinte (20).

Asimismo, se resalta que esta autoridad demandada sostuvo que con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007<sup>(22)</sup>, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aumentó el porcentaje de la prima de actividad que venía reconociendo al actor, en un cincuenta por ciento (50%), esto es, pasó del veinte por ciento (20%) al treinta por ciento (30%).

Precisa la Sala que el tribunal demandado indicó que frente a la aplicación del Decreto 2863 de 2007 y los que fueron expedidos con posterioridad, reprodujeron su texto en lo relacionado a la prima de actividad.

La citada demandada sostuvo que "(...) lo que se mantuvo igual entre activos y retirados, en virtud del principio de oscilación, fue el porcentaje del aumento, esto es, el cincuenta por ciento (50%), pero la referida norma no dijo que para ello se debía equiparar la prima de actividad del retirado (que en el caso de autos es solo de 20%) a la del activo (que es del 33%), para hacerles el mismo aumento del cincuenta por ciento (50%). **Así, el aumento del cincuenta por ciento (50%) se hace sobre lo que venía devengando el retirado, y no sobre lo que devenguen los activos de su mismo grado**"<sup>(28)</sup>.

Por lo anterior, tampoco se advierte algún desconocimiento del principio de oscilación, pues tal como lo expuso la precitada autoridad demandada "(...) el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consiste en que las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad, se hagan también en las asignaciones y pensiones ya reconocidas, pero no genera la obligación de liquidar la asignación de retiro con el total de los emolumentos devengados y con los mismos porcentajes percibidos por el personal en actividad (...)"

La Sala concluye que las razones esgrimidas por la parte demandante se limitan a exponer su desacuerdo frente a las decisiones judiciales que proferieron las autoridades demandadas, las cuales le fueron adversos porque le negaron la nulidad del acto administrativo ficto que no le reajustó la prima de actividad en el porcentaje por él reclamado.

**No obstante, la parte actora no logró demostrar que los argumentos esgrimidos por las autoridades judiciales demandadas fueran arbitrarios, caprichosos o se aparten del ordenamiento jurídico, pues, en desarrollo de su actividad judicial, no desconocieron el principio de oscilación ni se apartaron de las normas sustantivas aplicables al sub exámine, en tanto, concluyeron que el porcentaje**





para efectos de liquidar la prima de actividad como factor computable en la asignación mensual de retiro se determina respecto de lo que venía devengando el retirado, mas no sobre lo que devenguen los miembros en servicio activo que ostenten su mismo grado.

En consecuencia, es claro que en el presente caso no se configuró el defecto sustantivo alegado por la parte actora, por lo que la Sala confirmará la sentencia de tutela de primera instancia impugnada, que negó la solicitud de amparo, por no existir la afectación de los derechos fundamentales del demandante.

La Sala acoge y prohíja los criterios expuestos y los aplicará al caso en estudio.

- Otro punto de inconformidad del recurrente radica en la falta de aplicación del **principio de oscilación** en su asignación mensual de retiro, el cual se encuentra regulado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, cuyo texto es el siguiente:

*"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.*

*El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley".*

La finalidad del principio de oscilación es la protección del poder adquisitivo constante de las pensiones y de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía Nacional, y de acuerdo con el mismo el incremento del porcentaje de la asignación de los miembros activos, debe extenderse al personal que se encuentre retirado del servicio.

Sin embargo, el accionante no cumplió con la carga procesal de demostrar que su asignación de retiro hubiere sido liquidada por debajo de los incrementos realizados al personal activo a través de los Decretos que expide anualmente el Gobierno Nacional.

Por esa razón, tampoco encuentra la Sala violación alguna al derecho a la igualdad del demandante, quien no demostró que su derecho se haya desmejorado en relación con otro agente activo o retirado del servicio, que permitiera a la Corporación realizar el juicio de igualdad a la que alude la jurisprudencia Constitucional como condición para declarar la nulidad del acto administrativo atacado.

No sobra agregar que la Sala reconoce explícitamente el principio de oscilación y lo aplica al caso, pero atendiendo la circunstancia de que la base a la cual se aplica es el porcentaje sobre la asignación que percibía el demandante a la entrada en vigencia del Decreto 2863/07 y no sobre la asignación que venía percibiendo el personal activo.



- Por todas las razones anotadas no puede admitirse que el demandante haya sido asaltado en su buena fe, y tampoco que se haya violado su derecho a la igualdad, puesto que no se encuentra en la misma la situación de hecho el personal activo y el retirado con asignación, presupuesto indispensable para la aplicación de dicho principio al presente caso.

#### 8.4.3. Marco normativo y jurisprudencia sobre condena en costas en vigencia del C.P.A.C.A., y el C. G. P.

La doctrina define el concepto de **costas procesales** como los gastos que se deben sufragar en el proceso, e incluye **1) las expensas** que son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc., y **2) las agencias en derecho** que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez puede reconocer a favor de la parte vencedora.

El Código General del Proceso, siguiendo esa conceptualización estableció en el artículo 361 lo siguiente:

**"Artículo 361. Composición.** Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho".

En cuanto a las costas procesales el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A., establece:

**"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."

Del artículo mencionado se infiere, en primer lugar, que en los procesos en que no se ventile un interés público no se dispondrá sobre la condena en costas y establece que en los demás casos, en la sentencia el juez "**dispondrá sobre la condena en costas**", esto es, se pronunciará sobre la materia indicando si procede o no dicha condena.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P. establece:

**"Artículo 365. Condena en costas.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

**5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.**

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

**8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.**

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

En la jurisdicción contencioso administrativa se han adoptado históricamente varios criterios relacionados con la condena en costas a la parte vencida que van desde la prohibición de dicha condena, a la autorización de la misma atendiendo la conducta procesal de la parte vencida (criterio subjetivo), hasta llegar a la adopción de un criterio objetivo.

Este Tribunal ha venido acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia que, recientemente, en sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra, explicó la evolución normativa de la condena en costas y adoptó criterios para su aplicación, que se transcriben en extenso:

**"De la condena en costas"**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso <sup>8</sup> y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.



Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP,<sup>9</sup> y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado<sup>10</sup> los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.° de la ley 1123 de 2007.<sup>11</sup>

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.<sup>12</sup>

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe).

Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes: a- El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.<sup>13</sup>

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.<sup>14</sup>

b- De la lectura del artículo 365 en comentario, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

c- En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo. Veamos los detalles:

a. Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales.<sup>15</sup>

Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2° del numeral 1° del artículo 392 del CPC,<sup>16</sup> modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.<sup>18</sup>

b. Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo. La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes.<sup>19</sup> Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio.

Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999,<sup>20</sup> en la cual se precisó lo siguiente: 16



" [...] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. [...]"

Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión "[...] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá [...]" del artículo 171, modificado por la L. 446 de 1998.

En esta sentencia la Corte Constitucional retomó el recuento histórico hecho por el Consejo de Estado en la decisión citada anteriormente e hizo lo propio con las decisiones adoptadas por ella misma sobre los criterios objetivos y subjetivos de imposición de condena en costas, tanto en el CPC como en el CCA.<sup>21</sup>

Finalmente, en la sentencia de constitucionalidad se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que "[...] No cabe duda ahora de que él permite la condena en costas a las entidades públicas vencidas, tanto en lo concerniente a las expensas judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre).

[...] " Y que "[...] 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 [...]" Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional,

"[...] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad [...]" tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia.<sup>22</sup>

c. La condena en costas con criterio objetivo. El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico "dispondrá" que consagra el artículo 188 ibídem, el cual puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

En efecto, desaparece de la actual regulación la obligación de tener "[...] en cuenta la conducta asumida por las partes [...]". Es decir, en este caso el legislador introduce una modificación en la redacción que no puede pasar desapercibida para el intérprete, dada la misma evolución normativa y jurisprudencial ya reseñada.



d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

"[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]" (negritas fuera de texto).

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto,<sup>23</sup> para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión (...).

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCAA a uno "objetivo valorativo" -CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>27</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Este Tribunal acoge y prohíja los criterios expuestos en la sentencia transcrita, los cuales, en la medida que adoptan un criterio objetivo para decidir la condena en costas procesales, desvirtúan los argumentos de la parte demandada, orientados a demostrar que su imposición depende de que haya obrado de mala fe o con temeridad.



### 8.5. De lo probado dentro del proceso.

Dentro del proceso quedó demostrado que:

- Mediante Resolución 2357 de 1999, CREMIL le reconoció la asignación de retiro al demandante, por haber laborado 24 años, 05 meses y 20 días, y le reconoció una prima de actividad, correspondiente al 25% de su asignación básica y a partir del 1º de julio de 2007 su prima de actividad fue incrementada al 37.5% (fs. 6 - 8 y 10).
- El 23 de julio de 2014, el demandante solicitó el reajuste de su prima de actividad, la cual fue negada por la entidad demandada mediante oficio No. CREMIL No. 77668 consecutivo 2014-60533 del 13 de agosto de 2014 (F. 2-3).

### 8.6. Conclusiones.

De acuerdo con lo probado en el proceso, antes de entrar en vigencia el Decreto 2863 de 2007 el actor tenía reconocida una prima de actividad en un 25% de la asignación básica, y a partir del 1º de julio de 2007 le fue aumentada a un 37.5%, tal y como lo dispone el Decreto señalado, el cual ordenó incrementar en un 50% la prima de actividad que venía devengando. Por ello, se desestimarán los cuestionamientos formulados por el apelante a la sentencia de primera instancia.

Adicionalmente, es claro en el presente caso que la condena en costas debe ser impuesta en apoyo con criterios objetivo – valorativo, con fundamento en las disposiciones pertinentes del CPACA el CGP y la jurisprudencia vinculante del Consejo de Estado, por ello se modificará.

### 8.7. Condena en costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar 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 forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General



del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante<sup>1</sup>.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

### IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA

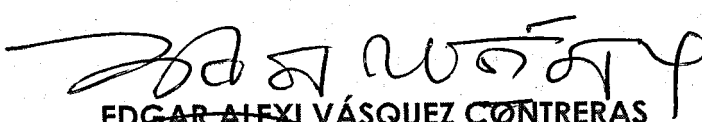
**PRIMERO:** Confirmar la sentencia proferida el 22 de enero de 2016, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

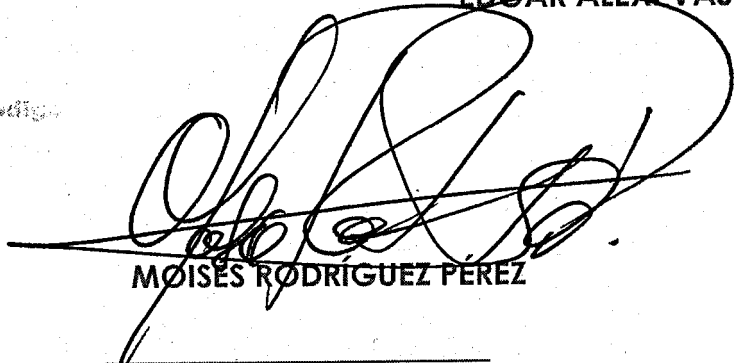
**SEGUNDO:** Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada; liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**CUARTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE  
LOS MAGISTRADOS,**

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

<sup>1</sup> Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.