JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA –
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Sentencia Nº. 82

Audiencia Inicial - Artículo 180 C.P.A.C.A.
ACTA No.81 de 2018

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-**2016-00166**-00
Demandante: LUIS IGNACIO JIMÉNEZ JAIMES
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema: Prima de Actividad
Sala: 36

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018) siendo las ocho y treinta (08:30) am, la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **Luis Ignacio Jiménez Jaimes** contra la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, actuación con radicado 110013335-017-**2016-00166**-00.

Se precisa que de la presente audiencia quedará una videograbación que será incorporada en el expediente, acompañada de la respectiva acta que recoge lo acontecido en esta diligencia.

I. PRELIMINARES

PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

Apoderado del demandante: DAVID CAICEDO PADILLA con cédula de ciudadanía No. 78.688.058 de Montería y Tarjeta Profesional No. 160.639 del C. S. de la J. autoriza correo electrónico para efectos de notificaciones: marapeti@gmail.com. Quien Solicita se tenga en cuenta poder de sustitución otorgado por el apoderado principal Dr. MANUEL RAMÓN PESTANA TIRADO que allega en 1 folio.

Apoderado de la demandada. ELKIN JAVIER LENIS PEÑUELA identificada con la cédula de ciudadanía No.17.343.533 de Villavicencio y Tarjeta Profesional No.196.207 del C. S. de la J., y quien autoriza notificaciones al correo electrónico que está en el poder. Quien Solicita se tenga en cuenta poder otorgado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la accionada CREMIL Dra. YULIETH ADRIANA ORTIZ SOLANO el cual allega en 11 folios.

Ministerio Público: ÁLVARO PINILLA GALVIS, Procurador 87 Judicial Administrativo. Se deja constancia que el señor Agente del Ministerio Público no asiste a esta diligencia.

RECONOCIMIETO DE PERSONERÍAS. (Minuto 00:02:50)

De conformidad con los memoriales presentados en esta diligencia, el Despacho le reconoce personería al abogado DAVID CAICEDO PADILLA, con cédula de ciudadanía No. 78688058 de Montería y Tarjeta Profesional No. 160.039 del C. S de la J. con ocasión de la sustitución de poder otorgado por el apoderado principal del accionante, Dr. MANUEL RAMÓN PESTANA TIRADO, en un folio.

Igualmente reconoce personería al abogado ELKIN JAVIER LENIS PEÑUELA identificada con la cédula de ciudadanía No.17343533 de Villavicencio y Tarjeta Profesional No.196.207 para que actúe en representación de la demandada CREMIL en los términos del poder otorgado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

La presente decisión se adopta mediante **auto de sustanciación No.596** y se notifica en estrados.

SANEAMIENTO

El despacho no observa irregularidades o vicios que deban sanearse en esta etapa; no obstante, se corre traslado a los sujetos procesales para que se manifiesten en torno a la existencia de vicio o nulidad en el proceso, de lo contrario se entenderán saneados.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.651.** y queda notificada en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

EXCEPCIONES

Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 175 del CPACA., la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL contestó la demanda y propuso la excepción que denominó: "*No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*", la cual, por guardar relación directa con el fondo del asunto en debate y hacer parte de los argumentos de la defensa, al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso decididos.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.652.** Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

FIJACIÓN DEL LITIGIO (Minuto 00:05:24)

La entidad demandada acepta como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento pensional la petición de reliquidación y la respuesta de la entidad sobre la petición presentada por el actor.

PRETENSIONES

1. Nulidad del Oficio no. 211 CREMIL 56230 consecutivo 2016-46868 de fecha 13 de julio de 2016, emanado de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por medio del cual se negó el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente Reliquidación y Reajuste de la Asignación de Retiro solicitadas por el señor Capitán de Fragata (r) LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES.
2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Asignación de Retiro del Señor capitán de Fragata (r) LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES, incrementando el porcentaje de la Prima de Actividad del 37,5 al 41,5% sobre su Asignación Básica, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.
3. Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES, a cancelar con retroactividad los valores adeudados en forma indexada a partir del 05 de julio de 2012, por prescripción cuatrienal, dando cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA.
4. Se condene en costas a la Entidad demandada por negar un derecho legítimo al demandante.

80

Normas Violadas y Concepto de Violación: (fls.23-27) El demandante refirió el desconocimiento del mandato constitucional en sus artículos 2, 6, 13, 53, 83, 87; y legales en los artículos 2, 4 del Decreto 2863 de 2007.

Estima que la entidad no protegió al accionante su derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de acuerdo a lo estipulado en el Decreto 2863 de 2007, aplicándolo de forma indebida concediendo un incremento del 12.5% y no del 16.5% como fue ordenado, dando un trato desigual y no justificado al demandante.

Así mismo afirma que la accionada viola el artículo 48 constitucional al negar el reajuste de la prima de actividad, no garantizando así el derecho irrenunciable a la seguridad social, y los beneficios mínimos establecidos en normas laborales vulnerando en consecuencia el principio de favorabilidad al dar aplicación a una interpretación más restrictiva y menos favorable.

Cita apartes del pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda del 23 de enero de 2014 en el que se afirma que "*En ese orden de ideas, el porcentaje de la prima de actividad previsto en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, fijado en el 33%, se debió incrementar en un 50 %, esto es el 16,5% hasta llegar a un total de 41,5%, incremento que debió realizarse al actor, por lo cual la partida de prima de actividad debió haberse aumentado de 25 % que era el porcentaje que estaba devengando, más un 16,5 % que fue incrementado a los activos, para un total de 41,5%*".

Concluye que la entidad ha transgredido el derecho al reajuste del 4% que le está adeudando al demandante, sobre la partida de prima de actividad en su asignación de retiro, toda vez, que solo le ha reconocido un 37,5%, desde la vigencia del decreto 2863 de 1º de Julio de 2007.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada manifestó que las pretensiones solicitadas no tienen vocación de prosperidad por cuanto las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho son reconocidas con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento, es decir, atendiendo las diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, no existiendo en consecuencia, en el acto demandado falsa motivación.

Sobre el caso concreto del señor LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES la accionada sostiene que le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No.0058 del 11 de enero de 2000, fecha en la que reunió los requisitos para acceder a dicha prestación, encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990, el cual dispone el reconocimiento de la prima de actividad en el artículo 159 que señala que cuando el oficial cumple con 20 a 25 años de servicio, su valor será equivalente al 25%.

Destacando que la Resolución 566 del 25 de noviembre de 1999 aprobó la Hoja de Servicios Militares No.353 de 1999 del señor Capitán de Fragata (r) LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES, en donde consta que fue retirado de la actividad militar por solicitud propia acreditando un tiempo total de servicio de 21 años 00 meses y 07 días, lo que lo hizo merecedor del porcentaje de prima de actividad del 25%, quedando previsto en esa cantidad dentro de la resolución de reconocimiento prestacional precitada, subrayando que ese valor era el tope máximo establecido por el legislador para el caso y para la época.

A través del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de Prima de Actividad, tomando como referencia lo devengado por militares en actividad, y en su artículo 20 previó un incremento equivalente al 50% de lo

devengado por todo concepto, a partir del 10 de julio de 2007, equiparando el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros, activos y retirados.

Finalmente, precisa que al cotejar lo dispuesto en 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 CREMIL, pues a la entidad le correspondía realizar un incremento del 12.5% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5%, tal como se le ha venido aplicando desde la entrada en vigencia de la norma en comento.

FIJACIÓN DEL LITIGIO (Minuto 00:07:51)

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante en su condición de Oficial (R) de la Armada Nacional, a quien se le reconoció asignación mensual de retiro antes del 1º de julio de 2007, tiene derecho a que la demandada CREMIL reajuste la prima de actividad como partida computable en su asignación de retiro en el mismo porcentaje en que se ajustó la del personal activo del mismo grado, en los términos de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.653** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

CONCILIACIÓN (Minuto 00:08:38)

Si bien la controversia aquí ventilada tiene que ver con **derechos ciertos e indiscutibles**, los efectos económicos de los actos impugnados pueden ser objeto de conciliación, por lo que se procede a indagar al Apoderado de la accionada, para que informe al Despacho si el comité de conciliación de dicha Entidad se reunió y si existe formula de conciliación en el caso referente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 180 del CPACA.

Parte Demandada: me permito allegar constancia secretarial de fecha 27 de julio de 2018 de reunión ordinaria del Comité de Conciliación en donde se decidió no conciliar con el fundamento de que la caja ha efectuado los ajustes conforme la normatividad vigente, la cual aporta en dos (2) folios.

El Despacho teniendo en cuenta lo señalado por la parte accionada declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación. Esta decisión se toma mediante **auto interlocutorio No.654** quedando notificados en estrados. Se corre traslado a los sujetos intervinientes. Sin objeciones.

MEDIDAS CAUTELARES (Minuto 00:12:45)

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

DECRETO DE PRUEBAS (Minuto 00:12:51)

Parte demandante:

En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la demanda, esto es:

1. Copia autentica de la cedula de ciudadanía del señor LUIS IGNACIO JIMÉNEZ JAIMES (Fl.2)
2. Copia autentica de la Resolución No. 0058 de fecha 11 de enero de 2000, proferida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante la cual se ordena el reconocimiento y pago

89

de la asignación de retiro del señor Capitán de Fragata (r) LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES (Fl.3-4).

3. Reclamación Administrativa presentada a CREMIL con consecutivo No. 20160056230 de fecha 5 de julio de 2016 (Fl.5-7).
4. Oficio No.211 CREMIL 56230 consecutivo 2016-46868 de fecha 13 de julio de 2016, suscrito por el jefe de Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante el cual niega el reajuste de la prima de actividad al actor (Fl.8).
5. Certificado de Última Unidad No.CERT11-40-MDSGDAGAG-12.12 del 13 de enero de 2011, en donde la Coordinadora del Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional precisa que el señor Capitán de Fragata (r) LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES, tuvo como último lugar de prestación de servicio la Dirección de Personal del Comando de la Armada Nacional guarnición Bogotá (Fl.9)
6. Certificación de los porcentajes de la prima de actividad expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante oficio No.613 CREMIL 56234 consecutivo 2016-45378 del 7 de julio de 2016, donde consta que el porcentaje reconocido a partir de julio de 2007 es el 37.5% (Fl.10).
7. Copia autentica de la hoja de servicios No.353/99 de fecha 09 de Noviembre de 1999 del señor Capitán de Fragata (r) LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES (Fl.11).
8. Sentencia del 23 de enero de 2014 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección D MP. Dra. Yolanda García Carvajalino en la radicación No.11001-33-35-024-2012-00142-01 demandante Hernando García Patiño y demandada CREMIL en la que se accede al reajuste de la prima de actividad en un 41.5% y se ordena la reliquidación de la asignación de retiro (Fl.12-17).
9. Decisión de apelación de auto interlocutorio de fecha 15 de abril de 2010 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección D MP. José María Armenta Fuentes, expediente No.2009-00042-01 actor Adelaida Herrera de Barbosa demandado CASUR en cuanto a la no exigencia de la conciliación pre judicial como requisito de procedibilidad (Fl.18-20).

Parte demandada

En la oportunidad procesal pertinente la accionada CREMIL a través de su apoderado judicial allegó copia del expediente administrativo en lo que se refiere a los antecedentes que dieron origen a la controversia aportando los siguientes documentos (Fl.58-77):

1. Copia autentica del cuadernillo 73095977 de reconocimiento de la asignación de retiro del señor Capitán de Fragata JIMENEZ JAIMES LUIS IGNACIO, en el que se incluye la Hoja de servicio No.353/99, Resolución No.0058 del 11 de enero de 2000 mediante la cual se reconoce la asignación de retiro al actor, la petición de reajuste de la prima de actividad y la respuesta de la entidad (Fls.58-66)
2. Copia autentica del cuadernillo 025885 de correspondencia del señor Capitán de Fragata JIMENEZ JAIMES LUIS IGNACIO (Fl.67-77)

A estas pruebas documentales se les dará el valor probatorio que les corresponda en la sentencia.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No.655** y se notifica en estrados conforme con el artículo 202 del CPACA. **SIN RECURSOS**

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (Minuto 00:17:50)

Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, se ordena dar traslado a las partes para que presenten sus **ALEGATOS CONCLUSIVOS** en un término máximo **de 20 minutos de conformidad con el inciso final y el numeral 3 del artículo 179 y 182 numeral 1º de la Ley 1437 de 2011.**

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 656** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del CPACA. **SIN RECURSOS.**

INTERVENCIONES

PARTE DEMANDANTE: Manifiesta que se ratifica en los hechos, pretensiones y argumentos señalados en la demanda y expone jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca al respecto (Minuto 00:19:09)

PARTE DEMANDADA: Manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y cita jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Minuto 00:24:57)

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente

SENTENCIA No.82

ASUNTO A RESOLVER:

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. 2015-00166 propuesto por el señor LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES contra CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL (Minuto 00:30:21).

TESIS DEL DEMANDANTE

Considera que el acto demandado viola disposiciones constitucionales y legales, principalmente la contenida en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, por falta de aplicación, cuando a partir del 1º de julio de 2007 reajustó la prima de actividad del 25% al 37.5%, cuando debió hacerlo en la misma proporción que la del militar en servicio activo correspondiente, es decir al 49.5% en atención al principio de oscilación con la finalidad de proteger el poder adquisitivo constante, conforme lo ha indicado la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.

TESIS DE LA DEMANDADA

La entidad accionada manifestó que las pretensiones solicitadas no tienen vocación de prosperidad por cuanto la prima de actividad se liquidó y reconoció al demandante conforme con las normas aplicables al retiro del servicio, con fundamento en el tiempo de servicio acreditado en su hoja de servicios. Indicó también que con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 el porcentaje de la prima de actividad fue incrementado del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Oficio No.211 consecutivo 2016-46868 CREMIL 56230 de fecha 13 de julio de 2016**, mediante el cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL niega la petición de reajuste de la asignación de retiro del accionante incrementando la prima de actividad al 41.5% de acuerdo al Decreto 2863 de 2007 afirmando que el aumento otorgado por esa norma le fue aplicado y viene siéndole cancelado desde el 1º de julio de 2007.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante en su condición de Oficial (R) de la Armada Nacional, a quien se le reconoció asignación mensual de retiro antes del 1º de julio de 2007, tiene derecho a que la demandada CREMIL reajuste la prima de actividad como partida

computable en su asignación de retiro en un 49,5% de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Prima de actividad

De tiempo atrás la prima de actividad se ha considerado como un derecho que tienen los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren en **servicio activo** y corresponde a un porcentaje del sueldo básico que depende del tiempo de servicios. Dicho porcentaje empezó incrementándose paulatinamente; y después se incluyó dentro de las partidas de liquidación de la asignación de retiro y de pensión.

Consagración de la prima de actividad para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

La prima de actividad para los suboficiales de las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) fue establecida en el artículo 84[1] del **Decreto 1211 de 1990**, que a pesar de haber sido derogado por el Decreto 2070 de 2003[2], retomó su vigencia en virtud de la declaratoria de inexequibilidad de este último Decreto realizada por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004.

En relación con el cómputo de esta partida en la asignación de retiro del personal en comento, el Decreto 1211 de 1990, prevé en los artículos 158, 159 y 160 lo siguiente:

> *"**ARTICULO 158**. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales **que sea retirado del servicio activo** bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:*
> *- Sueldo básico.*
> ***- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.***
> *- Prima de antigüedad.*
> *- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
> *- Duodécima parte de la prima de Navidad.*
> *- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
> *- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
> *- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.*
> *- Bonificación por compensación.*
> *PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensiónales y demás prestaciones sociales.*
>
> ***ARTICULO 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%).*

[1] *"**ARTÍCULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD**. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."*
[2] *"Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares"*

- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."

ARTÍCULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. 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 con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa: -
En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%). En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%). En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).
PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias."
(Subrayas y Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, con base en la **Ley 923 de 2004** "*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*", el Gobierno Nacional profirió el **Decreto 4433 del mismo año**, que estableció el régimen pensional y de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que en uno de sus apartes señaló las partidas computables (art. 13) y el principio de oscilación de la asignación de retiro y la pensión (art. 42), manteniendo en ella la denominada prima de actividad.

Ahora bien, tanto la Ley 923, como el Decreto 4433, fueron expedidos por el Legislador para regular las situaciones producidas a partir de su vigencia, y no para regular derechos consolidados y reconocidos con anterioridad, tal como se infiere de sus artículos 7[3] y 2[4], respectivamente, situación que no vulnera el principio de igualdad que asiste a los retirados bajo un régimen anterior, y los que se retiran en vigencia de las normas referidas, tal como lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2005, de la que se concluye que el establecimiento de un régimen prestacional posterior diferente al vigente hasta ese momento, que contemple prerrogativas más favorables hacia futuro, no vulnera el citado principio, dado que con ello se pretende asegurar la estabilidad del sistema jurídico, pues de no ser así, reinaría la más absoluta incertidumbre e inseguridad ante el desconocimiento de las leyes futuras que luego se habrían de aplicar a los hechos presentes y pasados.

Finalmente, se advierte que el **Decreto 2863 de 27 de julio de 2007**, "*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones*", incrementó la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en un 50% del sueldo básico, tanto para los activos como para los retirados con asignación de retiro o pensión de invalidez, reconocidas a partir del 1º de julio de 2007. Los artículos 2, 4, 6 y 7 del mencionado Decreto, señalan 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.

---

[3] **Artículo 7°.** *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.
[4] **Artículo 2°.** *Garantía de los derechos adquiridos.* 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 Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.

89

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).

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

(...) ***Artículo 6°.*** *Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4a de 1992 y en el artículo 5° de la Ley 923 de 2004. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

Artículo 7°. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso tercero del parágrafo del artículo 2° y el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 y las demás normas que le sean contrarias y surte efectos fiscales a partir del 1° de julio de 2007."*

Actualmente se encuentra vigente el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, que estableció que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro 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, entre otros, obtenida antes del 1° de julio de 2007, tienen derecho a que se les ajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje que se incrementó al personal activo, esto es en un 50%.

Límite constitucional y jurisprudencial del principio de oscilación.

Al respecto, el H. Consejo de Estado[5] en sentencia de 25 de noviembre de 2014, al decidir una acción de tutela contra una sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia, en un caso análogo, hizo las siguientes precisiones:

"(...) De la lectura de las anteriores disposiciones se concluye claramente que el incremento de la prima de actividad tanto para el personal activo como para el retirado es del 50% y, que para los miembros activos de la Fuerza Pública dicho porcentaje se calcula sobre el sueldo básico [artículo 84 del Decreto 1211 de 1990].

Luego, si al personal activo se le liquida la prima de actividad de acuerdo con el salario básico y el rango, para el personal retirado ese factor salarial se liquidará de conformidad con el porcentaje que por ese concepto se reconoció en la asignación de retiro, sin que le sea posible al actor hacer otro tipo de interpretación.

Como se indicó en párrafos anteriores, al Sargento Segundo ® Luna Cervera se le liquidó la prima de actividad en la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, es decir, que debido al tiempo de servicio obtuvo el 25% por ese concepto y, en ese sentido, el reajuste del 50% de que trata el Decreto 2863 de 2007 correspondió al 12.5%, para total del 37.5%, como lo realizó oficiosamente Casur y como lo concluyeron las autoridades judiciales demandadas.

[5] Consejo de Estado. Sección Cuarta. Tutela contra sentencia judicial. Fallo de 25 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02657-00(AC). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Actor: José Rómulo Luna Cervera. Demandado: Juzgado Diecisiete Administrativo de Descongestión de Bogotá y la Sala de Descongestión de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

(...) la Sala considera que en el caso sub examine la labor interpretativa realizada por las autoridades judiciales demandadas se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia, no es susceptible de ser calificada como en defecto sustantivo como pretende el actor, por cuanto la decisión de no decretar la nulidad del Oficio 5446 del 25 de agosto de 2011, que negó el reajuste de la prima de actividad del actor en el 41.5%, se fundamentó en un criterio jurídico admisible a la luz de la interpretación de las normas aplicables.

Se anota que no es posible aplicar el principio pro operario o de favorabilidad, por cuanto, en el presente caso, no existe duda alguna en relación con dos o más normas aplicables para la solución del problema jurídico planteado. Además, como se vio, la base sobre la que debe liquidarse el reajuste del 50% de la prima de actividad de que tratan los artículos 2º y 4 del Decreto 2863 de 2007 tienen el debido fundamento legal."
(Resalto y subrayado fuera de texto).

La decisión antes mencionada fue objeto de apelación, y fue confirmada íntegramente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 5 de marzo de 2015, C.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, por considerar:

*"(...) que las autoridades judiciales accionadas realizaron una labor interpretativa debidamente sustentada y razonada al indicar que al accionante se le liquidó en la asignación de retiro un 25% por concepto de "prima de actividad" de conformidad con el tiempo de servicio establecido en el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, la cual se ajustó en un 50% de acuerdo al principio de oscilación dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, correspondiente a un 12.5%, que computado al 25% de "prima de actividad" ya reconocida, **arroja un porcentaje del 37.5%,** por lo que, no se configura el defecto sustantivo alegado por el accionante."*
(Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la prima de actividad y el aumento que se hizo en virtud del Decreto 2863 de 2007, **fue un aumento porcentual equivalente al 50% de lo que cada retirado tiene reconocido,** y que el artículo 2º aplica con exclusividad para el personal activo y el artículo 4º para el personal retirado, es decir, que la **prima de actividad** para el personal activo pasó de representar un 33% del sueldo básico previsto en el artículo 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, a un 49.5% por virtud del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007; ahora, **al personal retirado, por disposición del artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, le aumentó en un 50% del porcentaje que ya devengaba según el tiempo de servicio.**

Además, se tiene que el H. Consejo de Estado ha venido reiterando hasta la actualidad, que el principio de oscilación previsto para las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública, no implica que toda situación o asignación que se devengue en el **servicio activo tenga que ser computada a la asignación de retiro**, ya que para éstas se tienen preceptos normativos que indican los factores que deben tenerse en cuenta para su liquidación[6].

Por tanto, para el Despacho el aumento porcentual de las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad al 1º de julio de 2007 debe hacerse de conformidad con la siguiente escala:

Rango por Años de Servicios	Porcentaje Liquidado	Incremento Decreto 2863 de 2007		Porcentaje Reajustado a partir de 1º de Julio de 2007
		%	puntos	
Con menos de 15 años	15%	50%	7.5%	22.5%
Entre 15 a 19 años	20%	50%	10%	30%
Entre 20 hasta 24 años	**25%**	**50%**	**12.5%**	**37.5%**
Entre 25 a 29 años	30%	50%	15.0%	45.0%

[6] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 25000232500019290l(1650-00). C.P. Alberto Arango Mantilla. Actor: Guillermo Camelo Caldas. Demandado: CREMIL.

90

Con 30 años o Más	33%	50%	16.5%	49.5%

CASO CONCRETO (Minuto 00:44:13)

En el asunto en estudio, se encuentra probado que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante **Resolución No.0058 de 11 de enero de 2000** reconoció al señor LUIS IGNACIO JIMENEZ JAIMES, en su calidad de Capitán de Fragata (R) de la Armada Nacional, una asignación mensual de retiro equivalente al 74% del sueldo de actividad para el grado y demás partidas computables, efectiva a partir del 25 de febrero de 2000, teniendo en cuenta que prestó 21 años y 7 días de servicio a esa institución (conforme a la hoja de servicios No.353/99 visible a folios 11 y 59), y le fijó igualmente la prima de actividad en un 25% (fls.3-4 y 63-64).

Se probó que a través de petición radicada bajo el consecutivo No. 20160056230 el 5 de julio de 2016, el actor solicitó a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, el reajuste de la prima de actividad computada en la asignación de retiro que le fue reconocida, en el 49.5% del sueldo básico, a partir del 1º de julio de 2007, conforme al Decreto 2863 de 2007 (fls.5-7 y 74 vto.-75).

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada resolvió desfavorablemente dicha petición, a través del **Oficio No. 211 consecutivo 2016-46868 del 13 de julio de 2016**, objeto de la solicitud de nulidad que ahora se estudia, expresándole que la asignación de retiro fue reconocida conforme a lo preceptuado en las normas vigentes para la fecha de su retiro y teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestado, y; que en virtud del Decreto 2863 de 2007, se reliquidó la asignación de retiro con el incremento del 50% de la prima de actividad y por ende se le viene pagando en 37.5% a partir del 1° de julio de 2007 (fl.8, 76 vto.-77).

El porcentaje en el que inicialmente se reconoció la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro del demandante fue 25%, teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestados (21 años y 7 días[7]). Por lo anterior, una vez efectuado el incremento de que trata el Decreto 2863 de 2007, quedó en el 37.5%.

Hecha la anterior precisión, conviene precisar, que no le asiste razón a la parte actora cuando solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo controvertido, por contemplar porcentajes diferentes a los establecidos para el personal en actividad, para liquidar la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro, y al señalar que en atención al principio de igualdad y de oscilación, su asignación de retiro debe ser reajustada teniendo en cuenta todas las variaciones que surjan respecto de la asignación que percibe el personal activo de las Fuerzas Militares, toda vez que, como se expuso líneas atrás, cada una de esas asignaciones (en retiro, y en actividad) tienen preceptos normativos que indican los factores que deben tenerse en cuenta para su liquidación[8], lo cual no vulnera el principio de igualdad, como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional[9].

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, el demandante tiene derecho a que se le reajuste la prima de actividad en un 50%, para efectos de la liquidación de su asignación de retiro, a partir del 1º de julio de 2007, pero esto solo **sobre el porcentaje que tenía reconocido**.

Por lo anterior, resalta el Despacho que, se debe tener en cuenta el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, toda vez que de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, ya que **dicho ajuste tiene lugar**

[7] Conforme a la hoja de servicios No.353/99 visible a folios 11 y 59.
[8] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 25000232500019290l(1650-00). C.P. Alberto Arango Mantilla. Actor: Guillermo Camelo Caldas. Demandado: CREMIL.
[9] Corte Constitucional Sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2005.

respecto de la proporción reconocida al actor cuando consolidó su derecho. Para el caso *sub examine* como el porcentaje reconocido como prima de actividad al momento del retiro fue el 25% del sueldo básico, dicho porcentaje se aumenta en el 12.5% que corresponde al 50% de lo reconocido.

Por lo anterior, es claro que la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el Decreto 2863 de 2007, sino por el contrario acató y aplicó la norma.

En ese sentido, nota el Despacho que CREMIL efectuó el reajuste de la prima de actividad para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, de conformidad con las normas vigentes, y en la proporción correcta, razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos 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".*

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....".*

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los proceso de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[10], la Corte Constitucional ha dicho 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, según 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.".* (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado[11] ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

> *"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*
> *Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil*

[10] Cfr. La sentencia C-157/13 M.P Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.
[11] Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

91

Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"
Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>[12]"

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se han comprobado las mismas, no evidenciando un uso indebido o arbitrario de los instrumentos procesales por parte de ésta[13].

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ,** Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

LA PRESENTE DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA POR ESTRADOS, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 202 DEL CPACA Y CONTRA LA MISMA PROCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN CONFORME EL ARTÍCULO 243 DEL CPACA. **SIN RECURSOS**

Se verifica que ha quedado debidamente grabado el audio y video y que hará parte de la presente acta. No.81. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 09:30 de la mañana y se firma por quienes intervinieron en ella.

FIRMAS,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

DAVID CAICEDO PADILLA
Apoderado parte demandante

ELKIN JAVIER LENIS PEÑUELA
Apoderado parte demandada

NATALY BONELL
Profesional

[12] Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.
[13] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 25 de mayo de 2006. Rad. 2001-04955-01 (2427-2004) "(…) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas".