

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 142

Santiago de Cali, septiembre seis (6) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Radicación: 76-001-33 33-005-2016-00232-00
Demandante: EDUARDO PARMÉNIDES PORTILA ROSERO
Demandado: CASUR

Juez: CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por el señor EDUARDO PARMÉNIDES PORTILA ROSERO en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia - CREMIL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **CREMIL 53127 –Expediente 293870 (B) de julio 12 de 2016**, mediante el cual la entidad demandada negó el reajuste de la asignación mensual de retiro por concepto de prima de actividad al Sargento (RA) PORTILA ROSERO.

1.2. Que como consecuencia de la nulidad del acto administrativo acusado y a título de restablecimiento del derecho, reajustar la asignación mensual de retiro por concepto de prima de actividad, en un 4% sobre el sueldo básico a partir de julio 01 de 2007 de conformidad con el Decreto 2863 de 2007 y de ahí de forma vitalicia.

1.3. Se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia, a pagar las diferencias causadas por el reajuste por concepto de retroactivo o mesadas dejadas de cancelar a partir de julio 01 de 2007 y hasta su pago total, dichas sumas deberán ser indexadas conforme al IPC de los años inmediatamente anteriores a la liquidación que se realice.

1.4. Condenar a la entidad demandada al pago de las sumas solicitadas en forma indexada como lo dispone el art. 187 del C.P.A.C.A y reajustada su asignación de retiro con base en la prima de actividad.

1.5. Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.6. Que a las anteriores declaraciones se le dé cumplimiento dentro del término señalado en los artículos 187 y siguientes del CPACA, los valores que resulten líquidos se actualicen de conformidad a la normatividad citada mes por mes.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

2.1. El señor EDUARDO PARMÉNIDES PORTILA ROSERO prestó sus servicios en Ejército Nacional de Colombia, en el grado de Sargento Primero, retirándose del Servicio Activo en el año 1979; habiendo prestado sus servicios por más de 24 años, de esta manera cumplió los requisitos para la asignación de retiro, reconociéndole en dicha asignación como partida computable de prima de actividad un 25%, sueldo básico.

2.2. Menciona que CREMIL le canceló oportunamente las mesadas pensionales desde la fecha de su retiro hasta junio 30 de 2007, realizando el incremento anual de acuerdo al principio de oscilación de la asignación de retiro y aduce que en el año 2007, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2867 de 2007 el cual modificó el artículo 32 de Decreto 1515 de 2007, en el sentido de incrementar en un 50% a partir del 1 de julio de 2007 la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del decreto 1211 de 1990, 68 del Decreto 1212 de 1990 y 38 del Decreto 1214 de 1990. Agrega que la misma modificación aclara que para computar esa prima o el reajuste a ella diferente a la asignación de retiro sí se tomará en cuenta según el tiempo de servicios en el 50%.

2.3. Que el Decreto 2863 de julio 27 de 2007 en su artículo 2º estableció un incremento del 50% del porcentaje de la prima de actividad que venían devengando los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo. El porcentaje de la prima de actividad que venía devengando dicho personal era del 33%, por lo tanto, el incremento del 50%

de ese porcentaje correspondió a 16.5 puntos porcentuales, quedando en un 49.5% dicha partida para el personal de oficiales y suboficiales de la fuerza pública

2.4. Menciona que, el artículo 4º del mismo Decreto 2863 de 2007 señaló claramente que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con asignación de retiro obtenida antes del 1 de julio de 2007, tienen derecho a que partida computable de prima de actividad de la asignación de retiro se le ajuste en el mismo porcentaje en el que se haya ajustado el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, por razón del incremento señalado en el artículo 2º del mismo decreto.

2.5. Que no obstante la claridad de la norma, "LA CREMIL" realizó una indebida interpretación y no aplicó el incremento en forma aritmética que correspondía al 16.5%; porcentaje aplicado a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo; si no en forma conceptual, es decir, incremento en un 50% la partida computable de prima de actividad de la asignación de retiro del demandante, aplicando un aumento solo del 12.5% sobre la partida computable de prima de actividad de la asignación de retiro, dejando de incrementarla en un 4%.

2.6. Aduce que la omisión por indebida interpretación de la "CREMIL" respecto del incremento que debía realizar de conformidad con la ordenado en el decreto 2863 del 27 de julio de 2007, y en aplicación del principio de oscilación de la asignación de retiro, causó daños antijurídicos al demandante por cuanto no se le ha reconocido, ni pagado la suma de \$ 6.321.278, correspondiente a los valores que debió incrementar en cada mesada a la partida computable de prima de actividad de la asignación de retiro del demandante, desde el 1 de julio de 2007 hasta la fecha

2.7. Finaliza mencionando que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" por medio de oficio CREMIL 53127 - expediente 2930870 (B) de fecha 12 de julio de 2016, firmado por el Jefe de la oficina asesora Jurídica, negó la petición del señor, EDUARDO PARMENIDES PORTILLA ROSERO, bajo los argumentos mencionados en el capítulo II de la presente demanda, documento que se establece como el acto jurídico demandado.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera violadas:

La Constitución Política: Artículos 1,3,4,5, 6, 13, 16, 25,42,44,46 48,51,52, 53, 150 núm. 10 y 220.

Leyes: 100 de 1993: Art. 14 y 279 párrafo 4º ; ley 238 de 1995

Código Sustantivo del Trabajo: artículo 21.

Decreto 2863 de 2007, Decreto 1211 de 1990, art. 169

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Indica que el principio de oscilación de la asignación de retiro determina que las asignaciones de retiro, de los miembros de las Fuerzas Públicas que constituyen la reserva activa o en uso de su buen retiro, se incrementarán teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones que perciban los miembros activos de la Fuerza Pública para cada grado y está consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y el Art. 42 del Decreto 4433 de 2004.

Aduce que en Colombia encontramos respaldado el principio de oscilación en el artículo 220 de la Constitución Política cuando expresa que los miembros de la Fuerza Pública no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley

El Decreto 2863 de 2007 señala que para reajustar al pensionado con asignación de retiro con anterioridad al 1 de julio de 2007 se debe tomar la asignación de activo correspondiente, la norma jamás dice la del retirado correspondiente y, es tan clara la norma que, a reglón seguido señala que cuando se trate de otras prestaciones diferentes a la asignación de retiro, sí se tomará en cuenta el tiempo de actividad; por ello, sí la Entidad tenía duda en la interpretación legal de dicha norma debía preferir la aplicación favorable y no la desfavorable, en este caso, obviamente es desfavorable tomar la del retirado correspondiente que la del activo correspondiente. De todo lo anterior se tiene que, la Caja viola el artículo 95 Constitucional pues estaba obligada a cumplir la ley lo cual no hizo, tal como se ha señalado.

Aduce que la entidad aplicó en forma indebida el artículo 2, 4 y 6 del Decreto 2863 de 2007 pues

en vez de tomar como base o partida computable para el reajuste de que trata este decreto, de incrementar en un 50% la prima de actividad de las asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 1 de julio de 2007, la prima de actividad del activo correspondiente, lo que hizo fue tomar la prima de actividad de liquidada del retirado correspondiente, cambiando o mutando lo mandado por la norma legal establecida por el Gobierno Nacional; no es lo mismo, tomar la partida del activo correspondiente que la del retirado correspondiente, puesto que, a manera de ejemplo, el activo correspondiente fue del 33%, pero, la del retirado fue del 25%, en el primer caso, un 50% de dicha partida da como resultado un 16.5% que sumado a ese 33%, da un 49.5%, en cambio sí la entidad toma la del retirado es decir el 25%, un 50% de dicha partida sería 12.5%, lo cual sumado a ese 25% correspondería a un total de 37.5%; la aplicación entonces se torna contra la propia norma que estableció el reajuste en un 50% del activo correspondiente y se repite no del retirado.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas planteadas en la demanda, argumentando que el porcentaje de aumento de prima de actividad como partida computable dentro de la asignación de retiro, se liquida sobre el sueldo básico del grado correspondiente. Agrega que el Decreto 2070 entro en vigencia el 28 de julio del 2003, de conformidad con el artículo 45 de la norma citada y tuvo vigencia hasta el 5 de mayo de 2004, teniendo en cuenta la irretroactividad de la Ley, no puede dársele alcances a la norma, cuando ella no los contiene, ni mucho menos modificar situaciones preexistentes a la vigencia de estas, ya que estaría actuando en contravía de la Ley.

Lo que pretenden los accionantes es la modificación de un derecho reconocido y consolidado desde el año 1979, con aplicación parcial de las nuevas regulaciones obviamente en lo que resulta conveniente, toda vez que las disposiciones actuales han establecido una serie de requisitos adicionales a los exigidos en su momento al demandante a los cuales no hace referencia.

Finaliza mencionando que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA, reconoció la asignación de retiro al Militar, aplicando la normatividad vigente a la fecha de retiro y sus derechos adquiridos no han sido vulnerados, por el contrario todos los aumentos decretados en la Ley, año tras año se han hecho efectivos de acuerdo al porcentaje de liquidación en su asignación de retiro y de acuerdo a lo dispuesto por el legislador.

Propuso como excepción a resolver en esta providencia: No configuración de la falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído No. 006 de enero 11 de 2017, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello, posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA.

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, llevada a cabo en agosto 03 de 2018, dentro de la cual se verificó la ausencia de causales que invalidaran la actuación desplegada; se fijó el litigio; se decretaron las pruebas consideradas pertinentes y que fueran solicitadas por las partes; se recepcionaron los alegatos de conclusión y se profirió el respectivo sentido del fallo.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1. Parte demandante

En este aspecto, observa el Despacho que el **apoderado de la parte demandante**, al exponer sus alegatos de conclusión, reitera lo ya expuesto en el escrito de demanda, pues de una comparación entre dicho escrito y los alegatos de conclusión, se concluye que los mismos no difieren sustancialmente, aporta varias sentencias del Tribunal de Cundinamarca y del Juzgado Cuarto Administrativo de Cali.

Finalmente pide que se acojan las pretensiones de la demanda.

7.2. Parte demandada

La apoderada se ratifica en lo plasmado en la contestación de la demanda y solicita que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la parte actora.

7.3. Ministerio Público

El Agente del Ministerio Publico asignado a este Despacho, manifiesta que no comparte la interpretación que hace la parte demandante al Decreto 2867 de 2007.

Expone que de la lectura del mencionado Decreto, se extrae que al personal de la fuerza pública retirado del servicio se le reajusta la prima de actividad conforme a lo que ha venido devengando en un 50%. Agrega que dicho concepto ha sido acogido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso 76109333300220150009901, M.P. Luz Elena Sierra Valencia y Sentencia 166 de junio 29 de 2018 M.P Eduardo Antonio Lubo Barros.

Solicita que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

8. CONSIDERACIONES

8.1. CUESTION PREVIA

Lo primero que hay que dejar en claro, en aplicación del inciso tercero, artículo 103 del CPACA, es que si en alguna oportunidad este Despacho accedió a las pretensiones en un asunto similar, ello obedeció a la interpretación y alcance que se le imprimió a las normas en aquella época, pero que haciendo un análisis exhaustivo del artículo 2° que debe aplicarse con una hermenéutica armónica o sistemática con el 4, ambos del Decreto 2863 de 2007, se concluye que No hay lugar a acceder a lo pretendido en la demanda.

8.2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MÉRITO

Respecto a los medios exceptivos alegados por la entidad demandada, éste Despacho no emitirá pronunciamiento previo alguno, toda vez que sus argumentos se confunden con lo que en efecto se habrá de dilucidar al resolver el mérito de la presente controversia.

8.3. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial debe el Despacho realizar el estudio el siguiente problema jurídico:

Determinar si el señor EDUARDO PARMÉNIDES PORTILA ROSERO, quien se retiró del servicio activo de la Policía Nacional, tiene derecho a que la entidad demandada,

reajuste su partida computable de asignación de retiro, en el sentido de incluir la denominada prima de actividad, en la forma establecida en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

8.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Analizar el marco normativo de la prima de actividad devengada por los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en sus salarios y asignaciones de retiro;
- (ii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (iii) Finalmente se determinará si en el caso concreto le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

8.3.1. MARCO NORMATIVO DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD PARA OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL y FUERZAS MILITARES – SALARIO Y PARTIDA COMPUTABLE.

La prima de actividad fue creada a favor del personal activo de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares como un incentivo por la prestación de su servicio, que luego se extendió a favor del personal retirado en razón del tiempo de servicios prestados.

A través del Decreto 1212 de 1990, el Ministerio de Defensa Nacional, reformó el estatuto y régimen aplicable del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional. El mencionado estatuto reguló lo concerniente al porcentaje de prima de actividad devengado en actividad, estableciendo que:

“ARTÍCULO 68. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”

Asimismo, el Decreto 1212 de 1990 reguló de manera específica el porcentaje de prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales retirados del servicio a partir de la vigencia de dicha norma, lo cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-980-02 de 2002.

La norma estableció el cómputo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 141. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- a. Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- b. Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- c. Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.
- d. Para Oficiales y Suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%) del sueldo básico.
- e. Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico.”

Las disposiciones citadas no surtieron modificaciones, sino que con posterioridad se expidió el Decreto 4433 de 2004 que modificó el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública, pero respetando los derechos adquiridos del personal retirado con anterioridad a la vigencia de dicha disposición, de la siguiente forma:

“**ARTICULO 2o. 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.”

A su turno, en el artículo 23 ibídem se determinó que la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional, se liquidaría según corresponda en cada caso, sobre diversas partidas, incluida la **prima de actividad**, así:

“23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

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

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

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

Aunado a esto, el artículo 25 ejusdem, relativo a la asignación de retiro, consagró los siguientes parámetros para su liquidación, aplicables solo al personal que ingresara al escalafón a partir de la fecha de vigencia del mencionado Decreto 4433 de 2004 y que fueran retirados del servicio activo con posterioridad a tal calenda, valga decir, un incremento que no aplicaría para el personal retirado o con derecho a asignación de retiro en virtud de los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990. Dicha disposición es del siguiente tenor literal:

“Artículo 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23, por los primeros veinte (20) años de servicio.

25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Con el anterior marco normativo tenemos, que la prima de actividad ha sido reconocida desde dos perspectivas, como elemento salarial para los miembros de la fuerza pública *en servicio activo*, y como factor salarial para quienes han sido retirados del servicio, computándose como partida de liquidación de la llamada asignación de retiro bajo porcentajes distintos según se aplique, en tratándose de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional Y las Fuerzas Militares de Colombia

Finalmente, en aplicación del principio de oscilación el Decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento a partir de julio 1 de 2007, del porcentaje de prima de actividad del personal activo y retirado que se regía por los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, así:

“Artículo 2. 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%).(...)

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"

De acuerdo con las disposiciones anteriores, el personal **activo** de Oficiales, Suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se rigen por los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, tiene derecho a un incremento en un cincuenta por ciento (50%) de la prima de actividad a partir de julio 1 de 2007 y **con asignación de retiro**, pensión de invalidez o sustitución pensional obtenida antes de esa misma fecha, tienen derecho al reajuste de la partida computable de prima de actividad en un 50% de su respectiva asignación.

8.3.2. HECHOS PROBADOS

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso, y que surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las partes⁶.

Así las cosas, como hechos debidamente probados en el presente asunto, tenemos los siguientes:

8.3.2.1. Que el demandante, señor EDUARDO PARMÉNIDES PORTILA ROSERO prestó sus servicios a las Fuerzas Militares por un espacio total de 24 años, 7 meses y 7 días, siendo retirado servicio activo en enero 01 de 1979, bajo el grado de Sargento primero de la Fuerzas Militares de Colombia⁷.

8.3.2.2. Que como último salario devengado percibió lo correspondiente al sueldo básico para su grado y un 15% adicional de dicho sueldo por concepto de prima de actividad en los términos del Decreto 0613 de 1977⁸.

8.3.2.3. Que mediante Resolución No. 196 de febrero 23 de 1979 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia reconoció una asignación de retiro en favor del

⁶ Sobre la prueba documental y su valor probatorio, se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2011, Rad. No. 20171, C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ Folios 58-62.

⁸ Ibídem.

demandante a partir de abril 01 de 1979, en cuantía equivalente al 85% del sueldo básico de actividad correspondiente a su grado y partidas legalmente computables, dando aplicación al Decreto 0613 de 1977⁹.

8.3.2.4. Se acreditó que el actor en junio 04 de 2015 elevó un derecho de petición ante la entidad demandada solicitando la reliquidación de su asignación de retiro con incremento de la partida computable de prima de actividad, de conformidad con lo dispuesto principalmente por el Decreto 2863 de 2007¹⁰.

8.3.2.5. Finalmente, se probó que mediante **CREMIL 53127 –Expediente 293870 (B) de julio 12 de 2016**, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR negó la reliquidación solicitada por el demandante, aduciendo que los incrementos de la partida computable a su asignación, denominada prima de actividad ya habían sido realizados conforme a la normatividad vigente¹¹, es decir su agnación de retiro fue incrementada en el porcentaje de prima de actividad en un 37.5%.

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Aplicando lo anterior al caso concreto, tenemos que el señor EDUARDO PARMÉNIDES PORTILA ROSERO, a través del presente medio de control pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el **CREMIL 53127 –Expediente 293870 (B) de julio 12 de 2016**, mediante el cual la entidad demandada negó el reajuste de su asignación de retiro con incremento del valor porcentual de la partida computable de prima de actividad, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

El Despacho acoge el concepto del Ministerio Público, en el sentido de que al personal de la fuerza pública retirado del servicio se le reajusta la prima de actividad conforme a lo que ha venido devengando en un 50%., es decir, 12.5% sumado al 25% que venía devengando, arroja el porcentaje de 37.5%, el cual efectivamente se le aplicó al actor. Concepto acogido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso 76109333300220150009901, M.P. Luz Elena Sierra Valencia y Sentencia 166 de junio 29 de 2018 M.P Eduardo Antonio Lubo Barros y en tal sentido se rectificarà la tesis adoptada con anterioridad por este Despacho.

⁹ Folio 58

¹⁰ Folios 8-11

¹¹ Folio 5

Resulta incuestionable entonces, que la pretensión del actor está orientada a la aplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, con el propósito de lograr el reajuste del monto que por concepto de prima de actividad se realice tomando como base el porcentaje que por tal concepto devenga el activo correspondiente, es decir, un Sargento Primero del Ejército Nacional activo en julio 2007, petición a todas luces improcedente, por cuanto, de las pruebas allegadas al proceso se extrae que al demandante se le reajustó la prima de actividad teniendo en cuenta el mismo porcentaje en el que se ajustó por dicho concepto del activo correspondiente. En efecto, como bien lo realizó la entidad demandada, la asignación de retiro del actor fue reconocida conforme a lo que venía devengando, según lo dispuesto en el Decreto 0613 de 1977, en consideración que éste se retiró del servicio activo del Ejército Nacional

Se advierte en plenario¹², que la entidad demandada, ajustó la liquidación del señor EDUARDO PARMÉNIDES PORTILA ROSERO de conformidad con el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, con un incremento del 25% al 37.5%, con retroactividad al 01 de julio de 2007.

Ahora bien, se tiene que el Decreto 2863 de 2007, estableció en su artículo 2, el incremento a la prima de actividad para el **personal activo**, así:

“Decreto 2863, 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.”

Al respecto, debe señalarse que los efectos fiscales del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 iniciaron a partir de la vigencia de la norma, estipulada en el artículo 7¹³ de la misma, es decir, el día 27 de julio de 2007, esto es, para el personal activo en dicha fecha.

Empero, el citado Decreto también estableció que para *“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”*, es decir,

¹² Folio 12 Certification de partidas computable de CASUR.

¹³ Artículo 7°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso tercero del párrafo 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.

para aquéllos **pensionados** de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, procede *“ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente”*.

Así las cosas, es claro que el aumento es aplicable al accionante en un 50%, que es el mismo porcentaje en el que se ajustó la prima de actividad del activo correspondiente, por lo que si la misma se computaba para las asignaciones en retiro por haber prestado sus servicios entre por más de 20 años, el incremento sería del 25%, quedando en 37.5%.

No es de recibo la interpretación del actor, según el cual con el Decreto 2863 de 2007 se debe incrementar para recibir lo mismo que el personal activo, pues la situación pensional del actor se consolidó bajo el imperio del Decreto 0613 de 1977 norma anterior, que reguló las partidas computables y los porcentajes de ésta, por lo que el incremento se debe realizar sobre el porcentaje de prima de actividad inicialmente devengado en su propia asignación.

Así las cosas, considera el Juzgado que la prima de actividad se liquida conforme al porcentaje que venía devengando el demandante en la asignación de su retiro, es decir, de acuerdo al estatuto vigente para la fecha del retiro efectivo del personal y en la forma que aquél determine expresamente, razón por la cual en el *sub judice* no es aplicable la normativa aludida en la forma que pretende el recurrente. Además que la asignación ya fue reajustada, conforme a los parámetros de la normatividad vigente y aplicable a este caso.

Vale aclarar que para nivelar el régimen prestacional de los miembros activos y en retiro de la Fuerza Pública, se aplica el llamado principio de oscilación como sistema de actualización de las prestaciones económicas, según el cual, el incremento anual de la asignación de retiro y pensiones de este personal, se hará tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para el personal en servicio activo, pero ello no significa que automáticamente y en la misma cuantía quedan equiparadas las prestaciones devengadas para uno y otro personal.

En el presente caso no se demuestra que la entidad demandada hubiere aplicado un porcentaje de incremento de la asignación de retiro, diferente al decretado anualmente por el ejecutivo nacional para el personal en servicio activo. Ello indicaría que no se demostró quebrantamiento de la norma invocada.

De suerte que, la presunción de legalidad del acto administrativo impugnado permaneció incólume, no siendo posible efectuar su nulidad, en atención a que la disposición normativa aplicable al actor para efectos de liquidar su asignación de retiro fue ajustada en la forma establecida, el Decreto 2863 de 2007, situación que conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.¹⁴, entre otras cosas, establece que:

“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación¹⁵:

*“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**” (se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“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:

¹⁴ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

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

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, según lo indicado.

TERCERO.- EJECUTORIADA esta providencia **LIQUIDAR** los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez