

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 113

Santiago de Cali, julio veintiséis (26) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Radicación: 76-001-33 33-005-2016-00292-00
Demandante: TERESA BOIX CUARTERO
Demandado: CREMIL

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 la señora TERESA BOIX CUARTERO en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL-

DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA.- Que se declare la Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio CREMIL No. 70254 Expediente 6.074.766 (B) de agosto 29 de 2016, emanado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al incremento de la Prima de Actividad, y la correspondiente liquidación y el reajuste de la Asignación de Retiro solicitadas por la señora TERESA BOIX CUARTERO, en su condición de beneficiaria de sustitución pensional del señor Técnico Jefe (RA) TULIO CESAR LÓPEZ RODRÍGUEZ.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Asignación de Retiro a la señora TERESA BOIX CUARTERO incrementando el porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD al 4% sobre su Asignación Básica, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007 desde julio 1º de 2007 Reconociendo el valor de las

sumas de dinero dejadas de cancelar por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”

TERCERA.- Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES, a que cancele con retroactividad todos estos valores adeudados en forma indexada, y se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTA: Que se CONDENE EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Los **HECHOS** expuestos en la demanda se resumen así:

1. Afirma que el señor JULIO CESAR LÓPEZ RODRIGUEZ fue miembro de la FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA, alcanzando el grado de TECNICO JEFE DE LA FUERZA AEREA COLOMBIANA, retirándose del servicio activo en el año 1959, por haber prestado sus servicios durante 21 años, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció Asignación de Retiro, donde se le reconoce en la liquidación como partida computable de prima de actividad la suma del 25% sobre el sueldo básico.
2. Que a raíz del fallecimiento del señor JULIO CESAR LOPEZ RODRIGUEZ, le correspondió la sustitución pensional a la señora TERESA BOIX CUARTERO, cancelándole oportunamente la mesadas pensionales.
3. Menciona que la entidad demandada CREMIL, en cumplimiento a lo ordenado en el artículo 4 del Decreto 2863 de julio 27 de 2007, incrementó la asignación de retiro con efectos fiscales desde julio 1 de 2007, sin embargo dicho aumento no fue el correspondiente al 16.5% porcentaje aplicado a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía nacional en servicio Activo, aplicando un aumento solo del 12.5% sobre la partida computable de prima de actividad, dejando una diferencia del 4%.
4. Manifiesta que la omisión de CREMIL, causó daños antijurídicos al

demandante, razón por la cual radicó derecho de petición en agosto 11 de 2016, solicitando el restablecimiento del derecho y se reparara el daño patrimonial causado, DICHA ENTIDAD con Oficio CREMIL No. 70254 Expediente 6.074.766 (B) de agosto 29 de 2016 NEGÓ la petición de la señora TERESA BOIX CUARTERO.

NORMAS VIOLADAS:

Menciona como normas vulneradas las siguientes: Artículos 1, 2, 3,4,5,6, 13,16,25,42,44,46, 48 INCISO 6º, 51,52,53, INCISO 2º y 3º ,90.,150, numeral 10 y 220 de la Constitución Política; Ley 10 de 1993 artículos14 y 279 parágrafo 4º , Decreto 1211 de 1990, art. 169 y Decreto 2863 de 2007.

CONCEPTO DE VIOLACION:

Argumenta que la entidad demandada violó el art. 2º de la Constitución Política, por cuanto no se protegió al demandante el derecho de recibir prima de actividad conforme al Decreto 2863 de julio de 2007 y la entidad infringió este artículo, al aplicar indebidamente el Decreto mencionado, pues estaba obligada a establecer un aumento de un 16.5% y solamente concedió un 12.5% , de conformidad con la normatividad relacionada, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2863 de 2007, aplicó un incremento del 50% en la prima de actividad de aquellos empleados cobijados por el Decreto 1214 de 1990. Lo anterior equivale al 50% del 33% (16.5%), en razón a que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 contempla un porcentaje del 33% para el personal activo.

Agrega que el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, establece que el personal nombrado , entre el cual se encuentra el demandante, tendrá derecho a que se ajuste el mismo porcentaje que se haya ajustado del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º.del presente Decreto, que modifica el art. 32 del Decreto 1515 de 2007.

RAZONES DE DEFENSA

El apoderado de la entidad demandada al dar respuesta manifestó oponerse a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

Frente al caso concreto refiere que con Acuerdo No. 91 de 1959, aprobada con Resolución No. 1791 del 04 de Jumo de 1959 se reconoció al señor Suboficial Técnico Jefe (RA) JULIO CESAR LOPEZ RODRIGUEZ de la Fuerza Área asignación de retiro, misma fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia de los decretos 1045 de 1942, 100 de 1946, 82 de 1947, **501 de 1955**, normas especiales y vigente al momento de los hechos, y sus contenido conlleva el reconocimiento de un derecho de carácter particular y concreto

Indica que el señor JULIO CESAR LOPEZ RODRIGUEZ, falleció el 23 de Diciembre de 2003, por lo anterior la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución 0947 del 01 de abril de 2004 el reconocimiento y pago de la pensión de beneficiarios a la señora **TERESA BOIX CUARTERO**.

Manifiesta que lo anterior obedeció a que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 ordenó 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 normatividad mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma en comento.

Sostiene que si cotejamos 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 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, 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% con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

Deduce que, en razón a que 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 el activo correspondiente. Significa lo anterior que tal y como se explicó con anterioridad, la prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el Art. 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aplicar el 50% de lo devengado en la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por el demandante - al tener reconocida la prima de actividad en un 25%, este porcentaje debe ser incrementado en un 12.5% para un total de 37.5%, valor que ha venido reconociendo CREMIL

Para apoyar sus argumentos cita providencias emanadas de los Tribunales Administrativos de Cundinamarca, Santander, Boyacá y Atlántico en las que refiere que las pretensiones de casos idénticos fueron negadas, providencias que en sentir del apoderado constituyen precedente para este Despacho y deben ser acatadas; pero a pesar de ello, las mismas no son aportadas al plenario.

Propone la excepción de: “no configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El **apoderado de la parte demandante**, se ratifica en los hechos y pretensiones expuestos en la demanda, manifestando además que el principio de oscilación de la asignación de retiro determina que en los miembros de la fuerza pública que constituyen reserva activa o en uso del buen retiro, se incrementará 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 art. 169 del Decreto 1211 de 1990 y el art. 42 del Decreto 4443 de 2004.

A su turno, la **apoderada de la parte demandada**, manifiesta que la entidad que representa le reconoció al actor asignación mensual de retiro incluyendo las partidas computables, de acuerdo al Decreto vigente para la fecha de su retiro, pero el demandante solicita la aplicación de unas normas posteriores, y como quiera que las mismas no pueden ser aplicadas retroactivamente, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

TRAMITE PROCESAL:

Mediante proveído N° 078 de febrero 3 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, la cual se llevó a cabo en julio 13 de 2014, fijándose el litigio, sanando el proceso, prescindiendo de la audiencia de pruebas y constituyéndose en audiencia de Juzgamiento, en la misma audiencia los apoderados de las partes expusieron sus alegatos de conclusión, los cuales quedaron registrados en audio y video, quedando el proceso a despacho para emitir la presente decisión de mérito.

1. CONSIDERACIONES

1.1. MARCO TEÓRICO

Se ejercita en este proceso el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por medio del cual, el demandante solicita la nulidad de un acto administrativo que negó el reajuste de su asignación de retiro. Su sustento legal se encuentra en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2 EXCEPCIONES

Toda vez que las excepciones de mérito propuestas se confunden con el fondo del asunto que debe dilucidarse, no se efectuará un estudio individualizado de las mismas y por ende a través de lo que aquí se decida, ellas se entenderán resueltas.

1.3 FUNDAMENTOS DEL FALLO

1.3.1 Cuestión Previa

Antes de decidir el fondo del presente asunto, y teniendo en cuenta la apoderada de la entidad demandada,¹ manifiesta que sobre el tema que aquí se debate ya existe precedente jurisprudencial que debe ser acatado por el Despacho, emanado tanto del Consejo de Estado, como de distintos Tribunales Administrativos del País (aunque no se aportaron copias de esas providencias); deberá analizarse si efectivamente los pronunciamientos realizados por esas Corporaciones constituyen precedente vinculante para este Despacho y si en tal sentido se deben acatar para efectos de tomar la decisión que en derecho corresponda.

Sea lo primero advertir de forma muy respetuosa que en palabras del propio Consejo de Estado "(...) *los juzgados y tribunales tienen el deber de aplicar la regla creada por el órgano de cierre; pero **sus fallos, al carecer del carácter vinculante** (...), **no obligan** a sus pares **o a quienes se encuentran en un nivel jerárquico inferior**. En consecuencia, no se puede hablar de precedente horizontal frente a jueces y tribunales, pues estos no tienen la facultad de crear una regla vinculante.*"². (Se resalta).

Lo anterior nos indica que los pronunciamientos que sobre el tema que aquí se debate han emitido los distintos Tribunales Administrativos del País, no constituyen precedente vinculante que deba ser aplicado por este Despacho, pues el único precedente que obliga o vincula a los funcionarios judiciales es el precedente vertical emanado de los órganos de cierre, esto es, el de las

¹ Ver contestación de demanda y alegatos de conclusión.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de febrero de 2016, C.P. ROCIO ARAUJO OÑATE, **Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03358-00(AC)**.

denominadas Altas Cortes y en especial, para esta jurisdicción, el que proviene del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Luego entonces, respetuosamente debe decirse que los pronunciamientos que sobre este aspecto han emitido los distintos Tribunales Administrativos del País, puestos a consideración por la apoderada de CREMIL, no serán considerados por este Despacho para efectos de tomar la decisión que en derecho corresponda, máxime por cuanto ello afectaría la autonomía judicial que radica en cabeza de este juzgador puesto que van en contravía de las reglas de derecho que en criterio del Despacho deben aplicarse a asuntos como el que hoy nos concita.

Ahora, Sobre el carácter vinculante del precedente, en principio debe indicarse que según lo dispuesto en el artículo 230 superior, el Juez para efectos de tomar sus decisiones solo está sometido al imperio de la ley y que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial; no obstante la Corte Constitucional ha ahondado suficiente en este tema al punto de establecer que de una interpretación armónica de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Carta es posible indicar que *“(...) el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable (...)”*³

Así las cosas, es claro que esta instancia debe acatar el precedente judicial emanado de los diferentes órganos de cierre; en especial el que provenga del Consejo de Estado por ser el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y órgano de cierre del mismo según lo dispone el artículo 237 superior, ya que su precedente es vinculante. En tales términos, sobre la aplicación del precedente emanado de dicha Corporación, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

“Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades

³ Sentencia C-284 del 13 de mayo de 2015.

*aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, **al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.*** (Se resalta).

En igual sentido, el Consejo de Estado ha indicado que:

*“(...) el precedente es obligatorio porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre, y lo es para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están llamados a aplicarlo. Por ende es el **precedente vertical**, el que tiene la capacidad de vincular las decisiones judiciales futuras sobre casos análogos.”⁴*

Ahora, esa misma Corporación⁵ ha establecido que a diferencia de la jurisprudencia y la doctrina probable, la noción de precedente no se encuentra ligada a un número determinado de decisiones orientadas en un mismo sentido, pues **basta solamente que el órgano de cierre profiera una providencia en la que se cree una regla o sub regla de derecho para que la misma constituya precedente y por ende posea un carácter vinculante.**

Según lo argumentado en precedencia, constituyen precedente con fuerza vinculante para esta jurisdicción las sentencias proferidas por el Consejo de Estado que fijen reglas o subreglas (contenidas en su *ratio decidendi*) de derecho frente a un asunto determinado, lo cual no ocurre con la sentencia proferida en la acción de tutela 2013-2117 en la que se insiste, simplemente se concluyó que la interpretación dada por un operador judicial a los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 no era amañada o caprichosa, pero en esa providencia el Consejo de Estado no fijó una regla de interpretación frente a esas disposiciones normativas y por tanto, contrario a lo argumentado por la Procuradora Judicial, no existe en ella un precedente que deba ser acatado por el Despacho.

En conclusión, las providencias traídas a colación tanto del Consejo de Estado, como de los diferentes Tribunales Administrativos del País no constituyen un precedente con fuerza vinculante frente al tema que en esta demanda se estudia y por ende no serán consideradas por el Despacho para tomar la decisión de mérito que en derecho corresponda.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de febrero de 2016, C.P. ROCIO ARAUJO OÑATE, **Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03358-00(AC).**

⁵ Ibídem.

2. Problema Jurídico

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho establecer si la demandante, señora TERESA BOIX CUARTERO, en su condición de beneficiaria de sustitución pensional del señor Técnico Jefe (RA) TULIO CESAR LÓPEZ RODRÍGUEZ, tiene derecho al incremento porcentual de la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro que devenga el actor y por tanto si es viable jurídicamente declarar la nulidad de la decisión administrativa contenida en el oficio No. CREMIL. 70254 Expediente 6.074.766 (B) de agosto 29 de 2016, por medio del cual la entidad demandada le denegó el mencionado aumento.

2.1.1. 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 las fuerzas Militares en vigencia de los Decretos 095 de 1989 y 1211 de 1990 y desde su doble connotación de salario y partida computable;
- (ii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto; y,
- (iii) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

2.1.1.1. Marco normativo de la prima de actividad devengada por Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en vigencia de los Decretos 095 de 1989 y 1211 de 1990– Salario y partida computable a la asignación de retiro o pensión

La prima de actividad fue creada en favor del personal activo de la Fuerza Pública en general, como un incentivo por la prestación de su servicio, que luego se extendió a favor del personal retirado en razón del tiempo de servicio prestado.

Así, a través del Decreto 095 de 1989, el Ministerio de Defensa Nacional, reformó el estatuto y régimen aplicable al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. El mencionado estatuto reguló lo concerniente al porcentaje de prima de actividad devengado, estableciendo su artículo 82 que los Oficiales y Suboficiales **en servicio activo** tendrían derecho al pago de una prima mensual de actividad equivalente al 33% del respectivo sueldo básico.

A su turno el artículo 153 ibídem indicó que al personal de Oficiales y Suboficiales **que sea retirado del servicio activo** bajo la vigencia de ese estatuto, se le liquidarían las prestaciones sociales, y en concreto la asignación de retiro, teniendo en cuenta las siguientes partidas computables:

- Sueldo básico,
- **Prima de actividad en los porcentajes previstos en ese estatuto,**
- Prima de antigüedad,
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en ese estatuto,
- Duodécima parte de la prima de Navidad,
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en ese Decreto,
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia, y ;
- Subsidio familiar. El cual en el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de ese estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

Luego, el artículo 154 ejusdem estableció la forma en que debía computarse la prima de actividad en las asignaciones de retiro y pensiones del personal de Oficiales y Suboficiales retirados en vigencia de ese Decreto, de acuerdo al tiempo de servicios que hubiesen prestado a la institución castrense, de la siguiente forma:

“ARTICULO 154. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les 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 años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

- **Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).**
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).”

A su turno, el artículo 155 estableció:

“ARTÍCULO 155. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. 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%).” (se resalta)

Las disposiciones citadas fueron derogadas por el Decreto 1211 de 1990 que a su vez las reprodujo en las mismas condiciones a excepción de lo dispuesto en el transcrito artículo 155, es decir, en realidad no sufrieron modificación alguna, sino que con posterioridad se expidió el Decreto 4433 de 2004 que modificó el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública, no obstante, su artículo 2º estableció el respeto por derechos adquiridos, determinando que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (entre otros) o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia de ese Decreto, esto es, 31 de diciembre de 2004⁶, hubieren cumplido todos los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o pensión, conservarían todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.

En síntesis, del análisis del marco normativo expuesto podemos concluir, que la prima de actividad ha sido reconocida a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares desde dos perspectivas: **i)** como elemento salarial para quienes estén en servicio activo, caso en el cual equivaldrá al 33% del respectivo sueldo básico percibido; y **ii)** como factor salarial para quienes han sido retirados del servicio, computándose como partida de liquidación de asignación de retiro o pensión bajo

⁶ Diario Oficial 45778 de diciembre 31 de 2004.

porcentajes que oscilan entre el 15% y el 33%, dependiendo del tiempo total de prestación de servicios.

Finalmente, mediante el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 el Gobierno Nacional ordenó incrementar en un 50% el porcentaje de prima de actividad que venían devengado los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (entre otros) que se encontraran **en servicio activo**, a partir del 1 de julio de 2007. La referida disposición normativa es del siguiente tenor:

*“**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.”* (se resalta).

Por su parte, el artículo 4 del mencionado decreto, con base en el **principio de oscilación**, estableció un aumento sobre la prima de actividad como partida computable a la asignación de retiro o pensión de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares **retirados** (entre otros), que estuvieran devengando dicha prestación con anterioridad al 1 de julio de 2007. La mencionada disposición reza:

*“**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”*

Es claro entonces, que a través de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas militares, tanto activos como retirados o pensionados fue aumentada a partir del 1 de julio de 2007.

2.1.1.2. Hechos debidamente 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 partes⁷.

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

⁷ 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.

1. El reconocimiento de la asignación de retiro al señor TULIO CESAR LÓPEZ RODRIGUEZ, mediante Resolución No. 1791 de junio 4 de 1959, expedida por el Ministro de Guerra, se dispuso asignar con cargo a la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares una asignación mensual de retiro a partir del 1º de abril de 1959 (folios 75 a 77).
2. Debido al fallecimiento del señor TULIO CESAR LOPEZ RODRIGUEZ, se produjo a través de Resolución No. 0947 a abril 1 de 2004 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas militares CREMIL, el reconocimiento de la sustitución de la pensión de retiro a favor de la señora TERESA BOIX CUARTERO, en su condición de cónyuge sobreviviente del causante. (Folio 79 -81)
3. Según la contestación de la demanda, al demandante se le incrementó la prima de actividad del 25% al 37.5% con aplicación en el mes de agosto de 2007 y retroactividad al 1 de julio de 2007 (folios 46 vto. y 47).
4. La demandante remitió por correo de fecha agosto 11 de 2016 ante la entidad demandada, solicitud de reajuste pensional por incremento de la partida prima de actividad con la correspondiente reliquidación de la asignación de retiro. Se plantea como soporte factico que solamente se certificó un incremento del 12.5% cuando debió ser el 16.5%. (fls. 8 al 11)
5. A raíz de la solicitud anterior, la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares CREMIL dio respuesta mediante oficio No. 211 del 29 de agosto de 2016, explicando que no era posible atender favorablemente la petición, por virtud de la normatividad vigente y tiempos de servicios del causante TULIO CESAR LOPEZ RODRIGUEZ, quedando así agotado el procedimiento administrativo (folio 5).

i) ESTUDIO DEL CASO CONCRETO.

Aplicando lo anterior al caso concreto, tenemos que el señor TULIO CESAR LOPEZ RODRIGUEZ prestó sus servicios a la entidad demandada por el lapso **de 21 años, 8 meses y 7 días** (folios 83 y 87), tenía derecho a que se le computara el 15% de prima de actividad en su asignación de retiro, tal como lo reconoció la

entidad en la liquidación efectuada (folio 67 reverso), vale decir, dentro del rango resaltado en la normatividad antes trasuntada.

Lo anterior, como quiera que el régimen jurídico aplicable a señor LOPEZ RODRIGUEZ era el que se encontraba vigente al momento en que obtuvo el reconocimiento de su asignación de retiro, esto es, el Decreto 2337 de 1971 que establecía la prima de actividad en dicho porcentaje.

Posteriormente, la señora TERESA BOIX CUARTERO, como beneficiaria del señor JULIO CESAR LÒPEZ RODRIGUEZ, solicitó reliquidación de la asignación de retiro por el concepto de la prima de actividad; petición que le fue aceptada por CREMIL según consta en certificación visible a folio 7, al incrementar su porcentaje de un 25% a un 37.50% con retroactividad a partir del 1º de julio de 2007.

Por virtud del principio de oscilación a que se refiere el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 que quedó incólume tras la derogatoria del Decreto 673 de 2008 y que ha sido traído por casi toda la normatividad que regula la remuneración de la Fuerza Pública, se ordenó que, en este caso concreto, que los beneficiarios de la asignación de retiro obtenida antes del 1 de julio de 2007, tienen derecho a que se les reajuste en el mismo porcentaje en que se haya aumentado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007.

Ahora bien, el activo correspondiente del demandante que como ha quedado escrito es suboficial retirado de la Fuerza Aérea en el grado de Técnico - jefe, conforme al artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, devenga una prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico. En virtud del principio de oscilación, el reajuste de la prima de actividad reconocida en la asignación de retiro, debe hacerse tomando como base el mencionado porcentaje, bajo el cual le fue ajustada la citada partida a quienes se encuentran en servicio activo.

En consecuencia, al aplicar el 50% que establece el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, al antedicho 33%, nos arroja el 16.5%, porcentaje que al ser sumado con el 25% que se le venía reconociendo por concepto de prima de actividad al demandante en su asignación de retiro, nos da como resultado el 41.5%, siendo éste el porcentaje total a recibir por concepto de prima de actividad en la partida de asignación de retiro a partir del 1 de julio de 2007.

Lo anterior significa que el 41.5% de porcentaje que debía recibir el demandante por concepto de prima de actividad, es el resultado del 25% de que por dicha prima devengaba el accionante, más el 16.5% del aumento porcentual que en virtud del Decreto 2863 de 2007, debía sumarse (50% del valor que los miembros en servicio activo percibían por dicha prima y que según la ley 1211 de 1990 corresponde al 33%). Sin embargo, en el plenario se evidenció que la entidad demandada, al pagar por concepto de dicha prestación un porcentaje del 37.5%, estaba aplicando un incremento del 50% a la prima de actividad del 25% devengada por el demandante antes del 1 de julio de 2007, lo que equivale al 12.5%, existiendo entonces una diferencia del 4% en la liquidación de la prestación reclamada.

Teniendo en cuenta que CREMIL realizó la reliquidación de la asignación de retiro, será esta la entidad demandada llamada a reconocer las pretensiones de la demanda.

En tales condiciones, se accederá a lo pretendido por el actor, incrementándose la partida de prima de actividad en un 4%, para reajustar su asignación de retiro.

Como la petición de reajuste en la asignación de retiro fue presentada en agosto 16 de 2016 (en el acto administrativo demandando se consigna esa fecha), se encuentran prescritas las diferencias en el reajuste que se causaron con anterioridad a agosto 16 de 2012, en virtud de la prescripción cuatrienal que se aplica a estos incrementos, conforme a lo consagrado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 que regía para la época del reconocimiento.

Queda de esta forma solucionado el problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones y en virtud a que la parte actora logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba el acto demandado, se impone su anulación definitiva y como consecuencia, el restablecimiento del derecho reclamado.

Así las cosas, las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado por la asignación de retiro reconocida y lo que se reconozca, una vez se haya realizado la respectiva reliquidación que aquí se ordena, se ajustarán dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \cdot \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde R, valor presente, se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante desde la fecha en que debió darse el incremento en su partida computable de prima de actividad (1 de julio de 2007), por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia), por el índice inicial, vigente para la época en que debió de hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. Asignación de retiro o su diferencia, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA, en anuencia con lo dispuesto en el artículo 192 ibídem.

7.1. 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.⁸, entre otras cosas, establece que “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁹:

*“(...) 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 ineludiblemente 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:

“(...) 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

⁸ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁹ 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.**

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: DECLARAR no probadas las excepciones de fondo propuestas por la apoderada de la entidad demandada, según lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio CREMIL No. 70254 Expediente 6.074.766 (B) de agosto 29 de 2016**, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a través del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro solicitado por el demandante, con incremento de la partida computable de prima de actividad, según lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a CREMIL, a través de su representante legal o quien haga sus veces, a que reajuste la partida de prima de actividad en un **4% adicional** para convertirla en un 41.5% para el cómputo de la asignación de retiro cuyo beneficiario es la señora TERESA BOIX CUARTERO, conforme a las motivaciones dejadas en claro a lo largo de esta providencia. La entidad demandada deberá reajustar dicha asignación desde el 1 de julio de 2007, utilizar las bases para los años posteriores, pero solo está obligada a pagar las diferencias de las mesadas mensuales causadas a partir de agosto 16 de 2012, por prescripción cuatrienal decretada en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a pagar al demandante las diferencias de asignación de retiro dejadas

de percibir que resulten entre lo que pagó como consecuencia del incremento de la partida computable de prima de actividad realizado de forma errada y lo que debió pagar tras realizar la respectiva reliquidación de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Dichas sumas se ajustarán dando aplicación a la fórmula antes indicada hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, siguiendo las indicaciones del artículo 192 y 195 ibídem; tal como se expuso con anterioridad.

QUINTO: DECLARAR PROBADA de manera oficiosa la excepción de prescripción parcial y en consecuencia, quedan prescritos todos los rubros causados con anterioridad agosto 16 de 2012, según se indicó.

SEXTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 ibídem.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia, por lo argumentado precedentemente.

OCTAVO: NOTIFICAR la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación de conformidad con el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 y teniendo en cuenta lo reglado en el artículo 247 de la misma normatividad.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, y cumplidos los términos legales contenidos en la Ley 1437 de 2011, **ORDENAR** archivar el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

ALZ