

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diez (10) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2016-00073-00
DEMANDANTE: ROBERTO MORENO NIÑO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL -.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor ROBERTO MORENO NIÑO, identificado con C.C. N°. 3.032.653 expedida en Funza (Cundinamarca), a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL - con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“(…)

PRIMERA: Se Declare la Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio Consecutivo N°. 2013-51833 del 04 de Septiembre de 2013 proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante el cual se negó al actor la reliquidación de la PRIMA DE ACTIVIDAD, conforme lo ordenado en el Art. 4° del Decreto 2863 de 2007, aplicando el principio de oscilación conforme al Art. 34 de la ley 2 de 1945 y conservado en su espíritu de la ley en el art. 42 del Decreto 4433 de 2004.

SEGUNDA: Se reconozca por concepto de prima de actividad a favor de mi poderdante, un 49.5%, en atención a lo preceptuado en el artículo 34 de la ley 2 de 1945 (principio de oscilación) y al tenor de lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, aplicando la excepción de inconstitucionalidad sobre todas aquellas disposiciones (Decretos) que sin ningún tipo de sustento normativo de rango superior y trasgredido la jerarquía normativa, el principio de oscilación y de igual forma desmejorando laboralmente a mi poderdante, en la transición d activo a retirado, disminuye su partida computable de prima de actividad del 33% al 25%; llegaron incluso a condicionar dicha partida de acuerdo al tiempo de servicio.

TERCERA: Frente a una eventual negativa o inviabilidad de ese respetable Despacho, respecto a la anterior Declaración y Condena, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ORDENE a la entidad demandada; REAJUSTAR, RELIQUIDAR Y PAGAR LA PRIMA DE ACTIVIDAD, que a partir del 1 de julio de 2007; modificar la prima de actividad del 37.5% (como la tiene hoy día) al 41.5% como debe quedar sumando lo que tenía más el 16.5) en atención a la remisión expresa que sobre la materia hace el Decreto 2863 de 2007 (artículos 2 y 4) respecto a que este aumento debe ser el 16.5% correspondiente al 50% del miembro activo de las Fuerzas Militares al tenor de lo dispuesto en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990.

CUARTA: PAGAR la diferencia que resulte entre lo pagado y lo que ha debido pagar por concepto de no re liquidar la prima de actividad en forma legal.

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

SEXTA: ORDENAR a la demandada, dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículo 192 y 195 del CPACA desde que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo el pago.

(...)"

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se exponen:

"PRIMERO: Al señor TJ ® ROBERTO MORENO NIÑO le fue reconocida Asignación de Retiro a partir del 05 de Julio de 1999 mediante Resolución N°.

2483 del 20 de agosto de la misma anualidad, en fecha anterior a la expedición del Decreto 2863 del 2007, bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990.

SEGUNDO: Dentro de la mencionada asignación de retiro, por tener un reconocimiento según hoja de servicios de 24 años, 01 mes y 23 días, le fue reconocida una asignación de retiro del XX % (sic) de la sumatoria de todas aquellas partidas computables permanentes en la transición de miembro retirado.

TERCERO: No obstante a que mi poderdante devengaba un 33% por concepto de prima de actividad hasta el último momento de pertenecer a la Fuerza Aérea, al momento de reconocer su asignación de retiro a mi poderdante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, redujo dicha partida computable de Prima de Actividad al 25%.

CUARTO: Llegado el año 2007, el gobierno nacional de la época (...) expidió el Decreto 2863 de 2007, el cual (...) tuvo a bien incrementar dicha prima de actividad (...).

QUINTO: La demandada mediante una interpretación restrictiva, pretensiosa y ajena al verdadero espíritu normativo que modificó la materia, resultó aumentando la partida computable de Prima de Actividad de mi poderdante, del 25% (que venía devengando) a un 37.5% (el 50% de lo que devenga).

(...)

SEXTO: Mediante derecho de petición de fecha 26 de agosto de 2013, mi poderdante solicitó el reajuste, reliquidación y pago de la partida computable Prima de Actividad que devenga en su asignación de retiro.

SÉPTIMO: Mediante respuesta administrativa N°. 2013-51833 del 04 de septiembre de 2013, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó el derecho solicitado, argumentado que bajo su entender favorable, efectivamente aplicó la normatividad vigente desde el 1 de julio de 2007 de forma adecuada y que por lo tanto el incremento ordenado por el Decreto 2863, se efectuó en debida forma conforme en sus palabras, lo decretó el gobierno nacional.

(...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: 2, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90 y 229 de la Constitución Política.

De orden Legal: Ley 2ª de 1945, artículo 43; Decreto 1211 de 1990 artículo 169, Ley 923 de 2001 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004 artículos 13, 42 y 45. Ley 4ª de 1992 artículos, 10 y 13, Decretos 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, Ley 1437 de 2011, Ley 1437 de 2011 137, 138, 155, 152, 162, 163, 166, 192 y 195.

1.1.4 Concepto de violación.

La apoderada de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se resumen:

- Para el reajuste no debe tenerse en cuenta el tiempo de servicio, pues de acuerdo al principio de oscilación, que es un principio básico e inamovible, todo derecho que se perciba en actividad debe reconocerse en retiro.
- La demandada violó la norma contenida en el artículo 4º del Decreto 28763 de 2007, por falta de aplicación, de igual forma e indebida aplicación del acápite dos del artículo 2º, cuando a partir del 1º de julio de 2007, le reajustó a mi poderdante la prima de actividad del 25% tan solo el 37.5% cuando debió hacerlo al 41.5%, por lo tanto, el acto administrativo respecto del incremento de conformidad con el Decreto 2863 de 2007 se encuentra parcialmente viciado de nulidad.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La entidad demandada en memorial visible a folios 37-43, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

- La prima de actividad se liquida conforme 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 normatividad aludida por el demandante.

- El principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la Prima de Actividad, sino que al porcentaje ya reconocido sobre dicho emolumento se le aplica el incremento porcentual reconocido al personal en servicio activo.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandada: Ratifica todos y cada uno de los argumentos contenidos en la demanda. Solicita que en el evento de prosperar las pretensiones de la demanda no se condene en costas.

La **Parte demandante** y el agente **del Ministerio Público** guardaron silencio en esta atapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer "*Si el señor ROBERTO MORENO NIÑO, tiene*

derecho o no a que la entidad demandada le reajuste la pensión mensual de jubilación con la variación porcentual de la Prima de Actividad de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007”.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- El demandante prestó sus servicios a la Fuerza Aérea de Colombia, durante 24 años, 1 mes y 23 días, según consta en su hoja de servicios, visible a folios 6 y 7 del expediente.
- Por resolución N°. 2483 de 20 de agosto de 1999¹, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, le reconoció al señor Roberto Moreno Niño una asignación mensual de retiro, en la cual se incluyó, entre otras partidas, la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 25%.
- El día 26 de agosto de 2013², el demandante presentó derecho de petición ante la entidad demandada, cuyo objeto era obtener la reliquidación de la asignación de retiro como consecuencia del incremento de la prima de actividad en cuantía del 49.5%, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007.
- Mediante Oficio N°. 2013-51833 de 14 de septiembre de 2013³, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, le negó al demandante la reliquidación de la asignación de retiro con el reajuste de la prima de actividad.

2.3 MARCO NORMATIVO.

De la Prima de Actividad

Sea lo primero indicar, que la **prima de actividad**, como su nombre lo indica, es un emolumento salarial que inicialmente fue otorgada para aquellos miembros de la Fuerza Pública que se encontraban activos en la prestación del servicio, sin

¹ Folios 8-10.

² Según consta a folios 2-3.

³ Folio 4.

embargo, tal beneficio se hizo extensivo a los militares y policiales retirados que gocen de asignación de Retiro.

El **Decreto 0612 del 15 de marzo de 1977**⁴, en lo atinente a la prima de actividad, puntualizó:

“ARTÍCULO 65. Prima de actividad. Los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en servicio activo tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

(...)

ARTÍCULO 131. BASES DE LIQUIDACIÓN. <Decreto derogado por el artículo 259 del Decreto 89 de 1984> Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

(...)

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre; sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos liquidados conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava 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 y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto.”.

Las normas precitadas denotan una diferencia respecto del porcentaje reconocido a la prima de actividad cuando se percibe en servicio activo y cuando se está retirado del mismo, siendo mayor en la primera situación de ellas, dado que como antes se indicó dicho emolumento fue concebido inicialmente para los miembros de la Fuerza Pública que estuvieren en servicio activo.

Posteriormente, se expidió el Decreto Ley 2063 de 1984, el cual fue sustituido por el Decreto Ley 097 de 1989, y éste a su vez, por el Decreto 1211 de 1990, disposiciones que, como la primera, regulaban lo relativo a la inclusión de la prima de actividad como emolumento integrante de la asignación de retiro⁵.

El **Decreto 1211 de 1990**⁶, vigente para la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro al actor, al referirse a las prestaciones sociales a las que tienen derecho los

⁴ “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.”

⁵ Relato normativo realizado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-1406/00 fechada octubre 19 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁶ “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de Las Fuerzas Militares”

Oficiales y Suboficiales de la de las Fuerzas Militares una vez adquieran la calidad de retirados, consagró las bases de liquidación, así:

“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.”*

Es decir, claramente quedó establecido que la prima de actividad haría parte del cómputo a tener en cuenta en las prestaciones sociales unitarias o periódicas del personal retirado del servicio activo.

Respecto al cómputo de la mencionada prima de actividad, el referido decreto dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 159. 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 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%). (Nota: Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-888 de 2002.)”.*

Finalmente, el artículo 169 ibidem, al referirse a la oscilación de la asignaciones de retiro y pensiones remite en forma expresa al artículo 158 del decreto en cita, norma

que dispone que la prima de actividad se paga en los porcentajes previstos en dicho Estatuto, esto es, los consagrados en el artículo 159, veamos:

“ARTICULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.”.

De conformidad con las disposiciones anteriores, a partir del 8 de junio de 1990, fecha de publicación del **Decreto 1211 de 1990**, las asignaciones de retiro y pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se liquidarían con base en las partidas computables que taxativamente enlista el artículo 158 del mismo Estatuto, y en los porcentajes que allí se indican para cada uno de ellos.

Posteriormente, se profirió la **Ley 4 de 1992**, a través de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. El Congreso de la República al expedir dicha norma, atendió razones de justicia y equidad y dentro de ese propósito propendió por la nivelación salarial y prestacional en los distintos sectores de la administración pública, en cuyos lineamientos cabe destacar: **i)** fijación del límite máximo salarial de los servidores públicos de las entidades territoriales (parágrafo del artículo 12); **ii)** Escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública (art. 13); entre otros.

A través de la **Ley 923 del 30 de diciembre de 2004** se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería 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 artículo 1º dispuso que el Gobierno Nacional con sujeción

a las normas, criterios y objetivos allí contenidos, fijaría el régimen **de la asignación de retiro**, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, **y los reajustes de estas**, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública. Por su parte el artículo 2 **ibídem**, consagró que para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendría en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

“...
2.4. *El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas*”.

Siguiendo con la misma norma, se tiene que en cuanto al reajuste de la asignación de retiro, el artículo 3º indicó:

“ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”. (Negrita del Despacho).

Y precisamente fue en desarrollo de la Ley 923 que el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004**, a través del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, que al referirse a las partidas computables que deben tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro, dispuso:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. (Negrita del despacho).

“ARTÍCULO 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

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

Atendido lo dispuesto en la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004, se precisa que dichas normas no hicieron referencia en forma autónoma al concepto y configuración de lo que es la “Prima de Actividad” aplicable al personal retirado, de manera que para saber cuál es el monto para calcular la asignación de retiro se debe acudir a las reglas establecidas en el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990.

De conformidad con el recuento normativo realizado por este Despacho, establece que la prima de actividad ha sido consagrada como parte integrante de la asignación mensual de retiro y como factor salarial para la liquidación de las asignaciones de retiro. El **Decreto 1211 de 1990**, señaló expresamente los porcentajes en los cuales se computaría la prima de actividad, dependiendo el tiempo de servicio.

Entiende el Despacho que el principio de oscilación en la aplicación de las asignaciones de retiro tiene como consecuencia permitir el incremento de las aquellas, con el fin de que no pierdan su poder adquisitivo y nivelarlas con las variaciones que se dispongan para el personal que se encuentra en actividad y no en modificar con fundamento en normas posteriores, el porcentaje de la prestación ni de los factores tenidos en cuenta, porque la liquidación debe efectuarse con fundamento en la norma vigente al momento del reconocimiento de la prestación.

Ahora bien, el **Decreto 2863 de 2007**⁷, ordenó el incremento del porcentaje de la prima de actividad, así:

*“Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:
Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, **68 del Decreto-ley 1212 de 1990** y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.*

*Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y **141***

⁷ Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones

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.(...)(Subraya y negrita por el Despacho).

De la norma anteriormente citada, se establece que el legislador ordenó respecto de la prima de actividad **“Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007”** el porcentaje de la prima de actividad que trata el artículo 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, y además ordenó que para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, que trata el artículo 163 del Decreto-ley 1211 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%), También dispuso en el artículo 4 que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, beneficiarios de asignación de retiro obtenida **antes del 1° de julio de 2007**, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado los militares en servicio activo correspondiente.

Conforme lo anterior, éste Despacho establece que para ser beneficiario del incremento de la prima de actividad “en un 50%” conforme el Decreto 2863 de 2007 se requiere:

1. Ser Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.
2. Ser beneficiario de la prima de actividad conforme 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. Ser beneficiario de la asignación de retiro antes del 1 de julio de 2007.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. Caso Concreto

Respecto de la reliquidación de la prima de actividad es preciso indicar que no le asiste el derecho al demandante, por cuanto, de acuerdo con lo demostrado en el proceso, se establece que al señor Roberto Moreno Niño le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 05 de julio de 1999, como se evidencia en el contenido de la Resolución No. 2483 20 agosto de 1999 (folio 8-10), motivo por el cual se debe aplicar lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, respecto al porcentaje de prima de actividad sobre la asignación de retiro, como quiera que dicha normatividad era la vigente a la fecha de adquisición del status de retirado.

Así las cosas, al ser el Decreto 1211 de 1990 la normatividad aplicable para reconocerle la asignación de retiro al actor, debe observarse lo dispuesto en el artículo 159 *ibídem* en lo concerniente al porcentaje sobre el cual se debe liquidar la prima de actividad.

En consecuencia, si se tiene en cuenta el señor Roberto Moreno Niño prestó sus servicios como técnico Jefe de la Fuerza Aérea siendo su última unidad CATAM, de Guarnición Bogotá D.C., durante 24 años, 1 mes y 23 días, la prima de actividad debió reconocerse en un valor equivalente al 25% del sueldo o asignación básica, y posteriormente, a partir de la vigencia del Decreto 2863 de 2013, en un porcentaje igual al 37.5%, y no como lo pretende la parte accionante sobre un 49.5% (pretensión principal) o en un 41.5% (pretensión subsidiaria).

Sobre el punto en comento, es de caso indicar que la entidad demandada en virtud de los incrementos contemplados por los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, realizó un incremento respecto del rubro de prima de actividad, según lo indicado por dicha parte en un porcentaje equivalente al 12.5% a partir del mes de julio de 2007 (entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007), esto es, el equivalente al 50% del porcentaje que venía percibiendo por dicho concepto (25%), razón suficiente para determinar que el acto demandado se encuentra ajustado a derecho, y por tanto, se deberán despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Amén de lo anterior, se precisa que las disposiciones contenidas en el Decreto 2863 de 2007, hacen referencia al incrementó de la Prima de Actividad en un porcentaje igual al incrementado al personal en servicio activo (50%), ello quiere decir, que lo que se toma en cuenta para efectos de aumentar el valor de dicho rubro es el porcentaje

percibido en la asignación de retiro o pensión, mas no la cuantía reconocida al miembro activo de la Fuerza Pública, pues como se indicó en el marco normativo, la forma de liquidar el referido emolumento, opera de manera distinta tanto para el personal activo como para el retirado.

De otro lado, resalta que el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", en sentencia del 26 de marzo de 2009, Expediente 73001233100020060096401, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez, concluyó que la prima de actividad se liquida y paga con la norma vigente al momento en que el actor causó el derecho a la asignación de retiro, como aquí se indicó.

En consecuencia, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse al no encontrarse demostrada la ilegalidad del acto administrativo acusado frente a dicha pretensión.

Condena en costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones⁸ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B.

mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho a la defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se

Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: MANUEL WADIS RODRÍGUEZ JIMÉNEZ. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

* SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: TERESA ELENA SÁNCHEZ BERMÚDEZ. Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).

* SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: ANA ORFILIA PALACIOS DE MOSQUERA. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP).

* SECCION CUARTA. Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: COOPERATIVA DE CONSUMO. Demandado: MUNICIPIO DE MEDELLIN.

observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

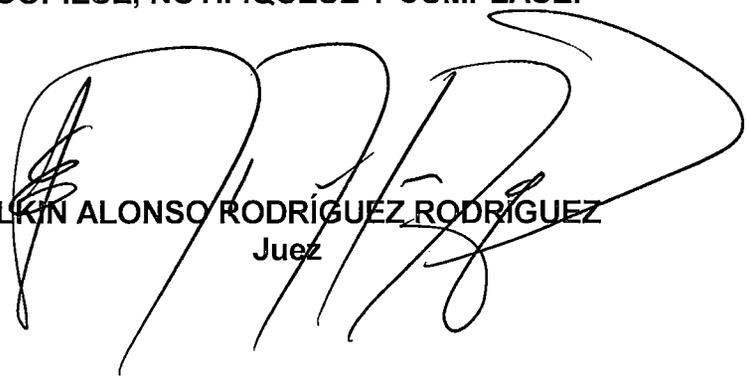
PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No hay lugar a la condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez