

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017).

Expediente : **11001-3342-046-2016-00194-00**
Demandante : **RAFAEL SANTIAGO ESPITIA SANCHEZ**
Demandado : **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Rafael Santiago Espitia Sánchez, mediante apoderada, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar 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, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.12-22).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad del Oficio No. 2014-83805 de 28 de octubre de 2014, por medio del cual, negó la reliquidación de la prima de actividad, conforme al artículo 4º del Decreto 2863 de 2007.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...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 que sin ningún tipo de sustento normativo de rango superior y transgrediendo la jerarquía normativa (...) frente a una eventual negativa o inviabilidad de ese respetable despacho, respecto de 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 % al 41,5% en atención a la remisión expresa que sobre la materia hace el Decreto 2863 de 2007, respecto a que este aumento debe ser del 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.

Pagar la diferencia que resulte entre lo pagado y lo que ha debido pagar por concepto de no reliquidar la prima de actividad de forma legal.

Condenar a la demandada a pagar en forma actualizada las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor (...)

Ordenar a la demandada, dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 192 y 195 del CPACA desde que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo el pago".

1.3 Hechos.

Relata el demandante que le fue reconocida Asignación de Retiro en un 78% a partir del 16 de noviembre de 1976 mediante Resolución No. 7030.

"No obstante a que mi poderdante devengaba un 33% por concepto de prima de actividad hasta el último momento de pertenecer al Ejército Nacional, 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%.

(...) la demandada mediante una interpretación restrictiva, pretenciosa y ajena al verdadero espíritu normativo que modificó la materia, resultó aumentando la partida computable de prima de actividad de mi poderdante, del 25% a un 37,5%.

(...) mediante derecho de petición de fecha 8 de octubre de 2014, mi poderdante solicitó el reajuste, reliquidación y pago de la partida computable prima de actividad que devenga en su asignación de retiro.

Mediante respuesta administrativa No. 2014-83805 del 29 de octubre de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó el derecho solicitado (...)"

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas la 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 artículos 137, 138, 155, 152, 162, 163, 166, 192 y 195.

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 2863 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 su 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.

1.5 Contestación de la demanda.

La entidad demandada, 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.

Audiencia inicial.

El 4 de mayo de 2017, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión:

La parte demandante Guardó silencio.

La entidad demandada Reiteró los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se planteó en el sentido de determinar si el demandante tiene derecho a que se le reliquide la prima de actividad equivalente al 49,5% en virtud de lo contemplado en el Decreto 2863 de 2007, en el artículo 34 de la Ley 2 de 1945 y en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Petición de fecha 6 de octubre de 2014 mediante el cual el actor solicitó el reconocimiento y liquidación de la prima de actividad (fs.2-3).
- ✓ Oficio No. 0083805 de 29 de octubre de 2014 por medio del cual la entidad niega la petición elevada por el demandante (fs.4-5).

- ✓ Resolución No. 1030 de 27 de septiembre de 1976 por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al accionante (fl.6).
- ✓ Hoja de servicios No. 0302 EJC -76 del Sargento Primero Espitia Sánchez en la que consta que prestó su servicio a la entidad durante 22 años 2 meses y 9 días (fs.7-8).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

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 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 1977¹, 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.”.

¹ “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.”.

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 retiro².

El Decreto 1211 de 1990³, al referirse a las prestaciones sociales a las que tienen derecho los Oficiales y Suboficiales 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*

² Relato normativo realizado por la H. Corte Constitucional en sentencia C-1406/00 fechada octubre 19 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

³ “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de Las Fuerzas Militares”

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 ibídem, 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 2007⁴, 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 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

⁴ Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones

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 o 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.

CASO CONCRETO

De los hechos demostrados se tiene que por Resolución 1030 de 27 de septiembre de 1976 se resolvió reconocer y pagar val sargento Primero ® del Ejercicio Rafael Santiago Espitia Sánchez una asignación mensual de retiro en un porcentaje del 78% con base en el sueldo básico y las partidas computables en los porcentajes determinados en la referida resolución siendo la prima de actividad en un 15% tal como lo señalaba el artículo 116 del Decreto 2337 de 1971⁵.

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 Rafael Santiago Espitia Sánchez le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 16 de noviembre de 1976, como se evidencia en el

⁵ ARTÍCULO 116. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

a. Cesantía y demás prestaciones unitarias: Sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su 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;

b. Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijo legítimos un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad de quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su 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 en este Decreto.

contenido de la Resolución No. 1030 de 27 de septiembre de 1976 citada (fl.6), motivo por el cual se debe aplicar lo dispuesto en el Decreto 2737 de 1971, respecto al porcentaje de prima de actividad sobre la asignación de retiro, comoquiera que dicha normatividad era la vigente a la fecha de adquisición del status de retirado.

Así las cosas, al ser el Decreto 2337 de 1971 la normatividad aplicable para reconocerle la asignación de retiro al actor, debe observarse lo dispuesto en el artículo 116 *ibídem*⁶ en lo concerniente al porcentaje sobre el cual se debe liquidar la prima de actividad que equivale a un quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado.

Ahora bien posteriormente se expidió el **Decreto Ley No 89 DE 1984** estableció el porcentaje de computo de la prima de actividad⁷ para individuos con veinte a mas años de servicio pero con menos de veinticinco en el veinticinco por ciento (25%).

El artículo 161 del mismo estatuto consigna la oscilación de asignaciones de retiro y pensiones de la siguiente manera: *"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 151 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal más alto. 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. (...)"*

⁶ ART. 116 A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

a. Cesantía y demás prestaciones unitarias: ...;

b. Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijo legítimos un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, **una prima de actividad de quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su 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 en este Decreto.

⁷ **Artículo 152.** Computo Prima de actividad. A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se computará 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 y tres por ciento años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

Posteriormente se expide el **Decreto ley 095 de 1989** estableció igual porcentaje los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia de este Decreto, estableciendo en el artículo 155 cómo se haría el reconocimiento de la prima de actividad en goce de asignación de retiro en los siguientes términos:

“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%).

Parágrafo. *Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma.”*

El artículo 263 íbidem estableció que ese Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto-Ley 89 de 1984 y surte efectos fiscales con fecha de 1º de enero de 1989; la fecha de la publicación es de 11 de enero de 1989.

Mediante el Decreto Ley 1211 de 1990, el Presidente de la República reformó el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y **consigno en el artículo 160 igual disposición en cuanto a la prima de actividad⁸**; este Decreto rige a partir del 8 de junio de 1990 y derogó el Decreto Ley 095 de 1989.

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en

⁸ ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa: -En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%). -En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%). En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%). PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias.

factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Ahora bien, el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007 modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007⁹, y dispuso incrementar en un 50% a partir del 1.º 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 1990¹¹.

El referido Decreto en el artículo 4º, consagra:

“Artículo 4º. 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 1º 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 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.”

Entonces, a partir de las normas transcritas se evidencia que el principio de oscilación, contemplado especialmente para calcular el monto de las asignación de retiro, apunta a que se deben tener en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado.

⁹ Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así: **Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84º del Decreto-ley 1211 de 1990, 68º del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38º 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%).

¹⁰ Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial

¹¹ Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º 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%).

Lo anterior significa, que la oscilación implica la existencia de una modificación, por medio de norma posterior, de la asignación devengada en actividad, la cual deberá incluirse, igualmente, para efectos de liquidar las asignaciones de retiro ya reconocidas.

Sin embargo, los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007, expedidos después del reconocimiento de la asignación de retiro del actor, en nada le aumentan a los miembros de las Fuerzas Militares los porcentajes correspondientes a la prima de actividad establecidos en el Decreto 089 de 1984, pues no incrementaron sus asignaciones salariales que, en consecuencia debe verse reflejado en la asignación de retiro, de conformidad con el principio de oscilación.

Por el contrario, esas disposiciones contienen una modificación, a partir de su expedición, en la forma de liquidar las asignaciones de retiro, al establecer como partida computable para tales efectos, el porcentaje total de la prima de actividad devengada en servicio; y no como lo especificó en su momento el Decreto 089 de 1994 en tanto los porcentajes resultaban menores que los devengados en actividad.

Adicional a lo anterior, se advierte que el incremento del 50% al que hace alusión el actor, es para la prima de actividad establecida en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, norma que remite a los artículos 84¹² del Decreto-ley 1211 de 1990, 68¹³ del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38¹⁴ del Decreto-ley 1214 de 1990, entre los cuales no se encuentra el Decreto número 2337 de 1971, ni el Decreto 089 de 1984, disposiciones aplicables al actor para la época en que adquirió su derecho a la asignación de retiro (16 de noviembre de 1976).

En consecuencia, si se tiene en cuenta el señor Espitia Sánchez prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 22 años, 2 mes y 9 días, la prima de actividad debió reconocerse en un valor equivalente al 15 % y reajustarse al 25% del sueldo o asignación básica, y posteriormente, a partir de la vigencia del Decreto 2863 de

¹² ARTÍCULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

¹³ **ARTICULO 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.

¹⁴ ARTÍCULO 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.

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 aumento 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 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", en reciente 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.

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 los que se ventile un interés público, la sentencia

dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”¹⁵.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁶, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

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 en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General

¹⁵ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

(...)

¹⁶ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia..." y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte actora esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹⁷

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. NIEGANSE LAS SUPlicas DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez

¹⁷ Postura que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL.