REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CALI

SENTENCIA No. 077.

PROCESO:	76-001-33-33-010-2016-00244-00
DEMANDANTE:	APOLINAR HERRERA SERNA
DEMANDADO:	CREMIL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Santiago de Cali, Noviembre dieciséis (16) de dos mil veintiuno (2021).

APOLINAR HERRERA SERNA quien actúa por intermedio de apoderado judicial, acude a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, solicitando se hagan las siguientes o similares:

DECLARACIONES Y CONDENAS:

PRIMERA.- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido el Oficio No. 40940-Expediente 14946622 (T) de fecha 8 de junio de 2016, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL negó la reliquidación de la asignación mensual de retiro del actor con el incremento de la prima de actividad.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la parte accionada reajustar la asignación mensual de retiro del actor con aplicación del incremento de la prima de actividad, en los términos del Decreto 2863 de 2007.

TERCERA.- Que se condene a la entidad demandada a pagar al demandante, el valor equivalente a la diferencia entre lo pagado por la demandada y lo que debió pagar legalmente, valor que deberá ser indexado.

CUARTA. Que todas las sumas reconocidas sean ajustadas al Índice de Precios al Consumidor y se ordene dar cumplimiento a la sentencia conforme con los artículos 193 y 195 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTA.- Que se condene en costas y agencias en derecho.

Las anteriores pretensiones se fundan en los siguientes:

H E C H O S:

1- Refiere que mediante la Resolución No. 0586 del 12 de agosto de 1981, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL dio lugar al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro a favor del accionante a partir del 16 de septiembre 1981 en cuantía de 74%.

2.- Que para el 12 de mayo de 2016, el demandante radicó ante la demandada petición solicitando la reliquidación de su asignación mensual de retiro, con el fin de que fuera reajustado el porcentaje de reconocimiento de la prima de actividad, conforme con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

3- Petición que fue atendida de manera negativa por la entidad demandada mediante el Oficio CREMIL 40940-Expediente 14946622 (T) de fecha 8 de junio de 2016.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Cita como disposiciones violadas, las siguientes:

- -Ley 100 de 1993. Artículo 14 y 279 Parágrafo 4º
- Ley 238 de 1995
-Decreto 1211 de 1990. Articulo 169
-Decreto 2863 de 2007

Señala que el Decreto 2863 de 2007 estableció un incremento del 50% del porcentaje de la Prima de Actividad que venían devengando los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo

y que el artículo 4 del mismo decreto señaló que en virtud del principio de oscilación, los oficiales y suboficiales con asignación de retiro obtenida antes del 01 de julio de 2007, tienen derecho a que la partida computable de prima de actividad se le ajuste en el mismo porcentaje en el que se haya ajustado el de los oficiales y suboficiales en servicio activo.

Que de acuerdo a lo anterior, CREMIL incrementó la asignación de retiro del demandante con efectos fiscales desde el 01 de julio de 2007, y que no obstante ello, la entidad demandada realizó una indebida interpretación y no aplicó el incremento en la forma aritmética que correspondía al 16.5%, sino en forma conceptual, es decir, incrementó en un 50% la partida computable de prima de actividad, aplicando un aumento del 12.5% sobre la mencionada partida, dejando de incrementarla en un 4%.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

La entidad demandada contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, argumentando que al demandante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 25% por concepto de prima de actividad a partir del 17 de agosto de 1989 y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado al 37.5%, porcentaje reconocido al actor de acuerdo al tiempo de servicios acreditado, aclarando que el porcentaje reconocido fue el tope máximo permitido por el legislador para la época.

Señala que si bien es cierto la prima de actividad del personal activo y del personal retirado se debe incrementar en el mismo porcentaje (50%), en desarrollo del principio de oscilación, también lo es que la prima de actividad reconocida y devengada que se debe incrementar es diferente, pues conforme al artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares activos corresponde al 33%, mientras que la del personal de oficiales y suboficiales retirados corresponde al porcentaje establecido en el decreto vigente para la fecha de retiro.
Considera que si se coteja lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 y el incremento a la asignación de retiro del actor, se evidencia correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de CREMIL, pues a la entidad le

correspondía realizar un incremento del 12.5% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5% con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

Señala que si el reconocimiento de la asignación de retiro de la parte actora cumple con el cómputo de la prima de actividad que continúa vigente en un monto proporcional al tiempo de servicio, acorde con lo establecido tanto en los decretos 612 de 1977 y 095 de 1989, como en el Decreto 2863 de 2007, el desconocimiento de los derechos adquiridos alegados en la demanda carece de fundamento.

Propone como excepciones: No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL, y prescripción.

TRAMITE DE LA DEMANDA.

Admitida la demanda y surtida la notificación a la entidad demandada quien contestó de manera oportuna, se citó a audiencia inicial en la que se decretaron pruebas. Una vez practicadas se cerró el debate probatorio y se dispuso que los alegatos de conclusión fueran presentados por escrito, ante la falta de disponibilidad de salas para programar la audiencia de alegaciones y juzgamiento

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada

Dentro del término, la parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión (fl. 115)

Parte demandante

Presentó alegatos de conclusión insistiendo que la demandada incurrió en falsa motivación del acto administrativo demandado al adoptar una decisión apreciando los hechos en una dimensión equivocada , al interpretar el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 en forma equivocada, pues no tiene en cuenta la génesis, el concepto y la forma en que debe aplicarse el principio de oscilación a los miembros de la Fuerza Pública en reserva activa y solamente

aplica una concesión teórica y no matemática como lo exige la esencia de la norma (fls.105-110).

Representante del Ministerio Publico

Allega Concepto Nº102-2018 mediante el cual una vez referenciada jurisprudencia, concluye que en el caso en concreto se tiene que el Sargento Primero Apolinar Herrera Serna no tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro por el factor prima de actividad en el porcentaje solicitado, toda vez que su derecho pensional fue reconocido a partir del 16 de septiembre de 1981. Adicionalmente se acreditó que se le reajustó la prima de actividad en porcentaje de 50% del porcentaje de la prima de actividad conforme al artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, que dispuso que las asignaciones de retiro obtenida con anterioridad a su entrada en vigencia, se reajustarían en el mismo porcentaje del incremento regulado para el personal activo; lo cual no implica que el valor final sea el mismo, sino que lo que se extiende es el incremento, esto es, el 50% que aplicado sobre el 25% inicialmente reconocido, da un total del 37,5% que es el que actualmente devengado por dicho concepto.

Teniendo en cuanta las anteriores precisiones, solicita no acceder a las pretensiones de la demanda.

Surtido el trámite de rigor, procede este Juzgador a desatar la controversia planteada, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se cuestiona la legalidad del acto enjuiciado, debiendo determinar si el demandante tiene derecho al reajuste de la prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro, para cuyo efecto argumenta una errónea interpretación del Decreto 2863 de 2007.

Sea lo primero advertir que las excepciones formuladas no tienen vocación de prosperidad, como quiera que se confunden con el fondo de la controversia, por lo que se declararán imprósperas.

Para este efecto, se expondrá la Naturaleza de la prima de actividad, y se resolverá el caso concreto.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

- ✓ A fl 8, obra la petición de reajuste de la asignación mensual de retiro incoada por el actor el 13 de mayo de 2016.

- ✓ A folio 5, obra oficio N°40940 del 8 de junio de 2016 suscrito por la Oficina Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y mediante el cual se niega el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro.

- ✓ A folio 12, obra oficio MDN-CGFM-CGASL-1.10 del 29 de julio de 2016 y suscrito por el Jefe de Estado Mayor Conjunto Fuerzas Militares, donde se certifica el incremento en 16.5% de la prima de actividad, en cumplimiento de lo ordenado en el articulo 2° del Decreto 2863 de 2007, que sumado al 33% que venían devengando los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se reconoce en la actualidad el 49.5%.

- ✓ A fl.60 vuelto, obra la hoja de servicios No. 203 que da cuenta que el actor prestó sus servicios al Ejercito Nacional, por el lapso de 21 años, 5 meses y 5 días.

- ✓ A fl. 67, obra la Resolución No. 586 del 12 de agosto de 1981 con la que le fue reconocida al demandante la asignación mensual de retiro equivalente al 74% del sueldo básico y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 16 de septiembre de 1981.

Naturaleza de la prima de actividad

La prima de actividad tiene su génesis con la expedición de la Ley 131 de 1961 "*Por la cual se crea una prima a favor del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*", la que en sus artículos 10 y 30 dispuso lo siguiente:

> *"Articulo 10. El personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho a una prima de actividad igual al quince por ciento (15%) de su sueldo básico mensual."*

"Articulo 30. Las primas de que trata esta ley no son computables para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales."

Por su parte, el Consejo de Estado ha manifestado en su jurisprudencia[1] que la prima de actividad se estableció desde su creación como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en 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 Congreso de la República trazó unas pautas en cuanto al régimen prestacional de la Fuerza Pública bajo las cuales el Gobierno Nacional fijó a partir de varias normas, lo concerniente a la prima de actividad en los porcentajes correspondientes teniendo en cuenta para cada caso, los años de servicio y la condición del servidor, es decir si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Posteriormente, la prima de actividad fue desarrollada en el artículo 116 del Decreto 2337 de 1971[2], que disponía, que la misma sería equivalente al *"quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado"*; correspondiendo su siguiente desarrollo normativo, al artículo 152 del Decreto 089 de 1984, que frente al cómputo de la prima de actividad dispuso lo siguiente:

"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%)

---

[1] **Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación No. 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).**

[2] *"Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares"*.

Para. Individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más y tres por ciento años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%). "(Resalta el Despacho).

Norma que fue derogada por el Decreto Ley 95 de 1989, *"por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares"*, el que en su artículo 155 dispuso frente al reconocimiento de la prima de actividad, lo siguiente:

"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%). (...)".

Disposición normativa que fue abstraída del ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia del Decreto 1211 de 1990 "*por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*", el que en su artículo 84 consagró frente a la prima de actividad, lo siguiente:

"*Articulo 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 (sic) equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*"

Por su parte en el artículo 159 del mismo Estatuto, se dispuso expresamente que la prima de actividad debía ser considerada como factor de cómputo de las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública, en los siguientes términos:

"*Artículo 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 computara 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%)." (Negrilla del Despacho).

Posteriormente se expidió Ley 923 de 2004 "*mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*", y en desarrollo de la misma el Gobierno Nacional profirió el Decreto Ley 4433 del 31 de diciembre de 2004, por medio del cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el cual en su artículo 13 dispuso:

"*Artículo 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 6° 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.
13.2 Soldados Profesionales:
13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.
13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...)" (Resalta el Despacho).

Ahora bien, en cuanto a la vigencia de este estatuto y las normas que derogaba, se dispuso en el mismo:

"*Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley1793 de 2000.*"

Posteriormente, se expidió el Decreto 2863 de 2007 el que en su artículo 2º establece un incremento del cincuenta por ciento (50%) del porcentaje de la prima de actividad, el cual fue otorgado al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como también para los empleados públicos no uniformados del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

"*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 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%).***" (Resalta el Despacho).

En el artículo 4º ibidem estableció para las asignaciones de retiro, lo siguiente*:*

"*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 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 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.*

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones." (Negrilla del Despacho).

De acuerdo con el análisis que precede, en el cual se identificaron las normas que regulan la prima de actividad, se aborda a continuación el análisis del caso en concreto.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso en concreto y conforme con el acervo probatorio enlistado en precedencia, se encuentra acreditado que el demandante prestó sus servicios por más de 21 años, siendo su último grado el de Sargento Viceprimero, a quien se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución 586 del 12 de agosto de 1981 (fl. 67 vuelto), debiéndose señalar que en esta oportunidad solicita que la entidad demandada reajuste dicha asignación, teniendo en cuenta para ello el incremento de la prima de actividad en un 50%.

Como sustento de la referida pretensión, el interesado requiere que se aplique en debida forma lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 por considerar que el porcentaje de incremento del 50% debe aplicarse a la prima de actividad que es percibida por el personal en actividad y la entidad lo aplicó al porcentaje reconocido como partida computable en su asignación de retiro.

La interpretación sobre la cual la parte actora sustenta la falsa motivación del acto enjuiciado no es de recibo por este operador judicial, en tanto que el Decreto 2863 de 2007 distinguió la aplicación del 50% de la prima de actividad del personal que la percibía en actividad y del que la percibía en condición de retiro por pensión o en la modalidad de asignación de retiro (artículos 2 y 4).

En efecto, mientras que en el artículo 2º del Decreto se establece el 50% del incremento de la prima de actividad en servicio activo, en el artículo 4º se consagra que ese mismo porcentaje (50%) sea aplicado en las asignaciones de retiro o pensiones, es decir que la referencia que se hace en el artículo 4º respecto al derecho al reajuste en el mismo porcentaje que se haya hecho en servicio activo no impone que se deba considerar que la base para aplicar este porcentaje sea la que se percibe en servicio activo, sino que lo será respecto del porcentaje en que fue tenida en cuenta la partida computable.

Así pues, en este caso la prima de actividad como partida computable liquidada en la asignación de retiro del demandante era del 25% del sueldo básico y le fue incrementada en 12.5%, es decir que se aplicó el 50% sobre la partida devengada en retiro, lo cual corresponde a lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007.

En relación con esta materia, el Consejo de Estado en sede de tutela ha abordado su análisis, en los siguiente términos:[3]

> *"(…) Para la Sala, es claro que la decisión del tribunal fue consecuencia de la adecuada interpretación de las normas relativas al régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública. En efecto, es razonable concluir que el personal retirado tiene derecho al reajuste porcentual de la prima de actividad, pero con base en lo que ha venido devengando por ese concepto en la asignación de retiro, mas no con base en el monto de la prima de actividad pagada al personal en servicio activo. Justamente, tomar el porcentaje reconocido por concepto de prima de actividad a los oficiales y suboficiales de la fuerza pública en servicio activo y aplicárselo al personal que goza de asignación de retiro, implicaría aceptar una uniformidad que no está prevista en la normativa invocada por el actor, pues el porcentaje que se reconoce por concepto de prima de actividad en las asignaciones de retiro varía de acuerdo con el tiempo de servicio prestado por el militar retirado. De acuerdo con lo expuesto, para la Sala, es claro que la sentencia cuestionada no adolece de defecto sustantivo ni desconoció el principio de in dubio pro operario, por lo tanto, no vulneró los derechos fundamentales invocados por Juan Alfonso Fierro Manrique. (…)"*
>
> *(…) Sobre el punto, el Tribunal puso de presente que a través del artículo 37 del Decreto 673 de 2008 se derogó el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4º, es decir, lo relacionado con el incremento de la prima de actividad para el personal uniformado en goce de asignaciones retiro, pues el principio de oscilación siguió con plena vigencia. Así las cosas, para el caso en concreto manifestó que, al actor en un primer momento, se le incluyó un 20% por factor de prima de actividad en la asignación de retiro, por lo que sobre ese porcentaje se debía aplicar el incremento del 50% dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 , como en efecto ocurrió. Por lo anterior concluyó que la entidad no le adeuda al tutelante adición alguna por este concepto, pues dio estricta aplicación al Decreto 2863 de 2007, incrementando la partida computable por prima de actividad en un 50%, es decir, hasta alcanzar el 30% que actualmente percibe. Como se observa, el Tribunal demandado efectuó una interpretación lógica del alcance de las normas referidas al caso y también precisó a qué valores aplica el aumento de la prima de actividad de conformidad con el Decreto 2863 de 2007. Para esta Sala la sentencia censurada no incurrió en defecto sustantivo en la medida en que efectuó una interpretación razonable de las normas aplicables al caso..(…)".*

Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 30 de agosto de 2017. Radicación numero: 11001-03- 15-000-2017-00893-01(AC) 21 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 22 de febrero de 2018. Radicación número: 11001-03- 15-000-2017-02706-01(AC) EXPEDIENTE:

---

[3] Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 30 de agosto de 2017. Radicación numero: 11001-03- 15-000-2017-00893-01(AC) 21 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 22 de febrero de 2018. Radicación número: 11001-03- 15-000-2017-02706-01(AC)

19001-33-33-009-2016-00259-01 M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO ACTOR: JOSE ANTONIO BARBOSA DEMANDADO: CASUR Página 17 de 19 "En ese orden de ideas, la Subsección encuentra que como los derechos pensionales se causaron en vigencia del Decreto 1211 de 1990, resulta aplicable la disposición del artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007 que establece que el aumento para el personal oficial retirado que devengue asignación de retiro con anterioridad a su entrada en vigencia, será en el mismo porcentaje del incremento regulado para el personal activo. Sin embargo, es necesario precisar que dicha norma sólo hace referencia al quantum del incremento, el cual corresponde a un 50%, sin establecer la forma en que debía liquidarse dicho aumento, esto es, sobre el porcentaje que venían devengando por concepto de prima de actividad o sobre el porcentaje que devenga un miembro activo de las Fuerzas Militares en el mismo grado. Lo anterior significa que ante el vacío del Decreto 2863 de 2007 y la ausencia de pronunciamiento de unificación o línea jurisprudencial al respecto, permite a las autoridades judiciales en virtud de la libertad de interpretación y autonomía del juez realizar interpretaciones judiciales diversas. Así las cosas, ante la diferencia de criterios para resolver el tema objeto de estudio, el Tribunal accionado adoptó su decisión con una de las posiciones que puede asumirse sobre el tema en discusión, esto es, aplicar el aumento del 50% sobre el porcentaje que fue incluido para computar la prima de actividad en el reconocimiento de la asignación de retiro del señor Lenis Morales y no en el porcentaje ajustado al del activo correspondiente, como así lo pretende el accionante. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal Administrativo explicó que el incremento aplicado a la asignación del retiro dispuesto en el artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007 en ningún momento pretendió equiparar la prima de actividad del retirado a la del activo y por tanto, el aumento del 50% dependía del porcentaje reconocido en la Resolución 1300 de 1996. En ese sentido, consideró que la entidad demandada actuó correctamente al reajustar la prima de actividad en un 30% y tener en cuenta para ello un incremento del 50% sobre lo que venía devengando el tutelante en la asignación de retiro.".

En razón de lo expuesto es menester negar las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El Consejo de Estado[4] respecto de la condena en costas que incluye las agencias en derecho en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional

[4] Sentencia 2012-00144 de junio 8 de 2016, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Rad.: 15001-2333-000-2012-00144-01.

realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, prevé que las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos legales mensuales vigentes o en un porcentaje hasta del 20% relativo al valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia

Conforme a las anteriores reglas, observa el Despacho que el proceso corresponde a uno de primera instancia, en donde se negaron las pretensiones de la demanda en sentencia proferida de manera escrita, la única erogación que se generó fue la de cancelar los gastos ordinarios del proceso, que corresponden a una carga única y determinada de la parte demandante, en suma de acuerdo a los preceptos que hemos citado, esta agencia judicial se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cali, del Valle del Cauca, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

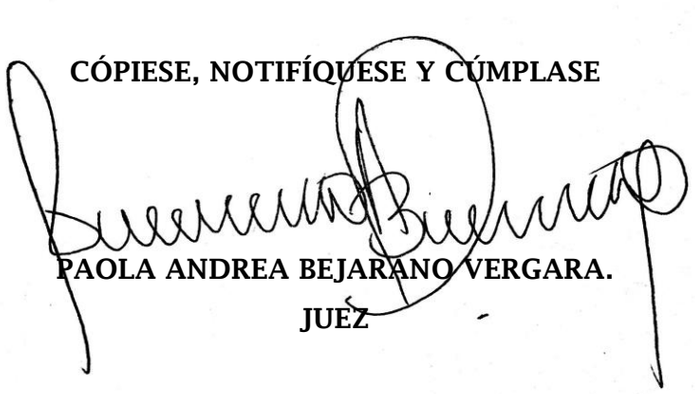
FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas constancias secretariales de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA BEJARANO VERGARA.
JUEZ