



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: No. 110013335-012-2016-00105-00
ACCIONANTE: JOSE FIDEL CHACON CAMACHO
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

**AUDIENCIA DE FALLO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 138-18**

En Bogotá D.C. a los 17 días del mes de abril de 2018, siendo las nueve de la mañana (09:00 A.M), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias No.37 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: DR. JULIO CESAR CABRERA MAYORAL.

Parte demandada: DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS.

No asiste la representante del Ministerio Público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

En audiencia llevada a cabo el día 22 de febrero de 2018 este Despacho consideró necesario realizar el estudio de las sentencias de tutela mencionadas en los alegatos de conclusión realizado por el apoderado de la parte demandante por cuanto podría tener incidencia en la decisión a tomar.

Una vez realizado el examen de las providencias allegadas y previo a emitir el fallo se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que se pronuncien acerca de si observan irregularidad dentro del proceso que deba ser saneada.

FALLO

PROBLEMA JURIDICO.

Se contrae a establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiario, con el reajuste de la prima de actividad en los términos en que se liquida al personal activo de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

CONSIDERACIONES

Debe anotarse en primer término que la **Prima de actividad**, es un beneficio que se incluye en la remuneración de los miembros de las fuerzas militares en actividad, y también es incluida como partida computable en la asignación de retiro. Está regulada para el personal de Oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en el Decreto 1211 de 1990 el cual estableció:

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

(...)

"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%)."

El **Decreto 2863 de 2007** (Art. 2 y 4) por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, ordenó incrementar en un 50% 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. (Subrayado fuera del texto original)

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.

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.

Posteriormente el **decreto 673 de 2008** en su artículo 37 deroga el decreto 2863 de 2007, dejando vigente solo su artículo 4°:

“Artículo 37. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4° y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2008” (subrayado fuera del texto).

Y en su artículo 31, el decreto 673 de 2008 determinó que para el personal activo la prima de actividad sería de 49.5% mientras que para el cómputo de la mencionada prima en las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión se ajustaría el porcentaje a que se tuviera derecho según el tiempo de servicios en un cincuenta por ciento (50%).

Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

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%).

Los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016 regulan el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares para el año respectivo, replicando la norma anterior.

CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que en virtud del Decreto 1211 de 1990 la accionada ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor a través de la Resolución No. 3590 de 08 de noviembre de 1999, incluyendo como partidas computables entre otras, la prima de actividad en un 20%, por tener un tiempo de servicio de 17 años, 01 mes y 08 días (folios 3-4).

Posteriormente de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, aumentó dicha prima en un 50% de lo ya reconocido en la asignación mensual de retiro dejándola en un 30% (folio 8).

El actor solicita la liquidación y pago de la prima de actividad, aplicando el 50% sobre el 33% de la prima de actividad que devenga el personal activo de las fuerzas militares, porcentaje que adicionado a la prima ya reconocida en la asignación de retiro, arroja un total del 49.5%, conforme al Decreto 2863 de 2007.

Para resolver los cargos invocados, es importante advertir en primer lugar que, en fallo de tutela contra sentencia judicial de fecha 06 de abril de 2017 y del 04 de octubre del mismo, el Consejo de Estado determinó que el artículo 2° del decreto 2863 de 2007 no era aplicable toda vez que había sido derogado.

“De acuerdo con lo expuesto, se reitera que el Tribunal acudió al contenido del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, que como se demostró está derogado, para fundar su negativa de las pretensiones de la demanda ejercida por la tutelante; sin embargo, no se menciona en la cuestionada providencia las razones por las cuales dicha normativa, a pesar de su no vigencia, resultaba aplicable al caso objeto de estudio.”

Las mencionadas sentencias de tutela¹ revocaron las decisiones que negaban el derecho de los demandantes en casos análogos a esta en razón a que se utilizó como fundamento de la decisión el artículo 2° del decreto 2863 de 2007 derogado por el decreto 673 de 2008.

Dicha disposición es relevante en el caso que nos ocupa porque ella determina el monto en que debe ser reajustada la prima de actividad, de manera que derogada la norma el acto perdería su ejecutoria.

No obstante, aunque el decreto 2863 de 2007 fue derogado, quedó vigente su artículo 4° el cual estableció que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de vejez obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrían derecho a que se le ajustara la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se les hubiere ajustado “el del activo correspondiente”. Norma frente a la cual se realizará el juicio de legalidad del acto demandado.

Siendo así y teniendo en cuenta que el personal activo tuvo un aumento del 50% en su prima de actividad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 4° del decreto 2863 de 2007, ese mismo porcentaje era aplicable a aquellos que gozaban de asignación de retiro o pensión de vejez con anterioridad al 1° de julio de 2007.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 4° del decreto 2863 de 2007 aumentó en un 50% el valor de la prima de actividad pero no modificó los artículos 84 y 159 de la ley 1211 de 1990.

De acuerdo al artículo 159 de la ley 1211 de 1990 en el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se debía tener en cuenta el tiempo de servicio de los oficiales o suboficiales retirados, conforme al cual se reconoce la prima de actividad en un porcentaje del 15, 20, 25, 30 o 33%, según el caso.

De manera que al personal retirado le asiste el derecho a que se le incremente la prima de actividad en el porcentaje en que se incrementa al personal activo, según lo estipulado en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, la base para el

¹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03126-01

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01405-01

incremento es el porcentaje reconocido conforme lo dispone el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y no como erradamente lo pretende la parte actora sobre el 33% que corresponde a la base de la prima de actividad para el personal activo.

Por lo tanto, para calcular la correcta aplicación de la norma en la liquidación de la prima de actividad que se viene reconociendo en la asignación de retiro del actor, se tiene que al realizar la operación aritmética de multiplicar el 20% (porcentaje de prima de actividad que le fue reconocido en la asignación de retiro) por el 50% (incremento que dispone el Decreto 2863/07), da un 10% (porcentaje a incrementar en la asignación de retiro) y que sumado a lo ya reconocido arroja un total del 30% ($20\% + 10\% = 30\%$); así las cosas, la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, pues el incremento fue realizado de manera correcta, ya que del 20% se pasó al 30%.

Finalmente, en lo referente al principio de oscilación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:²

*“Por otra parte, es preciso señalar que el principio de oscilación, cuya aplicación invoca la parte accionante, fue regulado por el Decreto 4433 de 2004
(...)”*

Al respecto, es preciso señalar que si bien este principio permite la incidencia de las asignaciones en actividad para las asignaciones de retiro y las pensiones porque textualmente en la disposición se habla de “incremento”, hay que entender que tal palabra refiere al reajuste anual que se efectúa al personal en actividad y no a las demás asignaciones o primas, a menos que las disposiciones pertinentes lo dijeren puntualmente, ello por cuanto de ser así se rompería con el equilibrio fiscal del sistema pensional, ya que se estarían aumentando considerablemente las mentadas prestaciones sin que se hubiesen realizado los respectivos aportes. (...)”

Por lo expuesto anteriormente se denegaran las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... 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.”

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 19 de febrero de 2015. Expediente 2013-00031-01. M.P. JOSÉ ALARÍA ARMENTA FUENTES

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado³ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- **Complejidad del proceso:**

En el presente proceso se buscaba establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiaria, con el reajuste de la prima de actividad en un 36.5% como factor computable de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

- **Actuación de los apoderados:**

Los apoderados de la partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso

- **Pretensiones y Exceptivas:**

Las pretensiones del actor no fueron concedidas por las razones esbozadas en la parte considerativa del presente fallo.

No se propusieron excepciones previas

- **Capacidad económica de la parte**

Dada la capacidad económica de la entidad demanda, este Despacho condenará en costas a la demandante por haber sido vencido en juicio a pagar a la demandada la suma de medio (0.3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$234.372)

GASTOS DEL PROCESO

³ Consejo ponente, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOL, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-000006-00045987)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

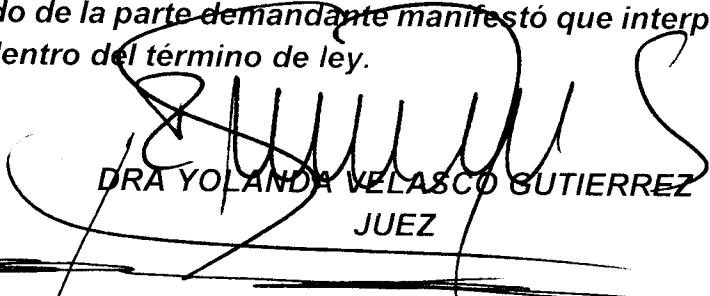
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandante con medio 0.3 S.M.M.L.V, a favor de la demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (\$234.372)

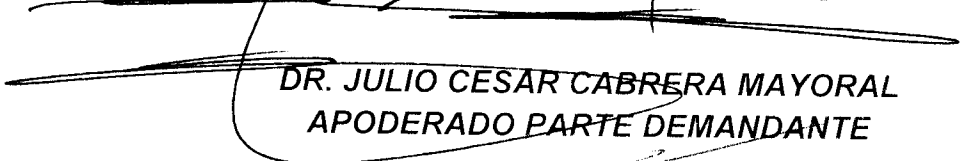
TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas

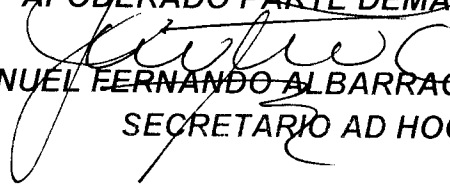
Decisión notificada en estrados

El apoderado de la parte demandante manifestó que interpondrá recurso de apelación dentro del término de ley.


DRA YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


DR. JULIO CESAR CABRERA MAYORAL
APODERADO PARTE DEMANDANTE


DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS
APODERADO PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACÍN CORREA
SECRETARIO AD HOC



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: No. 110013335-012-2016-00298-00
ACCIONANTE: ROBERTO ARTURO MORENO ROMERO
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

**AUDIENCIA DE FALLO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No.140 -18**

En Bogotá D.C. a los 17 días del mes de abril de 2018, siendo las nueve de la mañana (09:00 A.M), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias No.37 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante : DR. RUBIEL DE JESUS RESTREPO GALLEGO

Parte demandada: DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS a quien se le reconoce personería jurídica en audiencia

No asiste la representante del Ministerio Público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

En audiencia llevada a cabo el día 22 de febrero de 2018 este Despacho consideró necesario realizar el estudio de las sentencias de tutela mencionadas en los alegatos de conclusión por el apoderado de la parte demandante en el proceso 2016 105, por cuanto podría tener incidencia en la decisión a tomar.

Una vez hecho el examen de las providencias allegadas y previo a emitir el fallo se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que se pronuncien acerca de si observan irregularidad dentro del proceso que deba ser saneada.

FALLO

PROBLEMA JURIDICO.

Se contrae a establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiario, con el reajuste de la prima de actividad en los términos en que se liquida al personal activo de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

CONSIDERACIONES

Debe anotarse en primer término que la **Prima de actividad**, es un beneficio que se incluye en la remuneración de los miembros de las fuerzas militares en actividad, y también es incluida como partida computable en la asignación de retiro. Está regulada para el personal de Oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en el Decreto 1211 de 1990 el cual estableció:

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

(...)

"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%)."*

El **Decreto 2863 de 2007** (Art. 2 y 4) por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, ordenó incrementar en un 50% la prima de actividad, así:

"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 (Subrayado fuera del texto original)

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 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 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.*

Posteriormente el **decreto 673 de 2008** en su artículo 37 deroga el decreto 2863 de 2007, dejando vigente solo su artículo 4°:

“Artículo 37. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4° y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2008” (subrayado fuera del texto).

Y en su artículo 31, el decreto 673 de 2008 determinó que para el personal activo la prima de actividad sería de 49.5% mientras que para el cómputo de la mencionada prima en las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión se ajustaría el porcentaje a que se tuviera derecho según el tiempo de servicios en un cincuenta por ciento (50%).

Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

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%).

Los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016 regulan el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares para el año respectivo, replicando la norma anterior.

CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que en virtud del Decreto 1211 de 1990 la accionada ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor a través de la Resolución No. 0706 de 16 de mayo de 1984, incluyendo como partidas computables entre otras, la prima de actividad en un 25%, por tener un tiempo de servicio de 23 años, 06 meses y 24 días (folios 8-9).

Posteriormente de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, aumentó dicha prima en un 50% de lo ya reconocido en la asignación mensual de retiro dejándola en un 37.5% (folio 6).

El actor solicita la liquidación y pago de la prima de actividad, aplicando el 50% sobre el 33% de la prima de actividad que devenga el personal activo de las fuerza militares, porcentaje que adicionado a la prima ya reconocida en la asignación de retiro, arroja un total del 49.5%, conforme al Decreto 2863 de 2007.

Para resolver los cargos invocados, es importante advertir en primer lugar que, en fallo de tutela contra sentencia judicial de fecha 06 de abril de 2017 y del 04 de octubre del mismo, el Consejo de Estado determinó que el artículo 2° del decreto 2863 de 2007 no era aplicable toda vez que había sido derogado.

“De acuerdo con lo expuesto, se reitera que el Tribunal acudió al contenido del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, que como se demostró está derogado, para fundar su negativa de las pretensiones de la demanda ejercida por la tutelante; sin embargo, no se menciona en la cuestionada providencia las razones por las cuales dicha normativa, a pesar de su no vigencia, resultaba aplicable al caso objeto de estudio.”

Las mencionadas sentencias de tutela¹ revocaron las decisiones que negaban el derecho de los demandantes en casos análogos a esta en razón a que se utilizó como fundamento de la decisión el artículo 2° del decreto 2863 de 2007 derogado por el decreto 673 de 2008.

Dicha disposición es relevante en el caso que nos ocupa porque ella determina el monto en que debe ser reajustada la prima de actividad, de manera que derogada la norma el acto perdería su ejecutoria.

No obstante, aunque el decreto 2863 de 2007 fue derogado, quedó vigente su artículo 4° el cual estableció que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de vejez obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrían derecho a que se le ajustara la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se les hubiere ajustado “el del activo correspondiente”. Norma frente a la cual se realizará el juicio de legalidad del acto demandado.

Siendo así y teniendo en cuenta que el personal activo tuvo un aumento del 50% en su prima de actividad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 4° del decreto 2863 de 2007, ese mismo porcentaje era aplicable a aquellos que gozaban de asignación de retiro o pensión de vejez con anterioridad al 1° de julio de 2007.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 4° del decreto 2863 de 2007 aumentó en un 50% el valor de la prima de actividad pero no modificó los artículos 84 y 159 de la ley 1211 de 1990.

De acuerdo al artículo 159 de la ley 1211 de 1990 en el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se debía tener en cuenta el tiempo de servicio de los oficiales o suboficiales retirados, conforme al cual se reconoce la prima de actividad en un porcentaje del 15, 20, 25, 30 o 33%, según el caso.

De manera que al personal retirado le asiste el derecho a que se le incremente la prima de actividad en el porcentaje en que se incrementa al personal activo, según lo estipulado en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, la base para el

¹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03126-01

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: ALBERTO YEPEL BARREIRO Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01405-01

incremento es el porcentaje reconocido conforme lo dispone el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y no como erradamente lo pretende la parte actora sobre el 33% que corresponde a la base de la prima de actividad para el personal activo.

Por lo tanto, para calcular la correcta aplicación de la norma en la liquidación de la prima de actividad que se viene reconociendo en la asignación de retiro del actor, se tiene que al realizar la operación aritmética de multiplicar el 25% (porcentaje de prima de actividad que le fue reconocido en la asignación de retiro) por el 50% (incremento que dispone el Decreto 2863/07), da un 12.5% (porcentaje a incrementar en la asignación de retiro) y que sumado a lo ya reconocido arroja un total del 37.5% ($25\% + 12.5\% = 37.5\%$); así las cosas, la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, pues el incremento fue realizado de manera correcta, ya que del 25% se pasó al 37.5%, no siendo posible aplicar el incremento sobre el 33.

Finalmente, en lo referente al principio de oscilación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:²

“Por otra parte, es preciso señalar que el principio de oscilación, cuya aplicación invoca la parte accionante, fue regulado por el Decreto 4433 de 2004

(...)

Al respecto, es preciso señalar que si bien este principio permite la incidencia de las asignaciones en actividad para las asignaciones de retiro y las pensiones porque textualmente en la disposición se habla de “incremento”, hay que entender que tal palabra refiere al reajuste anual que se efectúa al personal en actividad y no a las demás asignaciones o primas, a menos que las disposiciones pertinentes lo dijeren puntualmente, ello por cuanto de ser así se rompería con el equilibrio fiscal del sistema pensional, ya que se estarían aumentando considerablemente las mentadas prestaciones sin que se hubiesen realizado los respectivos aportes. (...)”

Por lo expuesto anteriormente se denegaran las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... 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.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de 19 de febrero de 2015, Expediente 2013-00031-01, M.P. JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado³ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- **Complejidad del proceso:**

En el presente proceso se buscaba establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiaria, con el reajuste de la prima de actividad en un 36.5% como factor computable de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

- **Actuación de los apoderados:**

Los apoderados de la partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso

- **Pretensiones y Exceptivas:**

Las pretensiones del actor no fueron concedidas por las razones esbozadas en la parte considerativa del presente fallo.

No se propusieron excepciones previas

- **Capacidad económica de la parte**

Dada la capacidad económica de la entidad demanda, este Despacho condenará en costas a la demandante por haber sido vencido en juicio a pagar a la demandada la suma de medio (0.3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$234.372)

GASTOS DEL PROCESO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el

³ Consejero ponente: JAIMÉ ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOLA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00 (5987)

cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

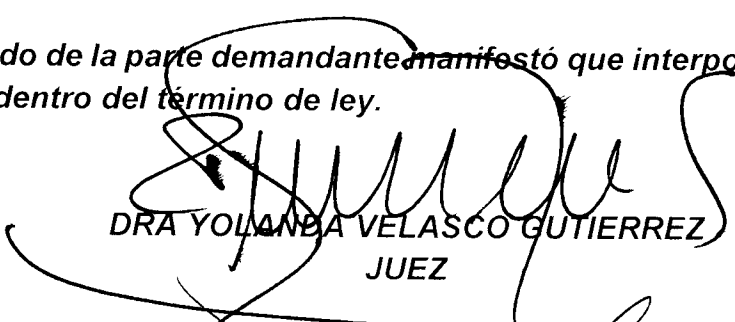
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandante con medio 0.3 S.M.M.L.V, a favor de la demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (\$234.372)

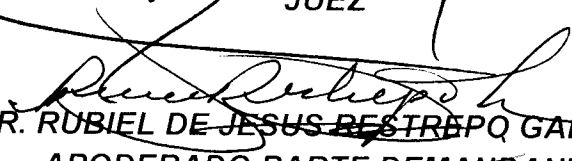
TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

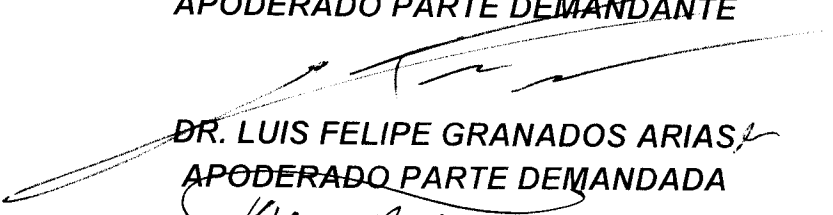
CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas

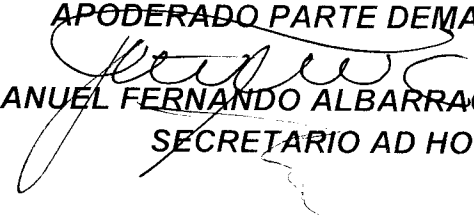
Decisión notificada en estrados

El apoderado de la parte demandante manifestó que interpondrá recurso de apelación dentro del término de ley.


DRA YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


DR. RUBIEL DE JESUS RESTREPO GALLEGO
APODERADO PARTE DEMANDANTE


DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS
APODERADO PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACÍN CORREA
SECRETARIO AD HOC



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: No. 110013335-012-2016-00105-00
ACCIONANTE: JOSE FIDEL CILACON CAMACHO
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

**AUDIENCIA DE FALLO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 138-18**

En Bogotá D.C. a los 17 días del mes de abril de 2018, siendo las nueve de la mañana (09:00 A.M), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias No.37 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: DR. JULIO CESAR CABRERA MAYORAL.

Parte demandada: DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS.

No asiste la representante del Ministerio Público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

En audiencia llevada a cabo el día 22 de febrero de 2018 este Despacho consideró necesario realizar el estudio de las sentencias de tutela mencionadas en los alegatos de conclusión realizado por el apoderado de la parte demandante por cuanto podría tener incidencia en la decisión a tomar.

Una vez realizado el examen de las providencias allegadas y previo a emitir el fallo se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que se pronuncien acerca de si observan irregularidad dentro del proceso que deba ser saneada.

FALLO

PROBLEMA JURIDICO.

Se contrae a establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiario, con el reajuste de la prima de actividad en los términos en que se liquida al personal activo de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

CONSIDERACIONES

Debe anotarse en primer término que la **Prima de actividad**, es un beneficio que se incluye en la remuneración de los miembros de las fuerzas militares en actividad, y también es incluida como partida computable en la asignación de retiro. Está regulada para el personal de Oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en el Decreto 1211 de 1990 el cual estableció:

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

(...)

"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%)."*

El Decreto 2863 de 2007 (Art. 2 y 4) por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, ordenó incrementar en un 50% 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. (Subrayado fuera del texto original)

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 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.

Posteriormente el **decreto 673 de 2008** en su artículo 37 deroga el decreto 2863 de 2007, dejando vigente solo su artículo 4º:

“Artículo 37. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4º y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2008” (subrayado fuera del texto).

Y en su artículo 31, el decreto 673 de 2008 determinó que para el personal activo la prima de actividad sería de 49.5% mientras que para el cómputo de la mencionada prima en las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión se ajustaría el porcentaje a que se tuviera derecho según el tiempo de servicios en un cincuenta por ciento (50%).

Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

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%).

Los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016 regulan el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares para el año respectivo, replicando la norma anterior.

CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que en virtud del Decreto 1211 de 1990 la accionada ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor a través de la Resolución No. 3590 de 08 de noviembre de 1999, incluyendo como partidas computables entre otras, la prima de actividad en un 20%, por tener un tiempo de servicio de 17 años, 01 mes y 08 días (folios 3-4).

Posteriormente de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, aumentó dicha prima en un 50% de lo ya reconocido en la asignación mensual de retiro dejándola en un 30% (folio 8).

El actor solicita la liquidación y pago de la prima de actividad, aplicando el 50% sobre el 33% de la prima de actividad que devenga el personal activo de las fuerzas militares, porcentaje que adicionado a la prima ya reconocida en la asignación de retiro, arroja un total del 49.5%, conforme al Decreto 2863 de 2007.

Para resolver los cargos invocados, es importante advertir en primer lugar que, en fallo de tutela contra sentencia judicial de fecha 06 de abril de 2017 y del 04 de octubre del mismo, el Consejo de Estado determinó que el artículo 2º del decreto 2863 de 2007 no era aplicable toda vez que había sido derogado.

“De acuerdo con lo expuesto, se reitera que el Tribunal acudió al contenido del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, que como se demostró está derogado, para fundar su negativa de las pretensiones de la demanda ejercida por la tutelante; sin embargo, no se menciona en la cuestionada providencia las razones por las cuales dicha normativa, a pesar de su no vigencia, resultaba aplicable al caso objeto de estudio.”

Las mencionadas sentencias de tutela¹ revocaron las decisiones que negaban el derecho de los demandantes en casos análogos a esta en razón a que se utilizó como fundamento de la decisión el artículo 2º del decreto 2863 de 2007 derogado por el decreto 673 de 2008.

Dicha disposición es relevante en el caso que nos ocupa porque ella determina el monto en que debe ser reajustada la prima de actividad, de manera que derogada la norma el acto perdería su ejecutoria.

No obstante, aunque el decreto 2863 de 2007 fue derogado, quedó vigente su artículo 4º el cual estableció que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de vejez obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrían derecho a que se le ajustara la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se les hubiere ajustado “el del activo correspondiente”. Norma frente a la cual se realizará el juicio de legalidad del acto demandado.

Siendo así y teniendo en cuenta que el personal activo tuvo un aumento del 50% en su prima de actividad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 4º del decreto 2863 de 2007, ese mismo porcentaje era aplicable a aquellos que gozaban de asignación de retiro o pensión de vejez con anterioridad al 1º de julio de 2007.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 4º del decreto 2863 de 2007 aumentó en un 50% el valor de la prima de actividad pero no modificó los artículos 84 y 159 de la ley 1211 de 1990.

De acuerdo al artículo 159 de la ley 1211 de 1990 en el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se debía tener en cuenta el tiempo de servicio de los oficiales o suboficiales retirados, conforme al cual se reconoce la prima de actividad en un porcentaje del 15, 20, 25, 30 o 33%, según el caso.

De manera que al personal retirado le asiste el derecho a que se le incremente la prima de actividad en el porcentaje en que se incrementa al personal activo, según lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, la base para el

¹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2616-03126-01

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01405-01

incremento es el porcentaje reconocido conforme lo dispone el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y no como erradamente lo pretende la parte actora sobre el 33% que corresponde a la base de la prima de actividad para el personal activo.

Por lo tanto, para calcular la correcta aplicación de la norma en la liquidación de la prima de actividad que se viene reconociendo en la asignación de retiro del actor, se tiene que al realizar la operación aritmética de multiplicar el 20% (porcentaje de prima de actividad que le fue reconocido en la asignación de retiro) por el 50% (incremento que dispone el Decreto 2863/07), da un 10% (porcentaje a incrementar en la asignación de retiro) y que sumado a lo ya reconocido arroja un total del 30% ($20\% + 10\% = 30\%$); así las cosas, la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, pues el incremento fue realizado de manera correcta, ya que del 20% se pasó al 30%.

Finalmente, en lo referente al principio de oscilación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:²

“Por otra parte, es preciso señalar que el principio de oscilación, cuya aplicación invoca la parte accionante, fue regulado por el Decreto 4433 de 2004

(...)

Al respecto, es preciso señalar que si bien este principio permite la incidencia de las asignaciones en actividad para las asignaciones de retiro y las pensiones porque textualmente en la disposición se habla de “incremento”, hay que entender que tal palabra refiere al reajuste anual que se efectúa al personal en actividad y no a las demás asignaciones o primas, a menos que las disposiciones pertinentes lo dijeren puntualmente, ello por cuanto de ser así se rompería con el equilibrio fiscal del sistema pensional, ya que se estarían aumentando considerablemente las mentadas prestaciones sin que se hubiesen realizado los respectivos aportes. (...)”

Por lo expuesto anteriormente se denegaran las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... 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.”

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 19 de febrero de 2015. Expediente 2013-00031-01. M.P. JOSÉ ALARÍA ARMENTA FUENTES

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado³ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- **Complejidad del proceso:**

En el presente proceso se buscaba establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiaria, con el reajuste de la prima de actividad en un 36.5% como factor computable de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

- **Actuación de los apoderados:**

Los apoderados de la partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso

- **Pretensiones y Exceptivas:**

Las pretensiones del actor no fueron concedidas por las razones esbozadas en la parte considerativa del presente fallo.

No se propusieron excepciones previas

- **Capacidad económica de la parte**

Dada la capacidad económica de la entidad demanda, este Despacho condenará en costas a la demandante por haber sido vencido en juicio a pagar a la demandada la suma de medio (0.3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$234.372)

GASTOS DEL PROCESO

³ Consejo ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOL, 24 de octubre 2016. Radicación número: 11001-03-26-000-2013-000006-09459871

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

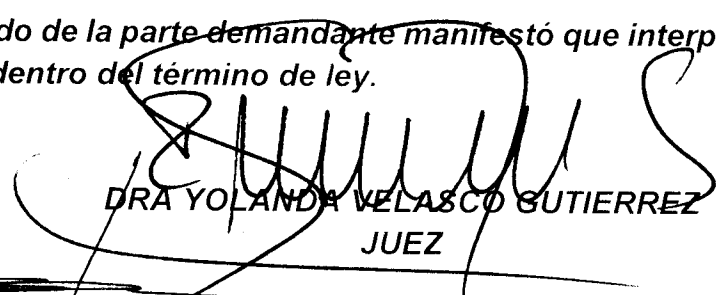
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandante con medio 0.3 S.M.M.L.V, a favor de la demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (\$234.372)

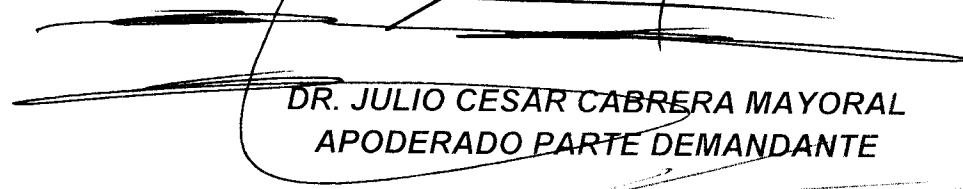
TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas

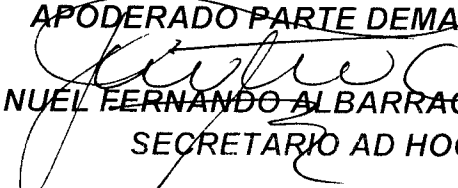
Decisión notificada en estrados

El apoderado de la parte demandante manifestó que interpondrá recurso de apelación dentro del término de ley.


DRA YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


DR. JULIO CESAR CABRERA MAYORAL
APODERADO PARTE DEMANDANTE


DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS
APODERADO PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACÍN CORREA
SECRETARIO AD HOC



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: No. 110013335-012-2016-00296-00
ACCIONANTE: MISAIEL QUINTERO SERRANO
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

**AUDIENCIA DE FALLO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No. 139 -18**

En Bogotá D.C. a los 17 días del mes de abril de 2018, siendo las nueve de la mañana (09:00 A.M), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias No.37 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante: DR. ANDRES CAMILO TARAZONA VENCE a quien se le reconoce personería jurídica.

Parte demandada: DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS

No asiste la representante del Ministerio Público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

En audiencia llevada a cabo el día 22 de febrero de 2018 este Despacho consideró necesario realizar el estudio de las sentencias de tutela mencionadas en los alegatos de conclusión por el apoderado de la parte demandante en el proceso 2016 105, por cuanto podría tener incidencia en la decisión a tomar.

Una vez hecho el examen de las providencias allegadas y previo a emitir el fallo se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que se pronuncien acerca de si observan irregularidad dentro del proceso que deba ser saneada.

FALLO

PROBLEMA JURIDICO.

Se contrae a establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiario, con el reajuste de la prima de actividad en los términos en que se liquida al personal activo de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

CONSIDERACIONES

Debe anotarse en primer término que la **Prima de actividad**, es un beneficio que se incluye en la remuneración de los miembros de las fuerzas militares en actividad, y también es incluida como partida computable en la asignación de retiro. Está regulada para el personal de Oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en el Decreto 1211 de 1990 el cual estableció:

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

(...)

"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%)."*

El **Decreto 2863 de 2007** (Art. 2 y 4) por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, ordenó incrementar en un 50% la prima de actividad, así:

"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. (Subrayado fuera del texto original)

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 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.*

Posteriormente el **decreto 673 de 2008** en su artículo 37 deroga el decreto 2863 de 2007, dejando vigente solo su artículo 4º:

***“Artículo 37.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4º y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2008”* (subrayado fuera del texto).

Y en su artículo 31, el decreto 673 de 2008 determinó que para el personal activo la prima de actividad sería de 49.5% mientras que para el cómputo de la mencionada prima en las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión se ajustaría el porcentaje a que se tuviera derecho según el tiempo de servicios en un cincuenta por ciento (50%).

***Artículo 31.** La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).*

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%).

Los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016 regulan el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares para el año respectivo, replicando la norma anterior.

CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que la accionada ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor a través del acuerdo No. 387 de 13 de mayo de 1966, incluyendo como partidas computables: el sueldo básico, prima de antigüedad (o servicios), doceava parte de la prima de navidad y subsidio familiar, teniendo en cuenta el tiempo de servicio de 19 años, 09 mes y 12 días (f 7-8).

La resolución 05447 de 17 de agosto de 1966 aprobó el acuerdo No. 387 del mismo año, estableciendo que los últimos haberes devengados por el sargento primero ® del ejército fueron: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad y prima de navidad. (Folios 9 a 11)

A su vez, con la contestación de la demanda se allegó como prueba la certificación de haberes devengados por el Sargento Primero MISAEL QUINTERO SERRANO de fecha 18 de marzo de 1966, en los que se establece que devengó: sueldo básico, prima de antigüedad (19%), subsidio familiar (47%), prima de alimentación, doceava parte de la prima de navidad y tres jinetas de buena conducta (folio 58).

El actor solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio

consecutivo No.2016-22562 mediante el cual se le negó la reliquidación de la prima de actividad conforme al artículo 4 del decreto 2863 de 2007 y conforme al principio de oscilación contenido en el artículo 34 de la ley 2 de 1945 y el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

Por otra parte, el actor solicita que la entidad demandada reajuste, reliquide y pague la prima de actividad a partir del 1º de julio de 2007, modificando la prima de actividad del 37.5% al 41.5% de acuerdo al decreto 2863 de 2007.

Para resolver los cargos invocados, es importante advertir en primer lugar que, en fallo de tutela contra sentencia judicial de fecha 06 de abril de 2017 y del 04 de octubre del mismo, el Consejo de Estado determinó que el artículo 2º del decreto 2863 de 2007 no era aplicable toda vez que había sido derogado.

“De acuerdo con lo expuesto, se reitera que el Tribunal acudió al contenido del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, que como se demostró está derogado, para fundar su negativa de las pretensiones de la demanda ejercida por la tutelante; sin embargo, no se menciona en la cuestionada providencia las razones por las cuales dicha normativa, a pesar de su no vigencia, resultaba aplicable al caso objeto de estudio.”

Las mencionadas sentencias de tutela¹ revocaron las decisiones que negaban el derecho de los demandantes en casos análogos a esta en razón a que se utilizó como fundamento de la decisión el artículo 2º del decreto 2863 de 2007 derogado por el decreto 673 de 2008.

Dicha disposición es relevante en el caso que nos ocupa porque ella determina el monto en que debe ser reajustada la prima de actividad, de manera que derogada la norma el acto perdería su ejecutoria.

No obstante, aunque el decreto 2863 de 2007 fue derogado, quedó vigente su artículo 4º el cual estableció que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de vejez obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrían derecho a que se le ajustara la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se les hubiere ajustado “el del activo correspondiente”. Norma frente a la cual se realizará el juicio de legalidad del acto demandado.

Siendo así y teniendo en cuenta que el personal activo tuvo un aumento del 50% en su prima de actividad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 4º del decreto 2863 de 2007, ese mismo porcentaje era aplicable a aquellos que gozaban de asignación de retiro o pensión de vejez con anterioridad al 1º de julio de 2007.

¹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03126-01

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: ALBERTO YEPLIS BARREIRO Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01405-01

Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 4º del decreto 2863 de 2007 aumentó en un 50% el valor de la prima de actividad pero no modificó los artículos 84 y 159 de la ley 1211 de 1990.

De acuerdo al artículo 159 de la ley 1211 de 1990 en el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se debía tener en cuenta el tiempo de servicio de los oficiales o suboficiales retirados, conforme al cual se reconoce la prima de actividad en un porcentaje del 15, 20, 25, 30 o 33%, según el caso.

De manera que al personal retirado le asiste el derecho a que se le incremente la prima de actividad en el porcentaje en que se incrementa al personal activo, según lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, la base para el incremento es el porcentaje reconocido conforme lo dispone el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y no como erradamente lo pretende la parte actora sobre el 33% que corresponde a la base de la prima de actividad para el personal activo.

Por lo tanto, para calcular la correcta aplicación de la norma en la liquidación de la prima de actividad que se viene reconociendo en la asignación de retiro del actor, se tiene que al realizar la operación aritmética de multiplicar el 25% (porcentaje de prima de actividad que le fue reconocido en la asignación de retiro) por el 50% (incremento que dispone el Decreto 2863/07), da un 12.5% (porcentaje a incrementar en la asignación de retiro) y que sumado a lo ya reconocido arroja un total del 37.5% ($25\% + 12.5\% = 37.5\%$); así las cosas, la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, pues el incremento fue realizado de manera correcta, ya que del 25% se pasó al 37.5%, no siendo posible aplicar el incremento sobre el 33%.

En lo referente al principio de oscilación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:²

“Por otra parte, es preciso señalar que el principio de oscilación, cuya aplicación invoca la parte accionante, fue regulado por el Decreto 4433 de 2004

(...)

Al respecto, es preciso señalar que si bien este principio permite la incidencia de las asignaciones en actividad para las asignaciones de retiro y las pensiones porque textualmente en la disposición se habla de “incremento”, hay que entender que tal palabra refiere al reajuste anual que se efectúa al personal en actividad y no a las demás asignaciones o primas, a menos que las disposiciones pertinentes lo dijeren puntualmente, ello por cuanto de ser así se rompería con el equilibrio fiscal del sistema pensional, ya que se estarían aumentando considerablemente las mentadas prestaciones sin que se hubiesen realizado los respectivos aportes. (...)”

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 19 de febrero de 2015. Expediente 2013-00031-01. M.P. JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

En el cargo principal el actor solicita que se le reconozca por concepto de prima de actividad un 41.5% de acuerdo al artículo 34 de la ley 2 de 1945 y del artículo 42 del decreto 4433 de 2004, aplicando la excepción de inconstitucionalidad sobreviviente sobre las disposiciones que disminuyen su prima de actividad del 33% al 25%, en razón a que las normas anteriores a la Constitución de 1991 son contrarias al artículo 150 No. 19 literal e).

Sobre el tema de la aplicación retrospectiva de la Constitución Política la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-110 de 2011:

“El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados”.

Ciertamente para definir la situación jurídica del actor se utilizaron disposiciones expedidas con anterioridad a la Constitución Política de 1991, sin embargo esta situación no determina inequidad o discriminación que permita su inaplicación por vía de inconstitucionalidad.

Por el contrario, el Despacho advierte que la consagración de regímenes diferentes para la regulación del salario y de la asignación de retiro, obedece a las claras diferencias en que se encuentran los sujetos de la regulación, por cuanto el personal retirado solo tiene derecho a devengar en directa proporción con las cotizaciones que realizó en actividad, en tanto que al activo se le reconoce emolumento dirigidos a compensar los riesgos de su actividad y las cargas propias de sus obligaciones.

Por lo expuesto anteriormente se denegaran las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

"... 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."

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

"III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia."

Frente a lo anterior el Consejo de Estado³ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- **Complejidad del proceso:**

En el presente proceso se buscaba establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiaria, con el reajuste de la prima de actividad en un 36.5% como factor computable de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

- **Actuación de los apoderados:**

³ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)

Los apoderados de la partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso

- **Pretensiones y Exceptivas:**

Las pretensiones del actor no fueron concedidas por las razones esbozadas en la parte considerativa del presente fallo.

No se propusieron excepciones previas

- **Capacidad económica de la parte**

Dada la capacidad económica de la entidad demanda, este Despacho condenará en costas a la demandante por haber sido vencido en juicio a pagar a la demandada la suma de medio (0.3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$234.372)

GASTOS DEL PROCESO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

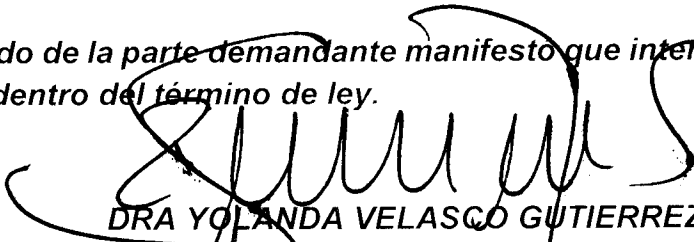
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandante con medio 0.3 S.M.M.L.V. a favor de la demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (\$234 372)

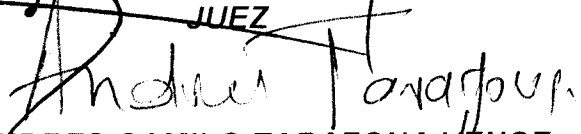
TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas

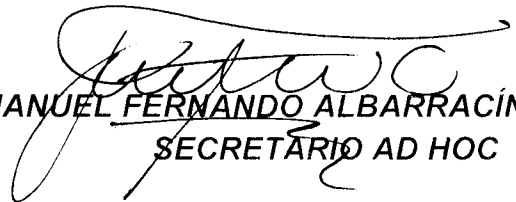
Decisión notificada en estrados

El apoderado de la parte demandante manifesto que interpondrá recurso de apelación dentro del término de ley.


DRA YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


DR. ANDRES CAMILO TARAZONA VENCE
APODERADO PARTE DEMANDANTE


DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS
APODERADO PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACÍN CORREA
SECRETARIO AD HOC



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: No. 110013335-012-2016-00298-00
ACCIONANTE: ROBERTO ARTURO MORENO ROMERO
ACCIONADA: CALA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

**AUDIENCIA DE FALLO
ART. 182 LEY 1437 DE 2011
ACTA No.140 -18**

En Bogotá D.C. a los 17 días del mes de abril de 2018, siendo las nueve de la mañana (09:00 A.M), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc, constituyó en audiencia pública en la sala de audiencias No.37 de la sede Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

Parte demandante : DR. RUBIEL DE JESUS RESTREPO GALLEGO

Parte demandada: DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS a quien se le reconoce personería jurídica en audiencia

No asiste la representante del Ministerio Público

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

En audiencia llevada a cabo el día 22 de febrero de 2018 este Despacho consideró necesario realizar el estudio de las sentencias de tutela mencionadas en los alegatos de conclusión por el apoderado de la parte demandante en el proceso 2016 105, por cuanto podría tener incidencia en la decisión a tomar.

Una vez hecho el examen de las providencias allegadas y previo a emitir el fallo se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes para que se pronuncien acerca de si observan irregularidad dentro del proceso que deba ser saneada.

FALLO

PROBLEMA JURIDICO.

Se contrae a establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiario, con el reajuste de la prima de actividad en los términos en que se liquida al personal activo de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

CONSIDERACIONES

Debe anotarse en primer término que la **Prima de actividad**, es un beneficio que se incluye en la remuneración de los miembros de las fuerzas militares en actividad, y también es incluida como partida computable en la asignación de retiro. Está regulada para el personal de Oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en el Decreto 1211 de 1990 el cual estableció:

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

(...)

"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%)."*

El **Decreto 2863 de 2007** (Art. 2 y 4) por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, ordenó incrementar en un 50% la prima de actividad, así:

"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 (Subrayado fuera del texto original)

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 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 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.

Posteriormente el **decreto 673 de 2008** en su artículo 37 deroga el decreto 2863 de 2007, dejando vigente solo su artículo 4°:

“Artículo 37. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4° y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2008” (subrayado fuera del texto).

Y en su artículo 31, el decreto 673 de 2008 determinó que para el personal activo la prima de actividad sería de 49.5% mientras que para el cómputo de la mencionada prima en las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión se ajustaría el porcentaje a que se tuviera derecho según el tiempo de servicios en un cincuenta por ciento (50%).

Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

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%).

Los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016 regulan el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares para el año respectivo, replicando la norma anterior.

CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que en virtud del Decreto 1211 de 1990 la accionada ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor a través de la Resolución No. 0706 de 16 de mayo de 1984, incluyendo como partidas computables entre otras, la prima de actividad en un 25%, por tener un tiempo de servicio de 23 años, 06 meses y 24 días (folios 8-9).

Posteriormente de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, aumentó dicha prima en un 50% de lo ya reconocido en la asignación mensual de retiro dejándola en un 37.5% (folio 6).

El actor solicita la liquidación y pago de la prima de actividad, aplicando el 50% sobre el 33% de la prima de actividad que devenga el personal activo de las fuerza militares, porcentaje que adicionado a la prima ya reconocida en la asignación de retiro, arroja un total del 49.5%. conforme al Decreto 2863 de 2007.

Para resolver los cargos invocados, es importante advertir en primer lugar que, en fallo de tutela contra sentencia judicial de fecha 06 de abril de 2017 y del 04 de octubre del mismo, el Consejo de Estado determinó que el artículo 2° del decreto 2863 de 2007 no era aplicable toda vez que había sido derogado.

“De acuerdo con lo expuesto, se reitera que el Tribunal acudió al contenido del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, que como se demostró está derogado, para fundar su negativa de las pretensiones de la demanda ejercida por la tutelante; sin embargo, no se menciona en la cuestionada providencia las razones por las cuales dicha normativa, a pesar de su no vigencia, resultaba aplicable al caso objeto de estudio.”

Las mencionadas sentencias de tutela¹ revocaron las decisiones que negaban el derecho de los demandantes en casos análogos a esta en razón a que se utilizó como fundamento de la decisión el artículo 2° del decreto 2863 de 2007 derogado por el decreto 673 de 2008.

Dicha disposición es relevante en el caso que nos ocupa porque ella determina el monto en que debe ser reajustada la prima de actividad, de manera que derogada la norma el acto perdería su ejecutoria.

No obstante, aunque el decreto 2863 de 2007 fue derogado, quedó vigente su artículo 4° el cual estableció que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de vejez obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrían derecho a que se le ajustara la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se les hubiere ajustado “el del activo correspondiente”. Norma frente a la cual se realizará el juicio de legalidad del acto demandado.

Siendo así y teniendo en cuenta que el personal activo tuvo un aumento del 50% en su prima de actividad, atendiendo lo dispuesto en el artículo 4° del decreto 2863 de 2007, ese mismo porcentaje era aplicable a aquellos que gozaban de asignación de retiro o pensión de vejez con anterioridad al 1° de julio de 2007.

Lo anterior si se tiene en cuenta que el artículo 4° del decreto 2863 de 2007 aumentó en un 50% el valor de la prima de actividad pero no modificó los artículos 84 y 159 de la ley 1211 de 1990.

De acuerdo al artículo 159 de la ley 1211 de 1990 en el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se debía tener en cuenta el tiempo de servicio de los oficiales o suboficiales retirados, conforme al cual se reconoce la prima de actividad en un porcentaje del 15, 20, 25, 30 o 33%, según el caso.

De manera que al personal retirado le asiste el derecho a que se le incremente la prima de actividad en el porcentaje en que se incrementa al personal activo, según lo estipulado en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, la base para el

¹ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2016-03126-01

Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: ALBERTO YEPLIS BARREIRO Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01405-01

incremento es el porcentaje reconocido conforme lo dispone el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y no como erradamente lo pretende la parte actora sobre el 33% que corresponde a la base de la prima de actividad para el personal activo.

Por lo tanto, para calcular la correcta aplicación de la norma en la liquidación de la prima de actividad que se viene reconociendo en la asignación de retiro del actor, se tiene que al realizar la operación aritmética de multiplicar el 25% (porcentaje de prima de actividad que le fue reconocido en la asignación de retiro) por el 50% (incremento que dispone el Decreto 2863/07), da un 12.5% (porcentaje a incrementar en la asignación de retiro) y que sumado a lo ya reconocido arroja un total del 37.5% ($25\% + 12.5\% = 37.5\%$); así las cosas, la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, pues el incremento fue realizado de manera correcta, ya que del 25% se pasó al 37.5%, no siendo posible aplicar el incremento sobre el 33.

Finalmente, en lo referente al principio de oscilación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:²

“Por otra parte, es preciso señalar que el principio de oscilación, cuya aplicación invoca la parte accionante, fue regulado por el Decreto 4433 de 2004

(...)

Al respecto, es preciso señalar que si bien este principio permite la incidencia de las asignaciones en actividad para las asignaciones de retiro y las pensiones porque textualmente en la disposición se habla de “incremento”, hay que entender que tal palabra refiere al reajuste anual que se efectúa al personal en actividad y no a las demás asignaciones o primas, a menos que las disposiciones pertinentes lo dijeren puntualmente, ello por cuanto de ser así se rompería con el equilibrio fiscal del sistema pensional, ya que se estarían aumentando considerablemente las mentadas prestaciones sin que se hubiesen realizado los respectivos aportes. (...)”

Por lo expuesto anteriormente se denegaran las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... 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.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 19 de febrero de 2015. Expediente 2013-00031-01. M.P. JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

“III CONTENIDOS ADMINISTRATIVOS.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones, reconocidas o negadas en la sentencia.”

Frente a lo anterior el Consejo de Estado³ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuguen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- **Complejidad del proceso:**

En el presente proceso se buscaba establecer si la demandante tiene derecho a que la entidad demandada - CREMIL, reliquide la asignación mensual de retiro de la que es beneficiaria, con el reajuste de la prima de actividad en un 36.5% como factor computable de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

- **Actuación de los apoderados:**

Los apoderados de la partes comparecieron a las audiencias programadas en este proceso

- **Pretensiones y Exceptivas:**

Las pretensiones del actor no fueron concedidas por las razones esbozadas en la parte considerativa del presente fallo.

No se propusieron excepciones previas

- **Capacidad económica de la parte**

Dada la capacidad económica de la entidad demanda, este Despacho condenará en costas a la demandante por haber sido vencido en juicio a pagar a la demandada la suma de medio (0.3) salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$234.372)

GASTOS DEL PROCESO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el

³ Consejero ponente: JAIMÉ ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOLA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-000006-000 (5987)

cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la Demanda, por las razones suscritas en el presente fallo.

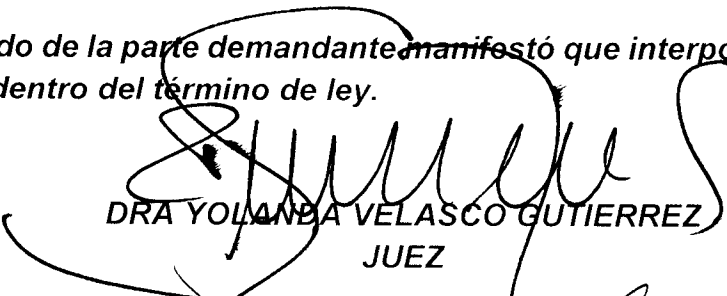
SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS, a la parte demandante con medio 0.3 S.M.M.L.V, a favor de la demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia. (\$234.372)

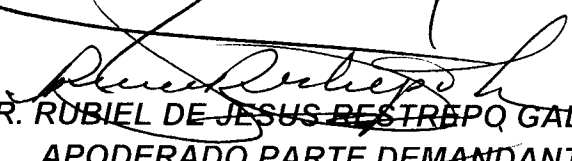
TERCERO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 "Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa", una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

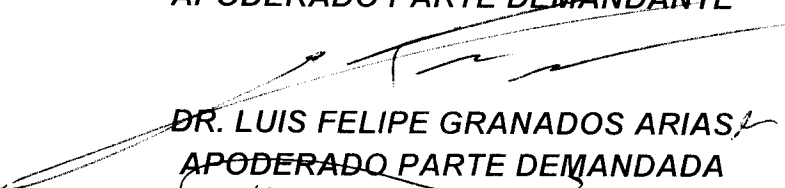
CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas

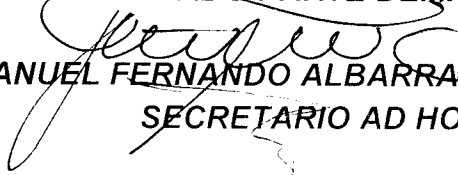
Decisión notificada en estrados

El apoderado de la parte demandante manifestó que interpondrá recurso de apelación dentro del término de ley.


DRA YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ


DR. RUBIEL DE JESUS RESTREPO GALLEGO
APODERADO PARTE DEMANDANTE


DR. LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS
APODERADO PARTE DEMANDADA


MANUEL FERNANDO ALBARRACÍN CORREA
SECRETARIO AD HOC