

27/JUL/2021 06:44 P. M. PGOMEZ

DEST.: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL
ATN.: JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL
ASUNTO: COMUNICACION - DEMANDA --
REMITE: PAOLA ANDREA GOMEZ PARADA - GRUPO
FOLIOS: 1AL CONTESTAR CITE ESTE No.: **0076675**
CONSECUTIVO: **2021-76675**

No. 212

Señores

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – Prima de Actividad

PROCESO No. 17-001-33-39-006-2020-00295-00
DEMANDANTE MOISÉS RÍOS SALAZAR
DEMANDADA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

NATALIA AGUDELO RIVERA, domiciliada en la ciudad de Manizales, identificada con cédula de ciudadanía N°24.339.563, abogada en ejercicio, portadora de la tarjeta profesional N°236.178 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con el poder a mí conferido por el señor Mayor General (R) **LEONARDO PINTO MORALES** identificado con la C.C No.79.263.583 expedida en Bogotá, quien tiene domicilio en esta misma ciudad y recibe notificaciones en correo electrónico: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co, me permito contestar la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

EN CUANTO A LOS HECHOS

Se aceptan todos y cada uno de los hechos relacionados con la actividad del demandante, así como del reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.

Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.

Cremil_co

En cuanto a los demás hechos, se consideran debate dentro del presente proceso.

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, se opone a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que el demandante pretende la reliquidación y el reajuste de la asignación de retiro, computando en su liquidación mensual la partida prima de actividad en un porcentaje del 49,5% de la asignación básica, año por año a partir de 2005 a la fecha del reconocimiento.

Así mismo solicita ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes.

EN CUANTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

La Entidad se opone a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

ANTECEDENTES

La Caja de Retiro de las FF.MM., reconoció asignación de retiro al señor Sargento Primero (R) de Ejército **MOISÉS RÍOS SALAZAR**, mediante Resolución No.3182 del de octubre de 1973, con cargo al presupuesto de la entidad a partir del 01 de noviembre de 1973, por haber acreditado un tiempo de servicio de 22 años, 02 meses y 23 días.

Con escrito recibido y radicado en esta Caja, el demandante por medio de su apoderado solicitó el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta su liquidación desde el 01 de enero de 2005, el computo de la prima de actividad, en un porcentaje del 33% y a partir del 01 de julio de 2007, el 49.5%, a lo cual CREMIL dio respuesta con oficio de salida radicado bajo el consecutivo No.40808 del 17 de junio de 2015.

ARGUMENTOS DE DEFENSA



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Al respecto, es del caso señalar que, desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de nuestra carta magna.

En desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son entre otros los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989, **Decreto Ley 1211 de 1990**, y actualmente se encuentra vigente el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Es así que, frente al caso en comento, se reconoce asignación de retiro al señor Sargento Primero (R) **MOISÉS RÍOS SALAZAR**, mediante Resolución No.3182 del de octubre de 1973, misma fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación.

En cuanto a la PRIMA DE ACTIVIDAD, dicho porcentaje se le reconoció en la forma y términos establecidos en la ley al momento del retiro, es decir, encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990, el cual dispone respecto del reconocimiento de la prima de actividad lo siguiente:

"Artículo 159. Computo prima de actividad. A los oficiales y suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

Para individuos con menos de (15) años de servicio, el quince por ciento (15%)

Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%)



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co



Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.

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 (33%)".
(Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Es importante anotar, que después del Decreto Ley 95 de 1989, se han expedido los Decreto leyes 1211 de 1990, 2070 de 2003, 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, en los cuales y respecto a los derechos motivo de controversia, no entraron a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

Con fundamento en el tiempo de servicio acreditado por el actor, y teniendo en cuenta los arts. 154 y 155 del Decreto – Ley 95 del 11 de enero de 1989, la entidad realizó los ajustes correspondientes y le reconoció el 25% como partida computable por concepto de prima de actividad, toda vez que el artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, establece la forma en que dicha prima debe ser computada, señalando entre otras cosas que los militares que tengan veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), les corresponde el 25%, que en este caso, fue el porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado, **HACIENDO CLARIDAD QUE EL PORCENTAJE RECONOCIDO AL ACTOR FUE EL TOPE MÁXIMO PERMITIDO POR EL LEGISLADOR, PARA LA ÉPOCA.**

Para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de Prima de Actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad, en los porcentajes plenamente establecidos por la norma. Sobre este punto en particular, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 – *Por medio de la cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones* – en su Artículo 2º previó un incremento en el porcentaje de la Prima de Actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de lo devengado por todo concepto, a partir del 1º de julio de 2007. Para garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio en su artículo 4º señaló textualmente:

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*



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

PBX: (57) (1) 3537300.
FAX: (57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co



Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.

Polici a 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 Polici a 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.

(...)

Como se evidencia de lo anterior, la norma en comento equipar  el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros – *tanto activos como retirados del servicio en el equivalente a un 50% de lo devengado* – pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación – *como equivocadamente asume el demandante* – pues la normatividad mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma en comento.

Así las cosas, es claro que el Decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad – *sin efectuar modificación alguna de los porcentajes que disponen el monto base para su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento* –, por cuanto este no es el sentido de la norma.

Es así, que se evidencia una mala interpretación o desconocimiento del tema por parte del demandante al pretender la nivelación de su asignación con el incremento de una partida computable, cuando dicha nivelación por principio de oscilación ha venido siendo aplicada cabalmente por parte de esta entidad.

Entonces, el militar retirado venía devengando el **25%** por prima de actividad; hasta la expedición del **Decreto 2863 de 2007, con el cual se le incrementó dicho porcentaje** en un 50%, es decir, la Entidad realizó un incremento del **12.5%** quedando este en el **37.5%**. Sobre este punto es importante anotar, que con la expedición del Decreto 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, no se entr  a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

De otro lado, no sobra recordar el **PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO**, consistente en que las leyes rigen hacia el futuro, lo cual ha sido objeto de estudio en reiteradas oportunidades, concluyendo entre otras cosas:

*"La regla general sobre la aplicación de la ley en el tiempo prescribe que **las leyes rigen a partir de su promulgación, hacia el futuro y hasta su derogatoria. Este principio constituye la principal garantía de conocimiento, por parte de los asociados, de la voluntad de su legislador; así como la base fundamental para la seguridad y la estabilidad del orden jurídico**".*

Por su parte la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, ha expresado sobre el tema:

***"Irretroactividad de la Ley Fundamentos.** "El principio general que informa nuestra legislación positiva es el que las leyes han de tener efecto de aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tiene efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico".*

El principio general dispone que la ley sólo rige hacia el futuro y en consecuencia no podrá tener efectos retroactivos, salvo que el legislador disponga expresamente lo contrario, por lo tanto los derechos o situaciones jurídicas se rigen por la ley vigente en el momento en que la situación fue creada.

Lo anterior en razón a que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual, lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado en del activo correspondiente. Significa lo anterior que tal y como se explicó con anterioridad, la prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el Art. 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aplicar el 50% de lo devengado en la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por el demandante – al tener reconocida la prima de actividad en un **25%**, este porcentaje debe ser incrementado en un **12.5%** para un total de **37.5%**, valor que ha venido reconociendo mi representada.



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

Ahora bien, es preciso aclarar que el principio de oscilación contemplado en el Art. 42 del Decreto 4433 de 2004 tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de actividad de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación que es bien distinta a la analizada por el demandante que refiere la aplicación de este principio entre asignaciones de retiro adquiridas en regímenes diferentes en aspectos como la base de liquidación, la cual no es susceptible de este principio.

Por otra parte, si el reconocimiento de la asignación de retiro de la parte actora cumple con el computo de la Prima de Actividad que continua vigente en un monto proporcional al tiempo de servicio, acorde con lo establecido tanto en el **Decreto Ley 1211 de 1990** como en el Decreto 2863 de 2007, el desconocimiento de los derechos adquiridos alegados en la demanda carece de fundamento, pues la Administración no puede concederle un derecho que el ordenamiento jurídico no le ha conferido.

En virtud de lo expuesto no le asiste razón a la demandante para solicitar la nulidad del acto acusado; por cuanto los actos administrativos proferidos en el caso bajo estudio se encuentran ajustados a derecho, motivo suficiente para no desvirtuar su presunción de legalidad y en consecuencia negar las súplicas de la demanda.

NO VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD

En tal sentido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda-Subsección B en Sentencia del 09 de noviembre de 2011, expediente 2006-117, expone que, en materia de constitucionalidad de las diferencias de trato, la H. Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

"El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferenciación se ajuste a los preceptos constitucionales".

(...) Sobre el derecho a la igualdad esta Corporación a través de su Sala Plena y de las Salas de Revisión de Tutelas, ha hecho múltiples pronunciamientos, en los cuales ha definido en qué consiste este derecho, la diferencia entre la igualdad formal y la material y cuándo la diferencia de trato no implica necesariamente discriminación. Valga citar, entre otras, la sentencia C-472/92 cuyo



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

ponente fue el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo y en la cual se expresó:

"Existe, pues, un principio general de igualdad entre las personas, cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, ya que el supuesto del cual se parte no es el de la plena identidad entre los individuos (igualdad de hecho), de suyo imposible, sino el de una esencia común perfectamente compatible con la natural diversidad de caracteres, propiedades, ventajas y defectos de cada uno y con las distintas circunstancias en medio de las cuales actúan. De ahí que la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar ciega uniformidad, representa razonable disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes." (...)

Y más adelante se refirió al tema del trato diferencial, el cual no se considera en sí mismo discriminatorio y señaló los requisitos que deben cumplirse para que dicho trato se justifique:

"...el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos -fáctico, legal o administrativo y constitucional- en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución). (...)"¹

Se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por tanto en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, ya que se reitera que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior y está sometido a un régimen jurídico distinto pues la situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente, ello significa que aquellos individuos que tiene una situación jurídica consolidada, no puede verse afectada, desconocida ni

¹ Corte Constitucional, Sentencia No. C-387/94, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

desmejorada por leyes posteriores, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma.

Por lo tanto, no le corresponde a esta Caja efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, debiendo esta Entidad aplicar en su integridad tales disposiciones.

En conclusión, ha quedado plenamente establecido que el demandante adquirió el derecho a percibir la asignación de retiro de conformidad a la norma vigente para la fecha de su retiro del servicio – **Decreto Ley 1211 de 1990**, incluyendo los porcentajes establecidos, lo que significa que tales aspectos no pueden ser desconocidos, ni modificados por las nuevas regulaciones que indefinidamente introduzcan posteriores estatutos del personal en relación con las asignaciones de retiro, pues ello llevaría a desconocer el principio de la **INESCINDIBILIDAD DE LA LEY**, que prohíbe dentro de una sana hermenéutica fraccionar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica. Otra cosa es que la asignación de retiro se vea incrementada anualmente en virtud de los aumentos decretados por el gobierno nacional para el personal en actividad, evento en el cual tiene aplicación el principio de oscilación atendiendo a la condición más beneficiosa para el servidor como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado.²

SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS

Al respecto, resulta claro en el caso sub lite, que la existencia de derechos adquiridos a favor del demandante solamente se puede pregonar, respecto del derecho reconocido en el año de 1991 bajo el amparo de la normatividad vigente, y no como lo pretende hacer ver el accionante, sobre derechos y situaciones contempladas en normas posteriores a la consolidación de su derecho, que no le es aplicable por cuanto el militar adquirió el status de retirado, a partir de la fecha antes mencionad.

Sobre la noción de Derechos Adquiridos, la Corte Constitucional en sentencia C- 147/ 97, señaló:

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: JAIME MORENO GARCIA, sentencia del 17 de mayo de 2007, expediente No. 8464-05



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

"Debe la Corte en consecuencia determinar, el contenido y alcance de la noción de "derecho adquirido" y si el aparte normativo acusado implica desconocimiento de derechos consolidados... (...)

2.1. Como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, siguiendo las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.

Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.

La doctrina y la jurisprudencia contraponen a los derechos adquiridos las "meras expectativas", que se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto..."

Es así, que lo que pretende el demandante es la modificación de un derecho reconocido y consolidado desde el año de 1991, con aplicación PARCIAL de las nuevas regulaciones, obviamente en lo que le resulta conveniente, toda vez que las disposiciones actuales han establecidos una serie de requisitos adicionales a los exigidos en su momento al demandante a los cuales no hace referencia.

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reconoció la asignación de retiro al MILITAR aplicando la normatividad vigente a la fecha de su retiro y sus derechos adquiridos no han sido vulnerados, por el contrario, todos los aumentos decretados por la Ley año tras año, se han hecho efectivos de acuerdo al porcentaje de liquidación en su asignación de retiro y de acuerdo a lo dispuesto por el legislador.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE PRIMA DE ACTIVIDAD



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

En torno al problema jurídico, que en este caso es objeto de controversia, me permito plantear lo siguiente:

¿Tiene derecho el demandante, a que su asignación de retiro sea reajustada con la inclusión de la prima de actividad, conforme a los porcentajes establecidos en el Decreto 2863 de 2007?

En razón a la expedición de la Ley 1395 de 2010, artículo 115 y a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, trae la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se obliga a las autoridades a tener en cuenta las sentencias de unificación de esa Corporación, en sus fallos.

El sustento de lo anterior, la honorable Corte Constitucional lo ha establecido en varias de sus sentencias³, entre ellas la C-539 de 2011, Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, demanda de inconstitucionalidad en contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010 "Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial:

*" (...) El entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y **judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales.**"*

(...)

Sobre este tema, ha resaltado la Corte que (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todos las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial

3. -C-634 de 2011, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

-C-816 de 2011, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." Establece: "A su vez, las autoridades administrativas son también sujetos de estos mandatos superiores y en consecuencia, de la fuerza vinculante de los fallos emanados de las altas cortes jurisdiccionales. Adicionalmente, frente a ellas, el legislador dispone de una amplia potestad de configuración para establecer parámetros de la actuación administrativa de naturaleza judicial.

En consecuencia, la orden del legislador dada a la autoridad administrativa en el inciso primero del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, de extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativo, a casos basados en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es desarrollo del concepto de la fuerza vinculante de las sentencias proferidas por las altas corporaciones de justicia."

en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, "y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley" para el caso en concreto.

(...)

Así mismo, la Corte ha aceptado que el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte puede conllevar, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera sistemática, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal), y que cuando se apartan del precedente horizontal o vertical deben ofrecer un argumento suficiente que justifique el cambio, asegure la igualdad y conjure la arbitrariedad.

Por tanto, esta Corte ha precisado que el precedente constitucional es vinculante y que su desconocimiento por parte de los servidores públicos tanto administrativos como judiciales, da lugar a (i) la interposición de acciones judiciales, como la tutela, y (ii) da lugar a



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremilco



@Cremil_co



Cremil_co

la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al configurarse dicho desconocimiento como una vía de hecho judicial."

La Corte Constitucional ratifica la obligación de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado.

Es entonces menester para los Jueces de la República, respetar el precedente judicial⁴, de las altas Cortes, como fuente del derecho, siempre y cuando éste tenga consonancia con los mandatos constitucionales; en ese orden de ideas, la misma Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial al respecto y a propósito de la obligatoriedad de sus mismas decisiones, entre las que se destacan: SU-047/99, T-049 del 2007.

Así las cosas, es un hecho evidente que existe abundante jurisprudencia de los diferentes Tribunales Administrativos a nivel nacional a favor de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en donde se declara que la Entidad aplicó en debida forma lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, respecto al reajuste del porcentaje de la prima de actividad para el personal retirado antes de la entrada en vigencia del Decreto referido, constituyéndose en un precedente el cual deberá acatarse y respetarse.

En tal sentido el **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "B" Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, en Sentencia del 30 de noviembre de 2017, expediente 25000-23-42-000-2012-01126-01(2773-14), Actor: Hector Guillermo Santos Solano,** señala lo siguiente:

(...) "

Asunto: Determinar si es viable reconocer el reajuste de la asignación de retiro del actor con el incremento de la partida computable prima de actividad de que tratan los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 del 2007...

"Manifestó que le asiste el derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada y reajustada con la inclusión del incremento del 16.5% de la prima de actividad, pues de conformidad con el artículo 4º del

⁴ Trabajo de posesión como miembro correspondiente del dr. Eduardo Pilonieta Pinilla, Bucaramanga, Julio 27 de 2007.

Decreto 2863 del 2007 los miembros de la Fuerza Pública que la hubieren obtenido con anterioridad al 1º de julio del 2007, tendrán derecho a su reajuste en el mismo porcentaje en el que haya ajustado el del activo correspondiente, según los términos del artículo 2º del mismo, que dispone:....

1.5. La sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 20 de febrero del 2014 negó las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos.

Concluyó, después de hacer un extenso y detallado análisis de la partida computable prima de actividad de los miembros de la Policía Nacional y de la situación fáctica del demandante, que la entidad demandada actuó conforme a derecho, por cuanto dio estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007, incrementando la partida computable prima de actividad en un 50% a partir del 1º de julio de 2007, quedando en un 37.5%, razón por la cual CASUR no adeuda incremento alguno al señor Héctor Guillermo Santos Solano...

"1.6. Del recurso de apelación.

*La **parte demandante**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia buscando su revocatoria para que en su lugar, se acceda a las pretensiones, para lo cual sostuvo que la entidad demandada a 1º de julio 2007 venía liquidando una prima de actividad en 25% y al entrar en vigencia del Decreto 2863 de dicha anualidad, su asignación de retiro en el factor de prima de actividad debe corresponder al 16.5% que es el 50% de lo que devengaba a la fecha un suboficial activo que era del 33%, lo que conlleva a que para dar aplicación al decreto en mención el porcentaje a cancelar a partir de la vigencia de la norma corresponde al 25% que venía devengando más el 16.5% para un total de 41.5% y no del 37.5%, que es el que viene siéndole reconocido al demandante...*

II. CONSIDERACIONES.

"(...)

ARTÍCULO 81. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, que (sic) servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

(...)



SC5821-1



SA-
CER366117



OS-
CER357757



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

ARTÍCULO 142. CÓMPUTO 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 computará de la siguiente forma:

- Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (1.5%), del sueldo básico.

- Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%), del sueldo básico.

- Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%), del sueldo básico.

- Para Oficiales y Suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%), del sueldo básico.

- Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o mas años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%), del sueldo básico. (...)"

Por su parte el Decreto 96 de 1989, con relación a la prima de actividad, estableció:

"(...)

Artículo 68. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico. (...)

Artículo 140. 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 computará de la siguiente forma:

--Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento del sueldo básico.

--Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%), del sueldo básico.

--Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%), del sueldo básico.

--Para Oficiales y Suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%), del sueldo básico.

--Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico.

ARTÍCULO 141. 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 computará de la siguiente forma:

a. Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.

b. Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.

c. Para Oficiales y Suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.

d. Para Oficiales y Suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%) del sueldo básico.

e. Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico. "(...)"

Con respecto al principio de oscilación de asignaciones de retiro, en términos generales los artículos 62 del Decreto 609 de 1977, 109 del Decreto 2063 de 1984, 151 del Decreto 1212 de 1990, 109 del Decreto 1213 de 1990, 56 del Decreto 1091 de 1990, 42 del Decreto 2070 de 2003, 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 de 2004, consagran que las asignaciones de retiro se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.

Por otro lado, se tiene que mediante el artículo 32 del Decreto 1515 del 5 de mayo de 2007, "Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial", se estableció que la "(l) prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual."

Finalmente se expidió el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones", en cuyos artículos 2º y 4º se consagró:

"(...)

Artículo 2º. *Modificar el artículo 32 del el cual quedará así:*

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).

(...)

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.

(...)”

iii. Caso concreto.

*Para el caso del Mayor (R) Héctor Guillermo Santos Solano, quien prestó sus servicios por 20 años, 3 meses y 4 días, CASUR le tuvo en cuenta para reconocer la asignación de retiro el **25%** de la prima de actividad, porcentaje que al multiplicarlo por el **50%** arrojaría un **12.5%** y que sumado equivaldría a un total del **37.5%**.*

Para mejor claridad de lo expuesto anteriormente, la Sala establece la siguiente operación matemática:

$$25\%^5 \times 50\%^6 = 12.5\%^7 + 25\% = 37.5\%^8$$

De lo anterior, se tiene que CASUR ha venido reconociendo y liquidando al actor a partir del 1º de julio del 2007 la partida computable prima de actividad un 37.5%, según se prueba de los comprobantes de pago⁵. En ese sentido la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 del 2007, de modo tal que antes del mes de julio de 2007 la parte actora tenía una prima de actividad del 25% y a partir de julio de 2007 comenzó a devengar un porcentaje del 37.5%, por lo tanto la entidad no le adeuda suma alguna por dicho concepto.

Para la Sala, cuando el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2º del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y no al resultado de aplicar el 50% al 25% de que trata el artículo 142 del Decreto 2062 de 1984.

Es de resaltar que para el cómputo del aumento referido debe observarse el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, por cuanto de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en tanto la disposición hace referencia al aumento en el valor de una variable, lo cual implica que el ajuste de la prima de actividad del 50% tiene lugar

⁵ Porcentaje de la prima de actividad.

⁶ Incremento que indica el Decreto 2863 del 2007.

⁷ Porcentaje a incrementar en la asignación de retiro.

⁸ Porcentaje que la entidad reconoció y viene liquidado a partir del 1º de julio de 2007.

⁹ Folios 75 a 78.

respecto de la proporción reconocida al demandante cuando consolidó su derecho.

En consecuencia, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia, ya que los artículos 2º y 4º del Decreto 2768 del 2007 establecen expresamente que los Suboficiales con asignación de retiro de las Fuerzas Militares tienen derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, lo que no es nada diferente a que se le aplique el 50% de incremento del porcentaje de prima de actividad que percibe como retirado, que es lo que ha hecho la entidad demandada desde el 1º de julio del 2007.

Entonces, si bien es cierto el demandante tiene derecho a que se le incremente su prima de actividad, en el porcentaje consagrado en el Decreto 2863 del 2007, no es posible acceder a lo pretendido por el actor, por cuanto al revisar integralmente el expediente encuentra la Sala que la entidad demandada ya realizó el reajuste ordenado por dicho estatuto.

Así las cosas, se tiene que como el demandante no demuestra que su asignación de retiro haya sido reajustada por debajo del porcentaje de incremento efectuado al personal en actividad, debe confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de febrero del 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Héctor Guillermo Santos Solano contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. (...)”

Así mismo, el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “B” Magistrado Ponente Dr. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS en Sentencia del 19 de abril de 2018**, expediente 2016-00045 01, señala lo siguiente:

(...) ”



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co



Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.

El Decreto 4433 de 2004,⁵ en su articulado no hizo referencia específica a la prima de actividad y tampoco al porcentaje específico como partida computable en la asignación de retiro; como sí había ocurrido en cada una de las normas anteriores, simplemente se refirió, cuando reglamentó lo referente a la asignación de retiro al 62%, 95% y 50% de las partidas computables, vale decir, sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, prima de academia superior, prima de vuelo, gastos de representación, bonificación, y duodécima parte de la prima de navidad.

A juicio de la Sala los porcentajes antes anotados, se refieren a la cuantía total de la asignación de retiro para cada situación descrita en la norma; y no propiamente que el Gobierno Nacional hubiere dispuesto de manera expresa el incremento de la prima de actividad en el porcentaje entendido por la actora, con la expedición del Decreto 4433 de 2004.

Sin embargo, posteriormente el Decreto 1515 del 5 de mayo de 2007, por el cual se fija los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional dispuso respecto a la prima de actividad:

“ARTÍCULO 32. La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.”
(Énfasis de la Sala)

⁵Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación...Diario Oficial 45778 del 31 de diciembre de 2004, pág. 273.



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

El Decreto 2863 de 2007, por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones preceptuó:

“Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).”

Reitera la Sala, que el legislador ha fijado el porcentaje de la prima de actividad como factor del ingreso base de liquidación de la asignación de retiro atendiendo grado, cuerpo, especialidad y años de servicio, de manera que, por ejemplo para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), le corresponde el treinta por ciento (30%), personal con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, previó el incremento 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.

En el caso concreto, de las pruebas que obran en el expediente se acreditó que el Sargento Viceprimero GILDARDO ANTONIO SALDARRIAGA MAZO, sirvió a la institución militar por un lapso de 20 años, 8 meses y 8 días, según la Hoja de Servicios No. 945/92 y se le reconoció asignación de retiro el 23 de abril de 1992 con efectos fiscales a partir del 1 de junio de 1992, en cuantía del 70% del sueldo básico, incluyendo el 25% de prima de actividad, aplicando para efectos de este reconocimiento el Decreto 1211 de 1990, vigente para la fecha de su retiro (30 de mayo de 1992), y según manifestación efectuada en la contestación de la demanda, sin que fuera objetada por la parte actora, actualmente la percibe en un 37.5%.

Lo anterior le demuestra a la Sala, que el *a quo* efectuó un cálculo inapropiado para liquidar el porcentaje de la prima de actividad dentro de la asignación de retiro del demandante, toda vez que, la demandada ha incluido la prima de actividad en el



SC5821-1



SA-
CER366117



OS-

CER357757



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremitco



@Cremit_co



Cremit_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.

ingreso base de liquidación de la asignación de retiro, inicialmente en el porcentaje dispuesto por las normas y posteriormente la ha incrementado en aplicación de las fluctuaciones que la misma ha tenido, por lo mismo, en el caso del demandante la prima de actividad no ha permanecido estática, de donde se infiere que se ha acatado el principio de oscilación y a lo largo del proceso no se demostró que la fórmula utilizada para cumplir lo dispuesto en los decretos 1515 del 5 de mayo de 2007 y 2863 de 2007, o las normas anteriores contentivas de los porcentajes de la prima de actividad, rayara con lo dispuesto por la ley.

Es decir, al momento del reconocimiento de su asignación de retiro se incluyó como partida computable la prima de actividad en un porcentaje del 25%, porcentaje que fue incrementado posteriormente en 50% del mismo según el Decreto 2863 de 2007, esto es, en un 12.5%, para un total de 37.5%, porcentaje éste que es idéntico al que se viene aplicando.

Ahora, se recuerda a la Juez Cincuenta y Cuatro (54) Administrativa del Circuito Judicial de Bogotá, que los derechos de los militares, específicamente, el derecho al reconocimiento y pago de su asignación de retiro, se consolida con las normas vigentes al momento en el que cumple los requisitos para hacerse acreedor de ella; por tanto, pretender efectuar modificaciones posteriores, conforme tantas normas se emitan y que varíen la forma en la que se reconoce la asignación, con las partidas computables y sus porcentajes, generan inseguridad jurídica para las entidades estatales y para el patrimonio del País.

" (...)

Así mismo el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda-Subsección C Magistrado Ponente Dra. AMPARO OVIEDO PINTO en Sentencia del 06 de febrero de 2015**, expediente 2013-00489, señala lo siguiente:

(...) "Observa la Sala con absoluta claridad, que en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, al igual que en los Decretos 095 de 1989 y 1211 de 1990, el legislador consagró en forma taxativa el aumento en la partida de la prima de actividad para el personal retirado de Oficiales y Suboficiales las fuerzas militares.

Además, las normas posteriores al Decreto 2863 de 2007, no han modificado el porcentaje de la prima de actividad que se debe computar en la asignación de retiro.

Así, el Decreto 673 de 2008, "por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



PBX: (57) (1) 3537300.
FAX: (57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremilco



@Cremil_co



Cremil_co

Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo' de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial", en su artículo 31 expresa:

"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%),"

Es claro que el citado artículo 31 se refiere exclusivamente a la prima de actividad de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, esto es, la del personal activo y no la del personal retirado, En este decreto el legislador no consagra en forma taxativa, como lo hizo en los Decretos 095 de 1989, 1211 de 1990 y 2863 de 2007, que se deba incrementar la prima de actividad al personal retirado, y tampoco brinda herramientas que permitan inferir tal interpretación.

Lo anterior se explica en la medida que a través del Artículo 37 del Decreto 673 de 2008, se dispuso con claridad que se derogaba "el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4º", es decir, que el incremento de la prima de actividad para el personal retirado en desarrollo del principio de oscilación, siguió en plena vigencia." (...)

Otros pronunciamientos judiciales sobre la Prima de Actividad

1. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", demandante: Mario Alfonso Navas Cabrera, Proceso No. 2004-8660.*
2. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", demandante: Alonso Vaca Chitiva, Proceso No. 2011-081.*



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

3. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", demandante: Alcides Cárdenas Vela, proceso No. 2007-419.*
4. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", demandante: URIEL DE JESUS VERGARA, proceso No. 2012-150-01.*
5. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: LUIS JAVIER ARANGO BENAVIDES, proceso No. 2013-147-01.*
6. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: EFRAIN TRILLERAS ROJAS, proceso No. 2012-146-01.*
7. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: JOSE ANGEL IGLESIA CAMPO, proceso No. 2013-068-01.*
8. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: MARIA JOSEFA OLARTE DE RIAÑO, proceso No. 2013-00175-0.*
9. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: LUZ MARINA PAEZ BETANCOURT, proceso No. 2013-00027-01*
10. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", Demandante: CECILIA ROA CARVAHO, proceso No. 2013-00117-01*
11. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: HUMBERTO MAYORGA PEÑA, proceso No. 2013-187-01.*
12. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: HIPOLITO GOMEZ MEJIA, proceso No. 2013-346-01*
13. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E", Demandante: LUIS EDUARDO ALVAREZ SILVA, proceso No. 2012-0207-01.*
14. *Tribunal Administrativo de Santander en Descongestión - Sala de Asuntos Laborales -, Demandante: CONCEPCIÓN CAMARGO BARRAGAN, proceso No. 2011-173-01.*
15. *Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión de Descongestión*



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

No. 10ª – Despacho No. 05, Demandante: JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ DIAZ, proceso No. 2007-00328-01.

16. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: JOSE ANGEL IGLESIA CAMPO, proceso No. 2013-068-01.

17. Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, Demandante: ANDRES PEREZ LONDOÑO, proceso No. 2012-020-01.

18. Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Oralidad, Demandante: ALIRIO GOMEZ GONZALEZ, proceso No. 08001-23-33-001-2014-00137-00 JR (2013-00250).

PRINCIPIO DE OSCILACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO APLICABLE A LA FUERZA PÚBLICA.

En relación con lo antes expuesto, el PRINCIPIO DE OSCILACIÓN, asimilable tanto conceptual como en su finalidad al Principio de Mantenimiento del Poder Adquisitivo de Pensiones, siendo este- OSCILACIÓN- propio del Régimen Especial de los Miembros de las Fuerzas Militares, el cual se ha consagrado en el artículo 169 del Decreto ley 1211 de 1990 y el artículo 42 del Decreto 4433/04.

El principio de oscilación de las asignaciones de retiro, consagrado en la norma precitada, **únicamente es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro, y preservar el derecho a la IGUALDAD entre militares en actividad y en retiro**; su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Por consiguiente, en el régimen de las asignaciones de retiro, se aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone el artículo citado Decreto ley 1211 de 1990; porque de lo contrario, si fueran adoptados mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes, se aplicaría un sistema prestacional distinto y sin fundamento legal, al establecido en el régimen especial de la Fuerza Pública.

Aunado a lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante oficio No. 031163 del 21 de agosto de 2003 precisó:

"El sistema de oscilaciones de asignaciones de retiro y pensión previstos en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990,



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



PBX: (57) (1) 3537300.
FAX: (57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

constituyó parte integral del Estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y rigió en este caso los incrementos de las pensiones y de las asignaciones de retiro que les habían sido reconocidas las cuales estaban directamente ligados a los aumentos salariales de los miembros activos de la fuerza pública”

El citado principio – **oscilación de las asignaciones de retiro**- establecido en las citadas normas, consagra taxativamente la prohibición de la aplicación de un régimen diferente para efectos del reajuste de las asignaciones de retiro; al respecto es del caso aclarar que esta misma prohibición se encontraba contemplada en los Decretos 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989, al establecer **“Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.**

Por lo expuesto, es claro que al demandante se le han hecho los reajustes, que por ley le corresponden.

No está por demás precisar que no todos los años desde la expedición de la Ley 238 de 1995, fueron más favorables que los incrementos efectuados por el Gobierno Nacional en cumplimiento del Principio de Oscilación que rige para la Fuerza Pública; por consiguiente, si es aplicado el Índice de Precios al Consumidor para todo el personal militar retirado, NO SOLAMENTE LOS AÑOS QUE PRESUNTAMENTE LE SON FAVORABLES, sino desde la vigencia de la referida norma, la Entidad debe incoar las acciones judiciales pertinentes para EXIGIR el reintegro de los valores pagados cuando en años anteriores estos le fueron más beneficiosos.

El espíritu de la Ley 238 de 1995, no pretende modificar el sistema de actualización de las asignaciones de retiro del personal retirado de la Fuerza Pública, tal como se expresa en la exposición de motivos del proyecto de Ley No. 171/95:

“...Durante más de una década los pensionados de Colombia clamaron ante el Gobierno y el Congreso porque se hiciera justicia y se le legislara en materia de reajuste de pensiones, de tal manera que no solamente se conservara el poder adquisitivo de las mesadas, sino que además se recuperara el perdido como consecuencia de la aplicación de la norma vigente, Ley 4ª de 1976...”

Finalmente es preciso señalar sobre el precedente jurisprudencial emanado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez, en Sentencia del Veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete



SC5821-1

SA-
CER366117 CER357757

PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

(2017), dentro del proceso promovido por Antonio Moyano, Radicado 2010-00186-00 (1316-10), que señalo que:

"... Limitaciones jurisprudenciales al principio de oscilación

Es importante precisar, que la jurisprudencia ha visto algunas limitantes en la aplicación del principio de oscilación. Se ilustran algunas de ellas:

Principio de favorabilidad: *En este sentido esta corporación admitió, de manera temporal, el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el índice de precios al consumidor, IPC, en aplicación del principio de favorabilidad, pues al hacer una comparación de los porcentajes que arrojan uno y otro sistema resultaban más beneficiosos los del régimen general.*

Al respecto, concluyó¹⁰ que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 adicionada por la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995 que exceptúa a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, que regula el derecho al reajuste de las pensiones de acuerdo con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE (art. 14), resultaba más favorable que las normas contempladas para su régimen especial, es decir, que el principio de oscilación.

Sin embargo, en aquella situación se aclaró que el reconocimiento así dispuesto, tendría una limitante temporal por los años de 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, dada por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que definió nuevamente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones..."

**NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACION EN LAS
ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

Sobre este particular, cabe resaltar que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y, en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad. Por tal motivo, no se encuentran viciadas de Falsa Motivación, para lo cual es oportuno realizar las siguientes consideraciones:

¹⁰ Ver Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2007, expediente 8464-05, Actor: José Jaime Tirado, CP: Jaime Moreno García.

En primer lugar, y sobre este tema, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia N° 10051 del 19 de Marzo de 1998, Consejera Ponente Clara Forero de Castro, señaló lo siguiente:

"...La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida notificación jurídica y apreciación razonable (...)" (Subrayados fuera del texto original).

En el caso bajo estudio, la Entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

NO CONFIGURACION DE LA CAUSAL DE NULIDAD

De otra parte es preciso señalar que el artículo 137 del CPACA, establece cuando es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos, así:

- Cuando los actos administrativos infrinjan normas en que debían fundarse.
- Cuando hayan sido expedidos por funcionarios u órganos incompetentes.
- Cuando hayan sido expedidos en forma irregular.
- Cuando hayan sido expedidos con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa.
- Cuando hayan sido expedidos con falsa motivación.
- Cuando hayan sido expedidos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

En el caso bajo estudio, no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos y por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.



SC5821-1



SA-
CER366117



OS-

CER357757



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO

El Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA - Ley 1437 de 2011) establece respecto a la condena en costas lo siguiente:

"Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. 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." (Actual Código General del Proceso) (Subrayados fuera del texto original).

A su turno, los incisos 5 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso facultan al juez para decidir sobre las costas, señalando textualmente lo siguiente:

"Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*" (Subrayados fuera del texto original).

La jurisprudencia ha definido las costas procesales como aquellos gastos que se deben sufragar en el trámite de un proceso y éstas se componen de expensas y agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, entre otras, mientras que las agencias en derecho, sí corresponden a los gastos u honorarios del abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora (*Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp.12425*).



SC5821-1



SA-
CER366117



OS-

CER357757



PBX: (57) (1) 3537300.
FAX: (57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

En ese sentido, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, *"la norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia"*

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

Aunado a lo anterior, vale la pena mencionar algunos apartes del marco normativo y jurisprudencial planteado sobre el tema de costas, mencionado en la Sentencia de Segunda Instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No.4 del 28 de junio de 2016, Magistrado Ponente Dr. Javier Humberto Pereira Jáuregui, dentro del radicado 2014-00039-01, que señala:

(...)



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremil_co

5. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, se dirá que la entidad demandada manifestó en su impugnación que debía darse aplicación al numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., el cual señala, que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez puede abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, así mismo, que no incurrió en actos dilatorios, ni temerarios que perturbaran el procedimiento.

Así las cosas, la Sala empezará por señalar, que tal como fue expresado en el acápite precedente, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de siete (7) de abril de 2016, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), Actor: JOSÉ FRANCISCO GUERRERO BARDI, varió la tesis que venía adoptando frente a la imposición de la condena en costas, y acogió el criterio objetivo al concluir que no se debe tener en cuenta la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Razón por la cual, el argumento de la impugnante referente a que su actuación no fue dilatoria o temeraria, no tiene vocación de prosperidad, pues en nada incide al momento en que el Juez adopte la decisión.

No obstante, es claro que dicha “objetividad” también se relaciona con el hecho de que en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, que hay que decidir, bien sea para condenar total o parcialmente, o para abstenerse, según las precisas reglas del CGP, no necesariamente siempre para imponerlas.

De la lectura del artículo en comento, se advierte que dicha norma admite que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez se abstenga de condenar en costas o pronuncie condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En el asunto que nos ocupa, según se evidencia en el plenario se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, habida cuenta que, si bien es cierto

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección “B”, **en fallo del 25 de enero de 2018**, siendo Magistrado Ponente el Dr. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON, señaló sobre el tema que:

(...)

Condena en costas.- Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:

“



SC5821-1



SA-
CER366117



OS-

CER357757



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.



Cremilco



@Cremil_co



Cremil_co

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.

«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado, así:

«... La Subsección "A" de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia dictada el 20 de enero de 2015, en relación con la norma antes transcrita expuso que contiene el verbo "dispondrá" que está encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera la sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

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

Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos ".en que haya controversia." y ".solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

En la sentencia cuestionada claramente el a quo expuso que no procedían teniendo en cuenta la buena fe desplegada en la discusión planteada.».

En el presente asunto, **no** se comparte la decisión del a quo de imponer costas, en cuanto se observa que no existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables, por lo que no es procedente la condena en costas.

" (...)

Atendiendo la providencia en cita, el Juez en lo atinente a la condena en costas y agencias en derecho, debe revisar si las mismas se causaron y la medida de su comprobación, **no obstante, en el presente proceso dichas expensas no se encuentran acreditadas**, no se advierten elementos de prueba en el expediente que justifiquen la imposición de dicha erogación, postura que continua siendo fundamento de las diferentes secciones de la sala de lo

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para no efectuar condena en costas.

En virtud de lo anterior, al no hallarse demostrada la causación de costas y agencias en derecho, se solicita comedidamente se de aplicación al criterio objetivo-valorativo y a la posición asumida por el Consejo de Estado frente a la condena en costas (Concejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 07 de abril de 2016, radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01-1291-14, Actor: José Francisco Guerrero Bardi) así: *"... en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365"*.

Por tal motivo, ***respetuosamente se solicita a su señoría no imponer condena en costas y agencias en derecho.***

NOTIFICACIONES

Al señor Mayor General (RA) del Ejército Leonardo Pinto Morales, en su calidad de Director General y Representante Legal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, teniendo como domicilio la ciudad de Bogotá D.C., quien recibe notificaciones en la Carrera 13 N° 27-00 Edificio Bochica, interior 2, correo electrónico: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

PRUEBAS

De conformidad con el párrafo 1º. Del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 esta Entidad pública demandada allega copia del expediente administrativo en lo que se refiere a los antecedentes que dieron origen a la controversia:

- Hoja de servicios del titular de la prestación
- Acto Administrativo de reconocimiento de la Asignación de Retiro.
- Derecho de petición y la respuesta dada por CREMIL oficio No. 73534 del 18 de octubre de 2015.

Solicito respetuosamente al Despacho tener como pruebas los antecedentes administrativos que dieron origen al Reconocimiento de la Asignación de Retiro del militar, actos administrativos demandados los cuales se encuentran incorporados en el expediente, así como las normas de carácter especial que rigen a la población de las Fuerzas Militares, como lo es el Decreto 4433 de 2004.

ANEXOS

1. Lo mencionado en el acápite de PRUEBAS
2. Poder a mi conferido.



SC5821-1



SA-



OS-

CER366117 CER357757



PBX: (57) (1) 3537300.

FAX: (57) (1) 3537306.

Línea Nacional: 01 8000 912090.

 Cremilco

 @Cremil_co

www.cremil.gov.co

Carrera 13 # 27-00.

Bogotá-Colombia.

 Cremil_co

3. Decreto No.195 del 10 de febrero de 2020, por la cual se hace un nombramiento al Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
4. Acta de Posesión No. 0015-20 del 12 de febrero de 2020, del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
5. Resolución No. 30 del 4 de enero de 2013, por medio de la cual se delegan unas funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

NOTIFICACIONES

Al Señor Mayor General (RA) del Ejército Leonardo Pinto Morales, en su calidad de Director General y Representante Legal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, teniendo como domicilio la ciudad de Bogotá D.C., quien recibe notificaciones en la Carrera 13 N° 27-00 Edificio Bochica, interior 2, correo electrónico: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

Cordialmente,



Natalia Agudelo Rivera

CC. No. 24.339.563 de Manizales
TP. No. 236.178 del C. S. de la Jud.

Con Anexos



SC5821-1



SA-
CER366117 CER357757



OS-



PBX:(57) (1) 3537300.
FAX:(57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.

www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.



Cremilco



@Cremil_co



Cremil_co