



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: CARMENZA SUÁREZ DE MARTÍNEZ

**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
COORDINACIÓN GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
EJÉRCITO NACIONAL**

EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2015-0062

ACTA No. 22 de 2016

AUDIENCIA INICIAL ART. 180 LEY 1437 DE 2011

En la ciudad de Tunja, a los once (11) días de febrero del año dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (9:00 a.m.), día y hora fijados en la providencia del quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), para llevar a cabo la diligencia de Audiencia inicial dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO N° 15001-33-33-006-2015-0062** instaurado por **CARMENZA SUÁREZ DE MARTÍNEZ** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – COORDINACIÓN GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL EJÉRCITO NACIONAL**, la suscrita Juez **MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO**, en compañía de **ADRIANA CASTELBLANCO DÍAZ**, como secretaria Ad-Hoc, se constituye en audiencia pública.

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Decreto de Pruebas.

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

1. ASISTENTES:

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

1.1.-PARTE DEMANDANTE:

- **APODERADO:** No asistió

1.2.- PARTE DEMANDADA

- **APODERADO:** Doctora **NIDIA FABIOLA RODRÍGUEZ MONTEJO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.040.413 de Tunja, y portadora de la Tarjeta Profesional No. 142.835 del C.S de la J.

2. INASISTENCIAS Y EXCUSAS:

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**, así como del **apoderado de la parte demandante**. No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues la inasistencia de estos no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso segundo del numeral 2º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Se advierte que ante la inasistencia del apoderado se dará aplicación a lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Las partes quedan notificadas en estrados.

3. SANEAMIENTO DEL PROCESO:

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 180 numeral 5 en concordancia con el 207 del C.P.A.C.A., el Despacho **NO** advierte la existencia de alguna irregularidad o vicios que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal. No obstante lo anterior se concede el uso de la palabra a la parte presente para que se manifieste al respecto:

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la entidad demandada**, quien manifestó: No observo causal de nulidad que invalide lo actuado hasta el momento.

Escuchadas la apoderada de la entidad accionada, el despacho manifiesta que no existe irregularidad, ni causal alguna que origine nulidad de lo actuado, razón por la cual se continúa con el orden de la audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados.

4. EXCEPCIONES PREVIAS:

Indica el Despacho que la entidad accionada con la contestación de la demanda no propuso excepciones. Así mismo, el Despacho no encuentra excepciones previas que deban ser declaradas de oficio, como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa, previstas en el numeral 6 del artículo 180 del C.P.A.C.A., y no falta ningún requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por la parte actora, en consecuencia se procede a seguir con las demás etapas de la audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados.

5. FIJACIÓN DEL LITIGIO:

Revisada la demanda y su contestación, observa el Despacho que existe consenso en los hechos N° 2 y 3; y ausencia de consenso en los demás. Por consiguiente, se indaga a la apoderada de la entidad accionada acerca de si existe acuerdo sobre otros hechos y

demás extremos de la demanda, de acuerdo con el numeral 7º del artículo 180 del C.P.A.C.A., para lo cual se concede el uso de la palabra.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte demandada**, quien manifiesta: No su señoría, me ratifico en la manifestación de los hechos realizadas en la contestación de la demanda.

Una vez escuchada la apoderada de la entidad el Despacho procede a fijar el litigio sobre las pretensiones¹ propuestas en el libelo de la demanda obrantes a folios 12 y 13 del expediente; y los hechos² planteados en la demanda a folio 13 del expediente; **salvo** la

¹ PRETENSIONES:

Declaraciones:

Primera.- Que se declare la nulidad del Oficio No. OFI 13-52044 MDNSGDAGPSAP de fecha 28 de octubre de 2013, suscrito por la Directora LINA MARIA TORRES CAMARGO Coordinador Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se le negó el reconocimiento, reliquidación y pago del reajuste de la Pensión mensual de Jubilación y de los dineros retroactivos, resultantes de la diferencia económica dejada de percibir, con la respectiva indexación que en derecho corresponda a la señora CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ, por concepto de la reliquidación y reajuste de la PRIMA DE ACTIVIDAD consagrada en los Arts. 1, 2 y 4to del Decreto 2863 de 2007; y los decretos 673 de 2008; 737 de 2009; 1530 de 2010; 1050 de 2011 entre otros, dando aplicación al principio de oscilación conforme el Art. 42 del Decreto 4433 de 2004, Art. 38 del Decreto 1214 de 1990 y Art. 1 Decreto 2743 de 2010.

Segunda.- Consecuentemente con lo anterior, para restablecer el derecho de la demandante, ordénese a la demandada, la reliquidación, pago y reajuste permanente de la Pensión mensual de Jubilación de la señora CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ, conforme a la prima de actividad desde el veintisiete (27) de julio de 2007, de manera permanente y mensual, de conformidad con los Arts. 1, 2 y 4to del Decreto 2863 de 2007; y los decretos 673 de 2008; 737 de 2009; 1530 de 2010; 1050 de 2011 entre otros, dando aplicación al principio de oscilación conforme el Art. 42 del Decreto 4433 de 2004, Art. 38 del Decreto 1214 de 1990 y Art. 1 Decreto 2743 de 2010, y dando aplicación al principio de oscilación.

Condenas:

Primera.- Así mismo, declarada la nulidad y restablecido el derecho particular, condénese a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - COODINADOR GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, a cancelar a la demandante, con las actualizaciones dinerarias consecuentes con la variación del Índice de Precio al Consumidor I.P.C., acontecidas entre el veintisiete (27) de julio de 2007 y la fecha en que se cancele la PRIMA DE ACTIVIDAD que es materia de acción.

Segunda.- Ordénese a la entidad demandada a RELIQUIDAR, REAJUSTAR E INDEXAR, en la Pensión mensual de Jubilación y demás prestaciones sociales de la actora la PRIMA DE ACTIVIDAD, con el mayor porcentaje legal y en forma permanente, a partir del veintisiete (27) de julio de 2007, como resultado del reconocimiento del derecho anterior, de acuerdo con su grado; de lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento sin causa para la demandante.

Tercera.- Las sumas a que sea obligada a pagar a la demandante serán actualizadas en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tomando como base el índice de Precios al Consumidor I.P.C., certificado por el DANE, más los intereses comerciales moratorios a que hubiere lugar.

Cuarto.- Dispóngase se dé cumplimiento al fallo que ha de proferirse, en los términos de lo previsto en los artículos 187, 188, 189, 192, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Quinto.- Igualmente deberá pagar los intereses moratorios exigibles a partir de la causación del reajuste pensonal respecto de la PRIMA DE ACTIVIDAD, con el mayor porcentaje legal y en forma permanente, desde el (veintisiete (27) de julio de 2007, hasta el 31 de diciembre de 2013, sobre el mayor valor de la pensión reajustada y hasta cuando se cancele efectivamente dicho reajuste.

Sexto.- Que se condene en costas a la parte demandada artículo 188 de la Ley 1437 de 2011

² HECHOS:

1.- Aspectos jurídicos.

2.- Mediante derecho de petición, dirigido a la entidad demandada, la demandante solicitó, el reconocimiento de la Prima de Actividad en el porcentaje correspondiente al grado y tiempo de servicio, de acuerdo a lo ordenado por el Decreto 2863 de 2007.

3.- La entidad accionada mediante Oficio No. OFI 13-52044 MDNSGDAGPSAP de fecha 28 de octubre de 2013, da respuesta negativa al derecho reclamado. "...de lo anterior se infiere que las normas estipuladas en el citado decreto. no cobijan al personal civil que ostentara derecho pensonal, de igual forma. las misma, no son aplicables a su caso"...

4.- La señora CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ, prestó sus servicios personales a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, tal como consta en la hoja de servicio que se aporta y tal como se consta su

precisión hecha por el Despacho respecto de la situación fáctica en la que hubo consenso, y los hechos N° 1 y 6 por tratarse de aspectos jurídicos y apreciaciones meramente subjetivas de la parte demandante, que serán valorados como tal y resueltos con el fondo del asunto.

Así las cosas el problema jurídico a resolver en el presente litigio es:

¿El personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que percibe pensión de jubilación con anterioridad a la vigencia del Decreto 2863 de 2007 se les debe reajustar la Prima de Actividad en el porcentaje establecido en esta norma en virtud del principio de oscilación o sólo se rigen por las normas especiales vigentes a la fecha de reconocimiento de la Asignación de Retiro?

De esta manera queda fijado el litigio.

Las partes quedan notificadas en estrados.

6. CONCILIACIÓN:

Si bien el artículo 180 N° 8 del C.P.A.C.A., establece que en cualquier fase de la audiencia el Juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, se advierte que el tema aquí debatido tiene que ver con el reconocimiento y pago de unos derechos y acreencias laborales, asunto no conciliable³ al estar expresamente prohibido respecto derechos mínimos e intransigibles, en los términos del artículo 8° de la Ley 640 de 2001. Sin embargo, atendiendo a que pueden conciliar sobre cuestiones accesorias, se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la entidad accionada para verificar si en el presente caso la entidad se reunió con el comité de conciliación, para lo cual deberá allegar el acta de conciliación emitida por dicho comité.

última unidad fue la ciudad de Tunja - Boyacá.

5.- Por reunir los requisitos legales, LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - COODINADOR GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, reconoció al señor CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ, una Pensión de Jubilación, como se expresa en la Resolución que se aporta.

6.- Apreciación subjetiva

7.- El abogado ha recibido poder especial, amplio y suficiente para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por los cargos de nulidad que merece el acto administrativo cuestionado.

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la parte demandada**, quien manifiesta: Se radico solicitud de conciliación ante la entidad de no conciliar toda vez que esta tiene como política no conciliar estos casos, la cual se programó para ser resuelta en comité del 18 de febrero de este año, por lo que no se alcanzó a emitir concepto

Una vez escuchada la apoderada de la entidad accionada, el Despacho declara fracasada esta fase de la audiencia, y en consecuencia se ordena seguir con el trámite establecido para esta audiencia.

Las partes quedan notificadas en estrados.

7. MEDIDAS CAUTELARES.

(En la presentación de la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia.)

8. DECRETO DE PRUEBAS:

8.1. PARTE DEMANDANTE:

❖ DOCUMENTALES:

1. Téngase como pruebas con el valor que por ley les correspondan a los documentos vistos a folios 2 a 11 del expediente.

8.2. PARTE DEMANDADA:

❖ DOCUMENTALES:

1. Téngase como pruebas con el valor que por ley les correspondan a los documentos vistos a folios 65 a 77 del expediente.

8.3. PRUEBAS DE OFICIO

El Despacho considera que no es necesario decretar ningún medio de prueba en el presente caso, de conformidad con lo previsto en el numeral 10° del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Las partes quedan notificadas en estrados.

9. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Atendiendo a que el **asunto sometido a consideración del Juzgado es de puro derecho**, pues lo debatido es la aplicación del principio de oscilación en el porcentaje de prima de actividad reconocido en la asignación de retiro de la parte demandante, y que las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, el Despacho dará **aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A.**, para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión expuestos por las partes y el concepto del Ministerio Público y dictar sentencia.

La anterior decisión queda notificada en estrados.

10. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El Despacho concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus **alegatos de conclusión**:

Se le concede el uso de la palabra al **apoderado de la entidad demandada**, quien manifiesta: Se ratifica en la contestación de la demanda y en la legalidad del oficio mediante el cual se dio respuesta a la petición de reajuste presentada por la parte actora.

11. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Escuchados los alegatos presentados por la partes, de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

I. ANTECEDENTES (Resumen de la Demanda y su contestación)

El apoderado de la **parte actora**, en su escrito de demanda, afirma que los miembros de las Fuerzas Militares en virtud de lo previsto en el inciso 1° del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, tienen derecho a que se les incremente a partir del 1° de julio de 2007, la prima de actividad en un cincuenta por ciento (50%) del porcentaje previsto en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 y el Decreto 1515 de 2007, en otras palabras, el 33% del sueldo básico que venían devengando por concepto de dicha prima de actividad se debe incrementar en un 16.5% consolidando un porcentaje total del 49.5% del sueldo básico correspondiente.

Refiere que la entidad accionada discrimino al personal con pensión mensual de jubilación, colocándolos en dos grupos así, unos que devengan la prima de actividad en servicio activo y que al momento en que entro en vigencia el Decreto 2863 de 2007 se les incremento, y se les reconoce pensión mensual de jubilación, continúan con el mismo porcentaje de prima de actividad que tienen en servicio activo y otros a quienes se les niega el incremento, por encontrarse percibiendo pensión mensual de jubilación antes del decreto en mención, sin tener en cuenta que la prima de actividad debe incrementarse de conformidad con el personal en servicio activo en aplicación del principio de oscilación.

Por su parte la **entidad accionada**, a través de su apoderada manifiesta que la entidad pública cuando expidió los actos administrativos lo hizo conforme a derecho, orientada por el principio de legalidad que enmarca sus decisiones, actos administrativos en los cuales se le indico a la accionante que la pensión de jubilación del personal civil se liquida con fundamento en las últimas partidas devengadas, es decir se tiene en cuenta el salario básico, primas y subsidios en los porcentajes que tenía al momento de su retiro, de conformidad con los dispuesto en los artículos 98, 99 y 102 del Decreto 1214 de 1990, de estos mismo artículos se desprende que la pensión de jubilación o vejez, una vez reconocida ya no varía en cuanto a los porcentajes de las primas que fueron tenidas en cuenta al momento de su liquidación y la pensión se reajusta sobre el valor que tenga en el porcentaje previsto por la ley según lo dispone el artículo 118 del citado decreto.

- **Pretensiones:**

Con el presente proceso la parte demandante solicita:

Declaraciones:

Primera.- Que se declare la nulidad del Oficio No. OFI 13-52044 MDNSGDAGPSAP de fecha 28 de octubre de 2013, suscrito por la Directora LINA MARIA TORRES CAMARGO Coordinador Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se le negó el reconocimiento, reliquidación y pago del reajuste de la Pensión mensual de Jubilación y de los dineros retroactivos, resultantes de la diferencia económica dejada de percibir, con la respectiva indexación que en derecho corresponda a la señora CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ, por concepto de la reliquidación y reajuste de la PRIMA DE ACTIVIDAD consagrada en los Arts. 1, 2 y 4to del Decreto 2863 de 2007; y los decretos 673 de 2008; 737 de 2009; 1530 de 2010; 1050 de 2011 entre otros, dando aplicación al principio de oscilación conforme el Art. 42 del Decreto 4433 de 2004, Art. 38 del Decreto 1214 de 1990 y Art. 1 Decreto 2743 de 2010.

Segunda.- Consecuentemente con lo anterior, para restablecer el derecho de la demandante, ordénese a la demandada, la reliquidación, pago y reajuste permanente de la Pensión mensual de Jubilación de la señora CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ, conforme a la prima de actividad desde el veintisiete (27) de julio de 2007, de manera permanente y mensual, de conformidad con los Arts. 1, 2 y 4to del Decreto 2863 de 2007; y los decretos 673 de 2008; 737 de 2009; 1530 de 2010; 1050 de 2011 entre otros, dando aplicación al principio de oscilación conforme el Art. 42 del Decreto 4433 de 2004, Art. 38 del Decreto 1214 de 1990 y Art. 1 Decreto 2743 de 2010, y dando aplicación al principio de oscilación.

Condenas:

Primera.- Así mismo, declarada la nulidad y restablecido el derecho particular, condénese a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - COORDINADOR GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, a cancelar a la demandante, con las actualizaciones dinerarias consecuentes con la variación del Índice de Precio al Consumidor I.P.C., acontecidas entre el veintisiete (27) de julio de 2007 y la fecha en que se cancele la PRIMA DE ACTIVIDAD que es materia de acción.

Segunda.- Ordénese a la entidad demandada a RELIQUIDAR, REAJUSTAR E INDEXAR, en la Pensión mensual de Jubilación y demás prestaciones sociales de la actora la PRIMA DE ACTIVIDAD, con el mayor porcentaje legal y en forma permanente, a partir del

veintisiete (27) de julio de 2007, como resultado del reconocimiento del derecho anterior, de acuerdo con su grado; de lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento sin causa para la demandante.

Tercera.- Las sumas a que sea obligada a pagar a la demandante serán actualizadas en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tomando como base el índice de Precios al Consumidor I.P.C., certificado por el DANE, más los intereses comerciales moratorios a que hubiere lugar.

Cuarto.- Dispóngase se dé cumplimiento al fallo que ha de proferirse, en los términos de lo previsto en los artículos 187, 188, 189, 192, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Quinto.- Igualmente deberá pagar los intereses moratorios exigibles a partir de la causación del reajuste pensional respecto de la PRIMA DE ACTIVIDAD, con el mayor porcentaje legal y en forma permanente, desde el (veintisiete (27) de julio de 2007, hasta el 31 de diciembre de 2013, sobre el mayor valor de la pensión reajustada y hasta cuando se cancele efectivamente dicho reajuste.

Sexto.- Que se condene en costas a la parte demandada artículo 188 de la Ley 1437 de 2011

II. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la *litis*.

2.1. Problema Jurídico:

El fundamento del presente proceso es decidir sobre la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° OFI 13-52044 MDNSGDAGPSAP del 28 de octubre de 2013, mediante el cual se negó a la accionante el reajuste de su pensión de jubilación con el incremento del porcentaje de la prima de actividad de que trata el Decreto 2863 de 2007.

Para efectos de dictar sentencia dentro del presente proceso, se hace necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿El personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que percibe pensión de jubilación con anterioridad a la vigencia del Decreto 2863 de 2007 se les debe reajustar la Prima de Actividad en el porcentaje establecido en esta norma en virtud del principio de oscilación o sólo se rigen por las normas especiales vigentes a la fecha de reconocimiento de la Asignación de Retiro?

2.2. Argumentos y sub argumentos para resolver el problema jurídico planteado.

Para resolver el problema jurídico planteado el despacho hará un breve recuento de la normatividad que regula la partida de prima de actividad en la fuerza pública, para luego analizar el caso concreto.

2.3.1. Marco Jurídico de la prima de actividad.

Sobre los antecedentes de la prima de actividad, tenemos que fue creada por la Ley 131 de 1961 a favor del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo y del personal civil al servicio de las Fuerzas Militares, con exclusión del personal de la Justicia Penal Militar. Allí se estipuló que dicha prima no era computable para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales.

Posteriormente se dictó el Decreto N° 1214 de 1990, "*Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*", en este se consagró el reconocimiento de la prima de actividad para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, equivalente al 20% de la asignación básica mensual que vinieran percibiendo, así:

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

En este mismo decreto se consagro la prima de actividad como partida computable para pensión y demás prestaciones sociales que tuvieran derecho los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

Cabe anotar que, el artículo 4º del decreto en cita establecía que por empleado público debía entenderse: *"la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y tome posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda."*

Luego, se expidió el Decreto 107 del 18 de enero de 1996, el cual dispuso que la prima de actividad seria del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.

Posteriormente, en el año 2007 se expidió el Decreto 1515 que en su artículo 32 dispuso incrementar la prima de actividad, artículo que fue modificado por el artículo 2º del Decreto 2863 del mismo año, en los siguientes términos:

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

Así, al verificar los artículos de los decretos que menciona esta norma, se logra determinar que quienes tiene derecho al incremento del 50% en la prima de actividad es el personal activo de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares⁴ y de la Policía Nacional⁵ y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional⁶.

Ahora bien, el artículo 4º de este mismo decreto consagró:

⁴ **Decreto 1211 de 1990. Artículo 84. Prima de actividad.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico

⁵ **Decreto 1212 de 1990. 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

⁶ **Decreto 1214 de 1990. Artículo 38. Prima de actividad.** Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.

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.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en servicio activo sería incrementado en un 50%, y, conforme al artículo 4° de esta misma norma, en virtud del principio de oscilación, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro también tiene derecho al incremento en el mismo porcentaje en que se haya ajustado la del activo correspondiente.

2.3.2. Del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública:

Respecto del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública tenemos que en principio fue definido por el artículo 153 del Decreto 2063 de 1984, sin embargo hoy en día se encuentra consagrado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004⁷, actual estatuto que contiene el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, según este el **principio de oscilación** hace referencia a que en el mismo porcentaje en que se incremente la asignación básica para los **miembros activos** se empleará para las asignaciones de retiro y pensiones, es decir, que las asignaciones de retiro se reajustarán en la misma proporción en que se incrementan los sueldos del **personal activo** de la fuerza pública.

Ahora bien, frente al campo de aplicación del Decreto 4433 de 2004, el artículo 1° de esta normativa estipula:

⁷ **Decreto 4433 de 2004, ARTÍCULO 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN.** Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

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

“Artículo 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicaran a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos en que se señalan en el presente decreto.”

Así, de conformidad con el artículo citado, el principio de oscilación consagrado en el citado decreto es aplicable al personal de la Fuerza Pública correspondiente a: (i) Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, (ii) Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, (iii) Alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y (iv) Soldados de las Fuerzas Militares.

2.4. Caso Concreto

El apoderado de la **parte actora**, en su escrito de demanda, afirma que las Fuerzas Militares en virtud de lo previsto en el inciso 1º del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, tienen derecho a que se les incremente a partir del 1º de julio de 2007, la prima de actividad en un cincuenta por ciento (50%) del porcentaje previsto en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 y el Decreto 1515 de 2007, en otras palabras, el 33% del sueldo básico que venían devengando por concepto de dicha prima de actividad se incrementó en un 16.5% consolidando un porcentaje total del 49.5% del sueldo básico correspondiente.

Refiere que la entidad accionada discrimino al personal con pensión mensual de jubilación, colocándolos en dos grupos así, unos que devengan la prima de actividad en servicio activo y que al momento en que entro en vigencia el Decreto 2863 de 2007 se les incremento, por tanto se les reconoce pensión mensual de jubilación con el mismo porcentaje de prima de actividad que tienen en servicio activo, y otros a quienes se les niega el incremento, por encontrarse percibiendo pensión mensual de jubilación antes del decreto en mención, sin tener en cuenta que la prima de actividad debe incrementarse de conformidad con el personal en servicio activo en aplicación del principio de oscilación.

Por su parte la **entidad accionada**, a través de su apoderada manifiesta que la entidad pública cuando expidió los actos administrativos lo hizo conforme a derecho, orientada por el principio de legalidad que enmarca sus decisiones, actos administrativos en los cuales se le indico a la accionante que la pensión de jubilación del personal civil se liquida con fundamento en las ultimas partidas devengadas, es decir se tiene en cuenta el salario básico, primas y subsidios en los porcentajes que tenía al momento de su retiro, de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 98, 99 y 102 del Decreto 1214 de 1990, de estos mismo artículos se desprende que la pensión de jubilación o vejez, una vez reconocida ya no varía en cuanto a los porcentajes de las primas que fueron tenidas en cuenta al momento de su liquidación y la pensión se reajusta sobre el valor que tenga en el porcentaje previsto por la ley según lo dispone el artículo 118 del citado decreto.

Ahora bien, dentro del proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- ⊕ Que la accionante laboro como empleada pública, no uniformada, del Ejército Nacional, desempeñando como último cargo el de Especialista Sexto del Ejército Nacional.
- ⊕ Que la accionante devengo en servicio activo, entre otros haberes, la prima de actividad en un porcentaje del 33% del sueldo básico. (fl. 11)
- ⊕ Que mediante Resolución N° 13436 del 22 de octubre de 1997, el Ministerio de Defensa Nacional, ordeno el pago de la pensión de jubilación a la señora **CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ**, efectiva a partir del 01 de julio de 1997, equivalente al 75% de los últimos haberes percibidos y computables para prestaciones sociales. (Fls. 6-8)
- ⊕ Que dentro de las partidas computables para la pensión de jubilación de la accionante, la resolución anteriormente mencionada, tuvo en cuenta la prima de actividad, en el porcentaje en que se había devengado en servicio, es decir el 33%.
- ⊕ Que el día veintidós (22) de octubre del año dos mil trece (2013) mediante derecho de petición, la parte actora solicitó al Ministerio de Defensa – Grupo de Prestaciones Sociales, el reconocimiento y pago del reajuste de su pensión de jubilación y el pago de los dineros retroactivos, resultantes de la diferencia económica dejada de percibir, por concepto del incremento establecido en el Decreto 2863 de 2007 para la prima de actividad, a partir del 1º de julio de 2007. (fls. 2-3)
- ⊕ Que el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Oficio N° OFI13-52044 de fecha 28 de octubre de 2013, negó la petición anteriormente mencionada,

argumentando, entre otras cosas, que *"la pensión de jubilación del personal civil se liquida con fundamento en las últimas partidas devengadas, es decir se tiene en cuenta el salario básico, primas y subsidios en los porcentajes que tenía al momento de su retiro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98 y 99 y 102 del Decreto 1214 de 1990, (...) / Como se desprende de los artículos antes citados, la pensión de jubilación o de vejez una vez reconocida, ya no varían en cuanto a los porcentajes de las primas que fueron tenidas en cuenta al momento de su liquidación y la pensión se reajusta sobre el valor que tenga en el porcentaje previsto por la ley, según lo dispone el artículo 118 del citado decreto"*, y respecto de los artículos en que la demandante fundamenta su petición, esto son artículos 2º y 4 del Decreto 2863 de 2007, la entidad accionada en el mencionado oficio indico *"(...) las normas estipuladas en el citado decreto, no cobijan al personal civil que ostenta derecho pensiona; de igual forma, las mismas, no son aplicables a su caso."*(fls. 4-5)

De lo anterior se logra establecer, que la accionante No tiene derecho al reajuste de la pensión de jubilación por el incremento de la prima de actividad de que trata el Decreto 2863 de 2007, pues –como se expuso en acápites anteriores–, si bien es cierto el incremento de la prima de actividad de que trata el artículo 2º del decreto en mención beneficio tanto a oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional como a los empleados públicos de estas mismas instituciones, lo cierto es que se consagró solamente para quienes se encontraban en servicio activo, por tanto, como la accionante adquirió el derecho a pensión de jubilación con anterioridad a la expedición del Decreto 2863 de 2007, esto es 1º de julio de 1997, no fue posible aplicarle dicho incremento, sino que su prima de actividad fue computada en la pensión de jubilación de conformidad con el porcentaje que la venía devengando en actividad conforme a la norma vigente en ese momento, esto es el Decreto 1214 de 1990, esto dado que **la prima de actividad se liquida y paga según el porcentaje de la norma vigente al momento en que el actor causó el derecho a la asignación de retiro**⁸; dado que el reconocimiento de la

⁸ Al respecto el H. Consejo de Estado indicó: *"La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo. El demandante se retiró del servicio activo mediante Resolución No. 016 de 1989, con un tiempo de servicio de 21 años 19 días, según Hoja de Servicios Militares No. 144 EJC., expedida el 6 de marzo de 1989, como hace constar el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 095 de 1989, debido a en que la fecha de retiro del actor, 30 de abril de 1989, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 666 de 10 de abril de 1989". (Negrilla y Subraya del Despacho) (Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ, 26 de marzo de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07))

pensión de jubilación se la señora CARMENZA SUAREZ DE MARTINEZ constituye una situación definida y consolidada conforme a normas anteriores a la vigencia del Decreto 2863 de 2007, y sus efectos no pueden aplicarse de forma retroactiva.

Ahora, como lo pretendido por la accionante es que se ordene dicho incremento de conformidad con el artículo 4º del mismo Decreto 2863 de 2007, debe decir el Despacho, que efectivamente en este artículo el ejecutivo, en aplicación del principio de oscilación, consagro igual incremento para el personal retirado de la Fuerzas Publica que gocen de asignación de retiro pero solo lo hizo respecto de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y no respecto del personal civil de las mismas instituciones. Y esto último se estipulo así, toda vez que de conformidad con el artículo 1º del Decreto 4433 de 2004, dicho principio de oscilación –como se expuso anteriormente- no aborda el régimen pensional del personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional⁹.

En este sentido, es del caso recordar que el principio de oscilación es un sistema de actualización de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, según el cual en el mismo porcentaje en que se incremente la asignación básica para los miembros activos se empleará para las asignaciones de retiro y pensiones, el cual –como se dijo- no es aplicable para el personal civil, toda vez que para este personal se consagro un sistema de actualización de pensiones diferente que corresponde al incremento del salario mínimo, y que para el caso de la demandante se encuentra estipulado en el artículo 118 del Decreto 1214 de 1990¹⁰, normativa vigente para el momento en que la accionante adquirió el derecho a su pensión.

La circunstancia anteriormente expuesta no vulnera el derecho a la igualdad –como lo pretende hacer ver el demandante- pues este aplica solamente entre iguales, y como quiera que la demandante perteneció al personal civil del Ejército Nacional, la disposición contenida en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 no le es aplicable, en razón a que esta norma regulo una situación concreta y particular aplicable solamente al personal de

⁹ Tribunal Administrativo del Cauca, sentencia del 15 de febrero de 2013, M.P. Magnolia Cortes Cardozo, Expediente N° 20090031401

¹⁰ **Decreto 1214 de 1990, artículo 118. Reajuste de pensiones.** Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y por aportes y las que se otorguen a los beneficiarios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional conforme a este Estatuto, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.

oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, sin extensión de aquel beneficio a favor del personal civil de estas mismas instituciones.

Así las cosas, encuentra el Despacho que la parte actora no logro desvirtuar la legalidad del acto administrativo acusado y por tanto no hay lugar a la declaratoria de su nulidad, pues la partida de prima de actividad reconocida en la pensión de jubilación de la accionante se computo de conformidad con el porcentaje que la accionante la devengo en desempeño de sus funciones y conforme al Decreto 1214 de 1990, aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional en el momento en que la accionante adquirió el derecho a su pensión de jubilación.

2.5. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso.

De acuerdo con lo anterior, lo procedente sería imponer la correspondiente condena en costas a la parte actora como lo ordenan los artículos 365 a 366 del C.G.P., sin embargo como en el presente caso el Ministerio de Defensa Nacional – Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales no acredita haber incurrido en gasto alguno, no se hará reconocimiento al respecto. Esto de conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 22 de julio de 2014, en la que aclaro el tema de las costas en el sentido de que *"el reconocimiento efectivo de las costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, por lo tanto, a la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, le corresponde no sólo acreditar que se causaron sino también el monto en que incurrió, para que, con fundamento en ello y de acuerdo a los criterios establecidos por el legislador, se cuantifiquen. Debe tenerse en cuenta, que en el evento de que no se pruebe su causación material, pueden liquidarse sin reconocimiento alguno."*¹¹

¹¹ Sobre el tema más ampliamente expreso dicha Corporación:

*"De la condena en costas.
Al respecto, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) estableció que: "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil". En ese sentido, a diferencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), impone al Juez pronunciarse respecto de*

Por lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte de motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 8° del artículo 365 del CGP y de conformidad con la jurisprudencia emanada por el H. Consejo de Estado.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

CUARTO.- En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones pertinentes.

Las partes quedan notificadas en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

la condena en costas atendiendo a elementos objetivos, sin tener en consideración el análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Debe advertirse que dicha condena es una figura que surge del proceso propiamente dicho y hace relación a los gastos en los que se debe incurrir para obtener una declaración o ejecución judicial de un derecho^[22]. Éstas deben ser sufragadas por aquel que fue vencido en el proceso^[23] y, comprende además de las expensas necesarias, las agencias en derecho, es decir el pago de honorarios del abogado de la parte que obtuvo un pronunciamiento judicial favorable a sus intereses^[24].

No obstante, el reconocimiento efectivo de las costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, por lo tanto, a la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, le corresponde no sólo acreditar que se causaron sino también el monto en que incurrió, para que, con fundamento en ello y de acuerdo a los criterios establecidos por el legislador^[25], se cuantifiquen. Debe tenerse en cuenta, que en el evento de que no se pruebe su causación material, pueden liquidarse sin reconocimiento alguno.

Ahora bien, para efectos de este trámite, el artículo 366 del Código General del Proceso estableció que la competencia recaen en el Tribunal o Juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente después de quedar ejecutoriada la providencia que las imponga o la de obediencia a lo resuelto por el superior, correspondiendo al Secretario hacer la liquidación y al Magistrado ponente o al juez aprobarla u ordenar que se rehaga. La liquidación debe incluir el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia y los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que, se reitera, aparezcan comprobados y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, además de las agencias en derecho, aunque se litigue sin apoderado. La liquidación así practicada puede ser objetada y el Auto que la confirme es apelable.

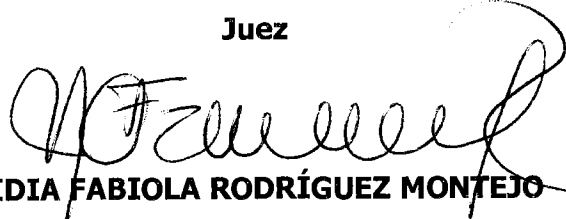
Por tal motivo, y en virtud a que el A – quo condenó a la parte demandada en un "(...) 80% en costas y en agencia de derecho (...)", omitiendo el procedimiento establecido para la fijación y liquidación de estos emolumentos, la Sala aclarará el numeral sexto de la Sentencia apelada en el sentido de retirar dicho porcentaje de la condena impuesta, pues entiéndase que se deben tener en cuenta los presupuestos establecidos en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso."

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 9: a.m. y se firma por quienes intervinieron en ella.



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez



NIDIA FABIOLA RODRÍGUEZ MONTEJO

Apoderado de la entidad accionada



ADRIANA CASTELBLANCO DÍAZ

Secretaria Ad- Hoc