

ACCION DE TUTELA - Providencia cuestionada no incurre en defecto sustantivo, ni en desconocimiento del principio de oscilación / DEFECTO SUSTANTIVO - No se configura ya que se aplicaron e interpretaron las normas que establecen el porcentaje de liquidación de la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro / LIQUIDACION DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD - Normatividad aplicable / ASIGNACION DE RETIRO PARA OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES - El porcentaje de la prima de actividad como factor computable en la asignación de retiro se encuentra atado al tiempo de servicio y al principio de oscilación como criterio para el incremento anual

Para la Sala no se configura el defecto sustantivo alegado por el actor en virtud de la indebida interpretación de las normas que establecen el porcentaje de liquidación de la prima de actividad como partida computable en las asignaciones de retiro... De la demanda se advierte que el demandante consideró que la norma aplicable en su caso es la contenida en el inciso primero de los artículos 31 del decreto 673 de 2008 y 30 de los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011, que establecen que el porcentaje para liquidar su prima de actividad corresponde al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) del respectivo sueldo básico y no como lo prevé el inciso segundo de las mismas, que establece que su cómputo en las prestaciones sociales, distintas a la asignación de retiro o pensión, es el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en un cincuenta por ciento (50%). Al respecto se precisa que para el reajuste de su asignación mensual de retiro, el demandante pretende la aplicación de los decretos anuales que fueron expedidos con posterioridad a su desvinculación del servicio activo, los cuales reproducen el mismo supuesto normativo para el incremento de la prima de actividad como partida computable dentro de dicha prestación periódica... No obstante, la Sala observa que al actor le fue reconocida dicha prestación periódica a través de la resolución número 1192 de septiembre veinte (20) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), de conformidad con el decreto 089 de 1984 Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, norma que en el literal b de su artículo 151 dispuso la inclusión de la prima de actividad como partida computable, pero en los porcentajes previstos en dicho estatuto. El mencionado decreto en su artículo 152 estableció que para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares debía computarse de acuerdo al tiempo de servicios prestados a la institución. De lo expuesto, se advierte que el porcentaje de la prima de actividad como factor computable en la asignación de retiro se encuentra atado al tiempo de servicio y al principio de oscilación como criterio para el incremento anual de tal prestación periódica de conformidad con las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad, de manera que debe respetarse la legalidad de las normas que rigieron la situación particular del accionante al momento de su retiro del servicio.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 32 / DECRETO 673 de 2008 - ARTICULO 31 / DECRETO 737 DE 2009 - ARTICULO 30 / DECRETO 1530 DE 2010 - DECRETO 1050 DE 2011 / DECRETO 1214 DE 1990 - ARTICULO 38 / LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 84 / LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 68 / DECRETO 089 DE 1984 - ARTICULO 152 / DECRETO 1530 DE 2010 / DECRETO 1510 DE 2011

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al ingreso base de liquidación de las pensiones, consultar, Consejo de Estado, sentencia de 25 de febrero de 2016, exp. 11001-03-15-000-2016-00103-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro. En relación al

defecto sustantivo, ver: Corte Constitucional, T- 523 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencias cuestionadas no desconocieron el principio de oscilación ni se apartaron de las normas sustantivas aplicables al caso

Precisa la Sala que el Tribunal demandado indicó que frente a la aplicación del decreto 2863 de 2007 y los que fueron expedidos con posterioridad, reprodujeron su texto en lo relacionado a la prima de actividad... Por lo anterior, tampoco se advierte algún desconocimiento del principio de oscilación, pues tal como lo expuso la precitada autoridad demandada "...el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consiste en que las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad, se hagan también en las asignaciones y pensiones ya reconocidas, pero no genera la obligación de liquidar la asignación de retiro con el total de los emolumentos devengados y con los mismos porcentajes percibidos por el personal en actividad... La Sala concluye que las razones esgrimidas por la parte demandante se limitan a exponer su desacuerdo frente a las decisiones judiciales que profirieron las autoridades demandadas, las cuales le fueron adversos porque le negaron la nulidad del acto administrativo ficto que no le reajustó la prima de actividad en el porcentaje por él reclamado. No obstante, la parte actora no logró demostrar que los argumentos esgrimidos por las autoridades judiciales demandadas fueran arbitrarios, caprichosos o se aparten del ordenamiento jurídico, pues, en desarrollo de su actividad judicial, no desconocieron el principio de oscilación ni se apartaron de las normas sustantivas aplicables al sub exámine, en tanto, concluyeron que el porcentaje para efectos de liquidar la prima de actividad como factor computable en la asignación mensual de retiro se determina respecto de lo que venía devengando el retirado, mas no sobre lo que devenguen los miembros en servicio activo que ostenten su mismo grado. En consecuencia, es claro que en el presente caso no se configuró el defecto sustantivo alegado por la parte actora, por lo que la Sala confirmará la sentencia de tutela de primera instancia impugnada, que negó la solicitud de amparo, por no existir la afectación de los derechos fundamentales del demandante.

NOTA DE RELATORIA: En relación al defecto sustantivo, ver: Corte Constitucional, sentencia T-523 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., dos (2) de junio dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00302-01(AC)

Actor: JORGE ELIECER CUERVO CUERVO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION F EN DESCONGESTION Y OTRO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada¹ por el señor Jorge Eliécer Cuervo Cuervo, en contra del fallo de abril catorce (14) de dos mil dieciséis (2016), proferido por la Sección Cuarta de esta Corporación², que negó su solicitud de amparo.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La parte actora, ejerció acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión y el Juzgado Octavo (8°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C.³, mediante escrito radicado ante la Secretaría General de esta Corporación, en enero veintiocho (28) de dos mil dieciséis (2016)⁴, con el fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, la seguridad social, el mínimo vital y la dignidad humana.

En consecuencia, pidió se conceda el amparo solicitado y se ordene dejar sin efectos jurídicos las sentencias de enero treinta y uno (31) de dos mil catorce (2014) y de octubre nueve (9) de dos mil quince (2015), proferidas por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión de Bogotá D.C. y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, respectivamente, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, identificado con el número de radicado 11001-33-31-009-2012-00047-01.

La solicitud de tutela, tuvo como fundamento los siguientes

2. Hechos

Indicó que presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), para desvirtuar la legalidad del acto administrativo ficto mediante el cual negó el reajuste de su asignación de retiro con base en el porcentaje de la prima de actividad que considera tiene derecho.

1 El memorial de impugnación fue remitido a través de medio electrónico a la Secretaría General de esta Corporación, en abril veintisiete (27) de dos mil dieciséis (2016), visible a folios 77 a 82 del cuaderno 1.

2 Folios 61 a 67 del cuaderno 1.

3 La denominación actual de este despacho judicial, de conformidad con el acuerdo CSBTA15-442 de diciembre diez (10) de dos mil quince (2015), es Juez Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Sección Segunda.

4 Folio 1 del cuaderno 1.

Agregó que el Juzgado Octavo (8°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia de enero treinta y uno (31) de dos mil catorce (2014), negó la reliquidación prestacional deprecada, puesto que advirtió que de conformidad con las normas aplicables al caso concreto que establecen que el aumento de dicha partida computable debe efectuarse en un cincuenta por ciento (50%), CREMIL incrementó en un diez por ciento (10%) el porcentaje que venía percibiendo el actor por tal concepto, el cual correspondía al veinte por ciento (20%) del salario básico, para un total del treinta por ciento (30%).

Añadió que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, confirmó la anterior decisión a través de sentencia de octubre nueve (9) de dos mil quince (2015), por cuanto el actor no acreditó que su asignación mensual de retiro haya sido reajustada por debajo de los incrementos anuales efectuados al personal en actividad.

3. Fundamento de la petición

Indicó que de conformidad con lo dispuesto en los incisos primeros de los artículos 31 del decreto 673 de 2008 y 30 de los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011, la partida computable dentro de su asignación de retiro denominada prima de actividad corresponde al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) del sueldo básico.

Sostuvo que las sentencias de primera y segunda instancia cuestionadas son manifiestamente contrarias a la ley, puesto que incurrieron en un defecto sustantivo al aplicar el inciso segundo de las mencionadas normas, que consagran que para el cómputo de dicha prima en las prestaciones sociales, "...diferentes a la asignación de retiro o pensión,...se ajustará en porcentaje a que se tenga derecho, según el tiempo de servicios en el cincuenta por ciento (50%)".

Resaltó que las autoridades judiciales demandadas desconocieron el principio de oscilación y el lineamiento jurisprudencial de esta Corporación⁵, respecto del reajuste de las asignaciones de retiro con base en el porcentaje que legalmente corresponde para la prima de actividad.

Añadió que en la sentencia de segunda instancia acusada se incurrió en falsas afirmaciones, producto de las deficiencias de comprensión de lectura, ya que no interpretó correctamente su recurso de apelación (numeral 1.4), en lo atinente a las normas no aplicables a su caso en particular.

Agregó que es errada la operación matemática que realizó el Tribunal demandado para el cómputo de la mencionada prima de actividad de "20% + 10% = 30% al cual le aplican la cuantía de Asignación de Retiro y entonces el porcentaje real

⁵ Para el efecto el actor refirió la sentencia de enero veintiocho (28) de dos mil diez (2010), proferida por el magistrado ponente Gustavo Gómez Aranguren, dentro del radicado número "1615-2008" (folios 1 y vuelta del cuaderno 1).

queda en el 15%⁶, cuando lo correcto es que se le aplique el cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) del sueldo básico, como lo ordena la ley.

Afirmó que el porcentaje de su prima de actividad corresponde al “78% de 49,50% = 38,61%; o el que respecto de la cuantía (50%) que en clara violación de la ley me liquida la CREMIL, cuya operación matemática sería (sic) 50% de 49,50% = 24,75%”⁷.

Indicó que el quince por ciento (15%) que inicialmente indicó es un porcentaje mucho menor al veinticuatro punto setenta y cinco por ciento (24.75%) que legalmente le corresponde.

Manifestó que los precedentes judiciales que se invocaron en las sentencias cuestionadas no guardan relación con las normas aplicables a su caso en particular.

Sostuvo que la prima de actividad es el único factor salarial cuyos porcentajes básicos de liquidación corresponden a un treinta y tres por ciento (33%) desde “marzo 15 de 1977” hasta la expedición del decreto 2863 de 2007 pues con esta normativa, es de un “49.50% (sic)”⁸ del salario básico.

Agregó que las autoridades judiciales demandadas vulneraron su derecho a la igualdad con respecto al personal en servicio activo que sí se les liquida la prima de actividad en el precitado porcentaje.

Añadió que se le vulneró también el principio de congruencia “externa”⁹, puesto que las pretensiones de la demanda ordinaria se fundaron en el inciso primero de los artículos 31 del decreto 673 de 2008 y 30 del decreto 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1510 de 2011; sin embargo, los argumentos planteados en las decisiones cuestionadas, hicieron referencia al inciso segundo de los mismos.

Recalcó que dichos incisos segundos no son aplicables a su situación prestacional, puesto que hacen referencia al artículo 159 del decreto 1211 de 1990, el cual es una reproducción de los artículos 152 del decreto 089 de 1984 y 154 del decreto 95 de 1989, que fueron expulsados del ordenamiento jurídico por inconstitucionales.

Arguyó que con la presente solicitud de amparo, pretende evitar un perjuicio irremediable, en atención a su avanzada edad y a su condición clínica precaria, circunstancias que le impiden esperar una decisión de fondo que le otorgue lo que a su juicio le corresponde.

4. Trámite de la solicitud de amparo

6 Folio 10 vuelta del cuaderno 1. En texto original con negrillas y subrayados.

7 Ibídem.

8 Folio 3 del cuaderno 1.

9 Folio 13 del cuaderno 1.

Una vez efectuado el correspondiente reparto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia de febrero cuatro (4) de dos mil dieciséis (2016), admitió la demanda y ordenó notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F “en Descongestión”, en calidad de demandados; así como, al juez Octavo (8°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C. y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), como terceros con interés en el resultado del proceso¹⁰.

5. Argumentos de defensa

5.1 Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F¹¹

La magistrada Luceny Rojas Conde¹², se opuso a la prosperidad de la demanda, al considerar que los argumentos esgrimidos en la sentencia de segunda instancia cuestionada se ajustaron a derecho, puesto que se llevó a cabo un análisis objetivo de los hechos que motivaron la acción frente al acto proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Sostuvo que abordó la controversia con fundamento en el recuento normativo de la prima de actividad desde el decreto 089 de 1984 hasta la expedición de las últimas normas que contienen el referido beneficio para el personal activo de las Fuerzas Militares, decretos 737 de 2009 y “1510 (sic) de 2011”, entre otros.

Afirmó que la referencia que hizo de las diferentes normas no implica la aplicación al caso concreto planteado por el actor en su demanda ordinaria, pues su intención fue la de analizar la controversia desde un contexto histórico y cronológico de la evolución normativa de la prima de actividad.

Indicó que llegó a la conclusión de que la mencionada prima le fue reconocida en debida forma al demandante y que por el contrario, este incurrió en un yerro al pretender que debía asignársele un “...porcentaje existente únicamente para el personal activo y no el retirado...”¹³.

5.2 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)

En calidad de tercero vinculado¹⁴, se opuso a las pretensiones, al considerar que dado los distintos procesos judiciales incoados por el actor para el reconocimiento de sus acreencias laborales y partidas computables, existe cosa juzgada frente a lo solicitado a través de esta tutela.

10 Con ponencia de la magistrada Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (folio 12 del cuaderno 1).

11 Las medidas de descongestión finalizaron el diciembre del dos mil quince (2015).

12 Con escrito radicado en febrero dieciocho (18) de dos mil dieciséis (2016) visible a folios 25 al 29 del cuaderno 1.

13 Folio 27 del cuaderno 1.

14 A través de memorial radicado en febrero veintidós (22) de dos mil dieciséis (2016) visible a folios 32 a 37 del cuaderno 1.

Indicó que la presente solicitud de amparo es improcedente, pues la controversia planteada por el demandante ya fue debatida en primera y segunda instancia dentro del proceso ordinario.

Agregó que no existe vulneración de los derechos fundamentales del actor, por cuanto la actuación de los jueces y su criterio interpretativo se encuentran amparados constitucionalmente.

5.3 Juez Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Sección Segunda (nueva denominación del Juzgado 8° Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C.)

El mencionado tercero con interés en el resultado del proceso, solicitó se declare improcedente la presente solicitud de amparo, por cuanto, contraviene los principios de autonomía judicial e "...independencia funcional de los jueces de la República (sic)"¹⁵.

Indicó que no vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, por cuanto en su decisión concluyó que los decretos 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1510 de 2011, establecen de forma clara que el aumento debe efectuarse "...en un 50%' por concepto de prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro"¹⁶.

Añadió que de conformidad con lo anterior, como el actor venía percibiendo el veinte por ciento (20%) por dicho concepto, la demandada incrementó el diez por ciento (10%) según lo dispuesto en las normas citadas, lo cual corresponde a un treinta por ciento (30%), y es este el porcentaje que actualmente la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoce al demandante.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, negó la solicitud de amparo presentada por la parte actora¹⁷, pues consideró que el ejercicio de la presente tutela lo que pretende es revivir discusiones debidamente resueltas por el juez natural.

Como fundamento de dicha decisión, esgrimió en resumen lo siguiente: Manifestó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) le reconoció una asignación de retiro al demandante mediante resolución número 1192 de septiembre veinte (20) de mil novecientos ochenta y cinco (1985), para lo cual computó "...la cuantía equivalente al 50% del sueldo básico de actividad para el grado, conforme al Decreto 089 de 1984"¹⁸.

15 Folio 54 del cuaderno 1.

16 Folio 55 del cuaderno 1.

17 Folios 61 a 67 vuelta del cuaderno 1.

18 Folio 65 vuelta del cuaderno 1.

Sostuvo que la normativa vigente a la fecha de retiro del demandante era el Estatuto de Personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares contemplado en el decreto 089 de 1984.

Resaltó que el demandante en el proceso ordinario pretendió la aplicación de los decretos 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010 y “1510 (sic) de 2011” para efectos de la liquidación de su prima de actividad.

Agregó que el Tribunal demandado consideró que las precitadas normas no le eran aplicables a la situación jurídico administrativa planteada por el actor, puesto que estas hacen referencia al personal en servicio activo y no a los retirados.

Citó apartes de la sentencia de segunda instancia cuestionada, y concluyó que efectivamente el porcentaje de la prima de actividad para el personal en servicio activo es diferente al del personal retirado.

Indicó que no se puede endilgar la existencia de algún defecto en las providencias proferidas por las autoridades judiciales demandadas, toda vez que actuaron conforme con las normas y la jurisprudencia aplicables al caso.

Hizo hincapié en que contrario a lo planteado por el demandante, las interpretaciones razonables de las normas jurídicas no suponen la violación de los derechos fundamentales.

7. La impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora, la impugnó¹⁹, al considerar que el a quo omitió pronunciarse respecto del principio de favorabilidad en la aplicación de los incisos primero y segundo de los artículos 31 del decreto 673 de 2008 y 30 de los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010 y “1510 (sic) de 2011”, a través de los cuales se estableció la base para la liquidación de la prima de actividad.

Agregó que el lineamiento jurisprudencial citado para el defecto sustantivo en el fallo de primera instancia, se encuentra demostrado, ya que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en un grave error de interpretación de las normas invocadas como desconocidas en la demanda ordinaria.

Sostuvo que el inciso segundo de las citadas normas hace referencia a las prestaciones sociales diferentes a las asignaciones de retiro, por lo que el reajuste prestacional pretendido debe efectuarse con fundamento en el inciso primero, el cual consideró, desconocieron las autoridades judiciales demandadas.

¹⁹ A través de escrito recibido por correo electrónico en abril veintisiete (27) de dos mil dieciséis (2016), visible a folios 77 a 82 vuelta del cuaderno 1.

Indicó que la interpretación que efectuaron las demandadas es contraevidente o “contra legem”, puesto que se basaron en una norma, que hace referencia de forma clara y concreta a las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro.

Añadió que el artículo 152 del decreto 089 de 1984, fue expulsada del ordenamiento jurídico a través de la sentencia de julio cinco (5) de mil novecientos noventa (1990) por la “Corte Suprema de Justicia”.

Consideró que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en una falsedad cuando indicaron que el porcentaje del 49.5% solo es aplicable a los miembros activos de las Fuerzas Militares y no para los retirados.

Recalcó que de conformidad con el criterio jurisprudencial zanjado por esta Sección²⁰ en cuanto al ingreso base de liquidación de las pensiones, su asignación mensual de retiro debe liquidarse sobre el salario y no sobre una parte del mismo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, de conformidad con los artículos 32 del decreto 2591 de 1991 y 2° del acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en abril catorce (14) de dos mil dieciséis (2016), luego de analizar si las autoridades judiciales demandadas afectaron los derechos fundamentales del demandante, al configurarse el defecto sustantivo alegado por la indebida interpretación de las normas que establecieron los porcentajes para efectos de liquidar la prima de actividad como partida computable dentro de las asignaciones mensuales de retiro del personal retirado de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

La Sala no realizará pronunciamiento alguno respecto de los requisitos de procedibilidad adjetiva del caso bajo estudio, puesto que el a quo los encontró superados y los mismos no fueron objeto de la impugnación presentada por el actor, por lo que se abordará, a continuación, el análisis de fondo del asunto planteado en esta tutela.

20 Citó providencia del magistrado Alberto Yepes Barreiro de febrero veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016), proferida dentro del expediente 11001-03-15-000-2016-00103-00.

3. Caso concreto

Tanto en la solicitud de amparo como en la impugnación el actor sostuvo que en las providencias cuestionadas se configuró un defecto sustantivo por la “indebida interpretación” de los incisos primero y segundo de los artículos 31 del decreto 673 de 2008 y 30 de los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011, normas que establecieron los porcentajes para efectos de liquidar la prima de actividad como partida computable dentro de las asignaciones mensuales de retiro del personal retirado de las Fuerzas Militares y Policía Nacional.

Para la Sala no se configura el defecto sustantivo²¹ alegado por el actor en virtud de la indebida interpretación de las normas que establecen el porcentaje de liquidación de la prima de actividad como partida computable en las asignaciones de retiro, por las siguientes razones:

De la demanda se advierte que el demandante consideró que la norma aplicable en su caso es la contenida en el inciso primero de los artículos 31 del decreto 673 de 2008 y 30 de los decretos 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011, que establecen que el porcentaje para liquidar su prima de actividad corresponde al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) del respectivo sueldo básico y no como lo prevé el inciso segundo de las mismas, que establece que su cómputo en las prestaciones sociales, distintas a la “asignación de retiro o pensión”, es el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en un cincuenta por ciento (50%).

Al respecto se precisa que para el reajuste de su asignación mensual de retiro, el demandante pretende la aplicación de los decretos anuales²² que fueron expedidos con posterioridad a su desvinculación del servicio activo, los cuales reproducen el mismo supuesto normativo para el incremento de la prima de actividad como partida computable dentro de dicha prestación periódica, a saber:

“La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-Ley 1211 de 1990 y 68 del

21 Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 2013: *“Pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley, pues de hacerlo, se constituye en una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada. Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente irrazonable o se deja de aplicar una norma aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela el mecanismo apropiado. En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión.”*

22 A través de los cuales el Gobierno Nacional fijó *“...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”*.

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%)**” (Negrilla añadida por la Sala).

Por lo anterior, la parte demandante considera que el porcentaje que debe aplicarse para efectos de liquidar la prima de actividad como partida computable dentro de su asignación mensual de retiro corresponde al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de su sueldo básico, de conformidad con el inciso primero de las referidas normas, porque a su juicio el artículo 152 del decreto 089 de 1984, norma con la cual le fue reconocida la prestación periódica en comento, fue “expulsada del ordenamiento jurídico” y eliminada finalmente por el Gobierno Nacional a través del decreto 4433 de 2004.

No obstante, la Sala observa que al actor le fue reconocida dicha prestación periódica a través de la resolución número 1192 de septiembre veinte (20) de mil novecientos ochenta y cinco (1985)²³, de conformidad con el decreto 089 de 1984 “Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”²⁴, norma que en el literal b de su artículo 151 dispuso la inclusión de la prima de actividad como partida computable, pero en los porcentajes previstos en dicho estatuto.

El mencionado decreto en su artículo 152 estableció que para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares debía computarse de acuerdo al tiempo de servicios prestados a la institución²⁵.

23 El citado acto administrativo se encuentra en el cuaderno principal del expediente ordinario a folios 5 a 7.

24 Dicha norma fue derogada por el artículo 263 del decreto 95 de 1989, no obstante se trae a colación lo pertinente:

“ARTÍCULO 151. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. <Decreto derogado por el artículo 263 del Decreto 95 de 1989> Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este Estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

*a) CESANTIA Y DEMAS PRESTACIONES UNITARIAS, sobre:
Sueldo básico.*

...

b) ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES, sobre:

Sueldo básico.

Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

...” (negrilla de la Sala).

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

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

De lo expuesto, se advierte que el porcentaje de la prima de actividad como factor computable en la asignación de retiro se encuentra atado al tiempo de servicio y al principio de oscilación como criterio para el incremento anual de tal prestación periódica de conformidad con las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad, de manera que debe respetarse la legalidad de las normas que rigieron la situación particular del accionante al momento de su retiro del servicio²⁶.

Al respecto, la Sala encuentra que el juez Octavo (8°) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia de enero treinta y uno (31) de dos mil catorce (2014), negó las pretensiones de la demanda ordinaria, al considerar que "...el aumento debe efectuarse 'en un 50%', de manera que como el actor venía percibiendo el 20% de prima de actividad, la demandada incrementó el 10% según la orden de los decretos referidos, lo que deviene en el 30% total que viene pagando la Caja accionada por dicha prima".

A su vez, se observa que el Tribunal demandado, a través de sentencia de octubre nueve (9) de dos mil quince (2015), confirmó la decisión anterior, al tener en cuenta que la norma aplicable para la fecha de retiro del servicio del actor, es el decreto 089 de 1984, por lo que el porcentaje que le correspondía para efectos del cómputo de la prima de actividad era el de veinte por ciento (20%), por haber prestado quince (15) años de servicio pero menos de veinte (20).

Asimismo, se resalta que esta autoridad demandada sostuvo que con la entrada en vigencia del decreto 2863 de 2007²⁷, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares,

26 Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección A. Radicado número 25000-23-25-000-2008-00106-01(0471-09) de mayo cinco (5) de dos mil once (2011), con ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero: "*Diferente es que por virtud del principio de oscilación, la asignación se liquide teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 141 de ese Decreto, disposición que establece las bases de liquidación antes mencionadas*".

27 El decreto 2863 de 2007, expedido en desarrollo de las leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, el Gobierno Nacional se dispuso el ajuste de la asignación de retiro o pensión de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a quienes se les haya reconocido con anterioridad al 1° de julio de 2007, en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento señalado en el artículo 2 ibídem, respetando siempre el principio de oscilación.

La Sala transcribe lo pertinente:

"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%)."

Y en su artículo 4°, consagró:

aumentó el porcentaje de la prima de actividad que venía reconociendo al actor, en un cincuenta por ciento (50%), esto es, pasó del veinte por ciento (20%) al treinta por ciento (30%).

Precisa la Sala que el Tribunal demandado indicó que frente a la aplicación del decreto 2863 de 2007 y los que fueron expedidos con posterioridad, reprodujeron su texto en lo relacionado a la prima de actividad.

La citada demandada sostuvo que "...lo que se mantuvo igual entre activos y retirados, en virtud del principio de oscilación, fue el porcentaje del aumento, esto es, el cincuenta por ciento (50%), pero la referida norma no dijo que para ello se debía equiparar la prima de actividad del retirado (que en el caso de autos es sólo de 20%) a la del activo (que es del 33%), para hacerles el mismo aumento del cincuenta por ciento (50%). Así, el aumento del cincuenta por ciento (50%) se hace sobre lo que venía devengando el retirado, y no sobre lo que devenguen los activos de su mismo grado"²⁸.

Por lo anterior, tampoco se advierte algún desconocimiento del principio de oscilación, pues tal como lo expuso la precitada autoridad demandada "...el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consiste en que las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad, se hagan también en las asignaciones y pensiones ya reconocidas, pero no genera la obligación de liquidar la asignación de retiro con el total de los emolumentos devengados y con los mismos porcentajes percibidos por el personal en actividad...".

La Sala concluye que las razones esgrimidas por la parte demandante se limitan a exponer su desacuerdo frente a las decisiones judiciales que profirieron las autoridades demandadas, las cuales le fueron adversos porque le negaron la nulidad del acto administrativo ficto que no le reajustó la prima de actividad en el porcentaje por él reclamado.

No obstante, la parte actora no logró demostrar que los argumentos esgrimidos por las autoridades judiciales demandadas fueran arbitrarios, caprichosos o se aparten del ordenamiento jurídico, pues, en desarrollo de su actividad judicial, no desconocieron el principio de oscilación ni se apartaron de las normas sustantivas aplicables al sub exámine, en tanto, concluyeron que el porcentaje para efectos de liquidar la prima de actividad como factor computable en la asignación mensual de retiro se determina respecto de lo que venía devengando el retirado, mas no sobre lo que devenguen los miembros en servicio activo que ostenten su mismo grado.

"ARTICULO 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."

28 *Ibíd*em, subrayado del texto original.

En consecuencia, es claro que en el presente caso no se configuró el defecto sustantivo alegado por la parte actora, por lo que la Sala confirmará la sentencia de tutela de primera instancia impugnada, que negó la solicitud de amparo, por no existir la afectación de los derechos fundamentales del demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia de abril catorce (14) de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase el expediente número 11001-33-31-009-2012-00047-01 que fue remitido en préstamo al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado