



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

PROCESO: *NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*
RADICACIÓN No.: *110013335-012-2019-00531-00*
ACCIONANTE: *MISAEAL ALFREDO GÓMEZ BUITRAGO*
ACCIONADOS: *CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.*

**ACTA No. 125-2022
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

En Bogotá D.C. a los tres (03) días del mes de junio de 2022, siendo las 09:30 a.m., la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá, en asocio de su secretaria Ad Hoc declaró abierta la audiencia virtual, a través de la plataforma LifeSize, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: *Apoderado Dr. Iván Asdrúbal Ortiz Molina, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.373.349 y T.P. No. 229305 del C.S. de la J.*

PARTE DEMANDADA: *Apoderada Dra. Nancy Yamile Alzate Morales, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.243.932y T.P. No. 326993 del C.S. de la J. A quien se le reconoce personería para actuar en el proceso.*

MINISTERIO PÚBLICO: *El doctor FABIO ANDRÉS CASTRO SANSA, Procurador 62 judicial para asuntos administrativos, acude a la audiencia.*

Verificados los antecedentes de los apoderados, no aparece registrada sanción alguna en su contra y sus tarjetas profesionales se encuentran vigentes.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- en adelante CPACA-, se agotarán las siguientes etapas:

- 1. Saneamiento del proceso.*
- 2. Fallo.*

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento. Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

II. FALLO

PROBLEMA JURIDICO.

El presente asunto se contrae a determinar si es procedente el reajuste de la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro del actor, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2863 del 2007 aplicando el 50% sobre el porcentaje que devenga el personal activo de las fuerzas militares.

CONSIDERACIONES

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Consolidación del derecho de asignación de retiro para los miembros de las fuerzas militares.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha determinado que el régimen pensional aplicable a los miembros de las fuerzas militares está supeditado al momento en que se produzca el retiro del servicio, junto con los factores salariales previstos por la normativa vigente para ese entonces.

Sobre la prima de actividad y su incremento conforme al Decreto Nro. 2863 de 2007.

La prima de actividad se creó con fundamento en el régimen especial de la Fuerza Pública y en la medida que sus miembros son sometidos a permanente riesgo en su integridad personal, está destinada a compensar el desgaste físico y emocional.

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

*“**ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”*

(...)

*“**ARTICULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD.** A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les debe computar de la siguiente forma:*

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).*
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).*
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).*
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).”*

“ARTÍCULO 160. Reconocimiento prima de actividad. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).
- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).
- En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).”

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

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

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

ARTÍCULO 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

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

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

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

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

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

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

Sobre la aplicación del Decreto 2863 del 2007, la Subsección B, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, C. P. Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, del 26 de octubre de 2017 se estableció que:

"Para la Sala, cuando el artículo 4° 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 2° 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.

En consecuencia, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia, ya que los artículos 2° y 4° 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 1° 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."

Caso concreto

El señor Misael Alfredo Gómez Buitrago en su condición de Sargento Viceprimero (R) de Ejército pretende se reajuste su prima de actividad, como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, comoquiera que a su juicio, con el Decreto 2863 de 2007 se incrementó la asignación básica de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública a un porcentaje del 49.5% pero en su caso solo le fue incrementado al 33%, por lo que le hace falta un porcentaje del 16.5% para nivelar su prima de actividad.

Solicita el actor se declaren nulos el Oficio Nro. 1134208 del 30 de mayo de 2018, mediante el cual la entidad demandada negó su petición de reajuste en la prima de actividad en su asignación de retiro.

Encuentra el Despacho que la accionada le reconoció al actor la asignación de retiro mediante la Resolución Nro. 5926 de 1968, por haber acreditado un tiempo de servicio de 19 años, 11 meses y 01 días, que fueron computados como 20 años, para efectos de su asignación de retiro. Posteriormente esta prestación fue reliquidada a través de Resolución 3500 de 1971, con base en el complemento de la hoja de servicios, según el cual el total de los servicios prestados fue de 23 años, 01 mes.

Con fundamento al tiempo de servicio acreditado por el actor, la entidad demandada le reconoció el 25% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro.

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

Es importante precisar que, aunque el Decreto 2863 de 2007 fue derogado, quedó vigente su artículo 4° el cual estableció que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de vejez obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrían derecho a que se les ajustara la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se les hubiere ajustado "el del

activo correspondiente”. Norma frente a la cual se realizará el juicio de legalidad del acto demandado.

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

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

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

De manera que al personal retirado le asiste el derecho a que se le incremente la prima de actividad en el porcentaje en que se incrementa al personal activo según lo estipulado en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007. La base para el incremento es el porcentaje reconocido conforme lo dispone el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y no como erradamente lo pretende la parte actora sobre el 33% que correspondía en el artículo 2 del Decreto 2863 del 2007 (norma derogada) a la base de la prima de actividad para el personal activo.

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

Finalmente, en lo referente al principio de oscilación, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha señalado:¹

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

(...)

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

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

¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de 19 de febrero de 2015. Expediente 2013-00031-01. M.P. JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

CONDENA EN COSTAS

Habida cuenta que no existe un criterio unificado sobre la imposición de costas en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ni en el Consejo de Estado, el Despacho se abstendrá de imponerlas en este proceso por considerar que en casos como estos se podría desincentivar la promoción de juicios para la protección de derechos fundamentales.

REMANENTES DE LOS GASTOS

De otro lado, no hay lugar a liquidación de remanentes por cuanto no se ordenó la consignación de suma alguna para gastos del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS.

TERCERO: No hay lugar a liquidación de remanentes.

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

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.

No se interponen recursos.

Fungió como secretaria Ad-Hoc: Greissy Fernanda Palacios Moreno

Firmado Por:

Yolanda Velasco Gutierrez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 012 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4709bb18a99d7227c0fa512ccb38ce2c4ab72da2639f0d43437dcd93a6a400fe**

Documento generado en 06/06/2022 04:16:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>