Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, dos (2) de agosto del dos mil diecinueve (2019)

Radicado:	**73001-33-33-010-2018-00388-00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**ARTEMIO CANCHALA PUERRES**
Demandado:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL**
Asunto:	**prima de actividad**
Sentencia:	**00104**

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor ARTEMIO CANCHALA PUERRES en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenidos en el oficio **No 211 2015-15422 CREMIL 18803** del **11 de marzo del 2015** mediante el cual la Caja de Retiro de las fuerzas militares CREMIL negó el reajuste la asignación de retiro, teniendo en cuenta para ello el incremento de la prima de actividad del sargento primero de la fuerza aérea señor **Artemio Canchala Puerres.**

1.2 Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reliquidar y reajustar la **asignación de retiro** aplicando el incremento de la prima de actividad del 37.5% hasta alcanzar el 49.5% del sueldo básico a partir del 1 de julio del 2007, conformidad con lo dispuesto en el decreto 4433 del 2004.

1.3 Que se ordene el pago como valor retroactivo de la diferencia entre lo cancelado y lo que se debió pagar legalmente por prima de actividad debidamente indexado, teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal.

1.4 Que se condene a la accionada a pagar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten de la aplicación del reajuste de la prima de actividad.

1.5 Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.6 Que condene a la accionada al pago de intereses moratorios en caso de no darse cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA

1.7 Que condene a la accionada al pago costas y agencias del derecho.

2. HECHOS

2.1 Que al señor **Artemio Cánchala Puerres** se le reconoció asignación de retiro mediante resolución No. **4294** del **28 de noviembre del 2000**, efectiva a partir del 10 de agosto del 2000 con tiempo total de 20 años 7 meses y 24 días

2.2 Que mediante petición radicada el 15 de febrero del 2015, el accionante solicitó a CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro, para que se le tuviera en cuenta el 49.5% de la prima de actividad a partir del 1 de julio del 2007 en concordancia con el articulo 2 decreto 2863 del 2007 y no el 37.5% como lo ha venido haciendo la entidad accionada.

2.3 Que a través de acto administrativo contenido en el oficio **No 211 2015-15422 CREMIL 18803** del **11 de marzo del 2015**, la caja demandada negó la solicitud elevada por el actor.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a todas y cada una de las pretensiones impetradas, en razón a que el incremento establecido en el decreto 2863 del 2007 se debe aplicar al porcentaje en la asignación de retiro de que disfruta el accionante, o sea que al porcentaje del 25% ya reconocido en la asignación se le debe aplicar el incremento del 50% del mismo porcentaje, es decir el 12.5% para un total del 37.5% de la prima que en actividad devengaba el accionante, acorde con el tiempo de servicio prestado según lo establecido en la normatividad vigente para la fecha de retiro efectivo de la institución, valores que se le han venido reconociendo.

Propuso las excepciones de "*1. Legalidad de las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. 2. No violación al derecho a la igualdad. 3. No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

Expone en sus alegatos que se pretende que se declare la nulidad de la decisión tomada por el jefe de la oficina asesora jurídica que niega el reajuste de la asignación de retiro con el incremento de la prima de actividad y se ordene a CREMIL incrementar la partida computable prima de actividad al 49.5% del sueldo básico a partir del 1 de julio del 2007 y el pago del retroactivo resultante de lo pagado por CREMIL y lo que se debió pagar legalmente, teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal valores que deben ser debidamente indexados en concordancia con la ley 4 de 1993 y el decreto 2863 del 2007.

4.2 parte demandada.

El apoderado se ratifica en lo expresado en la contestación de la demanda y solicita se despachen favorablemente excepciones propuesta en la citada contestación y de manera desfavorable las pretensiones solicitadas por el demandante.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.3. TESIS DE LAS PARTES

5.3.1 **Tesis de la parte accionante**

Que CREMIL incrementó la prima de actividad en el 50% sobre el porcentaje del 25% que venía devengando en la asignación de retiro, generando un detrimento al accionante porque se debe aplicar el incremento es sobre el 33% que viene percibiendo el personal en activo de las fuerzas militares o el 16.5% más para un total del 49.5% desde el 1 de julio del 2007.

5.3.2 **Tesis parte accionada**

El desconocimiento de los derechos adquiridos alegados por el demandante carecen de fundamento pues la administración no puede concederle un derecho que el ordenamiento jurídico no le ha conferido pues el reconocimiento de la asignación de retiro al accionante cumple con computo de la prima de actividad en el porcentaje establecido, liquidándose en el monto proporcional al tiempo de servicios señalado en el decreto 1211 de 1990 que continua vigente tanto como con el porcentaje fijado en el decreto 2863 del 2007.

5.3.3 **De las excepciones**

Antes de entrar en el fondo principal de la controversia en el proceso, nos referiremos sobre las excepciones formuladas, la **Caja de retiro de las fuerzas militares** propuso las excepciones de*: 1. Legalidad de las actuaciones de a caja de retiro de las fuerzas militares. 2. No violación al derecho a la igualdad. 3. No configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL,* las cuales serán objeto de estudio con el fondo del asunto.

6. Problema Jurídico

Se trata de determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reajuste su asignación de retiro incrementándola del 37.5% al 49.5 del sueldo básico a partir del 1 de julio del 2007 en concordancia con lo establecido en el artículo 2 decreto 2863 del 2007, o si por el contrario, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho?

6.1. Tesis del despacho

Deben negarse las pretensiones de la demanda, pues no hay lugar al reajuste de la asignación del demandante conforme al decreto 2863 del 2007 por cuanto éste no puede extender sus efectos legales a situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de una ley o norma anterior y no puede reajustarse por cuanto el incremento de dicho emolumento realizado por la Caja de Retiro se encuentra ajustado a las normas que lo rigen.

6.2. De la prima de actividad

La prima de actividad fue creada inicialmente a favor de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, correspondiente a un porcentaje adicional de su sueldo básico y por expreso mandato como factor para efectos de liquidar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, por parte de la Caja de Retiro, en los Decretos 2340 de 1.971, 609 de 1.977, y el 1211 de 1.990

El **Decreto 1211 de 1.990** "*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*" no tuvo variación en cuanto a la regulación de la prima de actividad tanto para el personal en servicio activo como para el retirado, conservando los porcentajes en relación con el tiempo servido para efecto de cuantificar su inclusión en la asignación de retiro

El artículo 84 del citado Decreto consagró la prima de actividad para el personal en servicio activo y su inclusión en la asignación de retiro y porcentajes con relación al tiempo servido, los artículos 158 al 160 de la misma norma regularon dichos conceptos:

> *"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 ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*
> *(…)*
> *ARTICULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así: -* ***Sueldo básico. - Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto. - Prima de antigüedad. - Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto. - Duodécima parte de la prima de Navidad.*** *- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto. - Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. - Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico. PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguno de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.* ***Negrilla fuera de texto***
> *(…)*
> *ARTÍCULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les 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%).
PARÁGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias.

Por su parte, el Decreto 4433 de 2.004 estableció las partidas computables y lo atinente a los porcentajes de las mismas para liquidar las asignaciones de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales en actividad.

CAPITULO I Asignación de retiro
ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:
13.1 Oficiales y Suboficiales:
13.1.1 Sueldo básico.
13.1.2 Prima de actividad.
13.1.3 Prima de antigüedad.
13.1.4 Prima de estado mayor.
13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.
13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.
13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.
(…)
ARTICULO 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

El **decreto 1515 de 2007 "**por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en su artículo 32 estableció:

Artículo 32. *La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto-ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.*

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice la accionante tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actividad.

7.1. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que al señor Artemio Canchala Puerres, le fue reconocida la asignación de retiro a partir de agosto del año 2000.	***Documental:*** *Copia resolución No 4294 del 28 de noviembre del 2000 (fl. 17 - 18)*
2. Que en la liquidación de la asignación de retiro del accionante, se tuvo en cuenta el 25% la prima de actividad como partida computable.	***Documental:*** *Copia resolución No 4294 del 28 de noviembre del 2000 (fl. 17 - 18)*
3. Que el accionante solicitó a CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta el 49.5% de la prima de actividad	***Documental:*** *Petición radicada el 17 de febrero del 2015 (fl.21 - 23).*
4. Que la solicitud fue resuelta negativamente por la accionada.	***Documental:*** *Copia del acto administrativo No. 2015 – 15422 CREMIL 18803 del 11 de marzo del 2015 (fl 30)*

Se tiene que el sargento primero de la fuerza aérea señor **Artemio Canchala Puerres** fue retirado de la institución de manera efectiva el **9 de agosto del 2000** por llamamiento a calificar servicios y le fue reconocida la asignación de retiro en vigencia del decreto ley 1211 de 1990 y para la liquidación se tuvo en cuenta el 70% del sueldo básico, el 25% de la prima de actividad, el 20% de la prima de antigüedad, el 30% del subsidio familiar y la 1/12 parte de la prima de navidad como partidas computables correspondientes a su grado en actividad, establecidos en los artículos 158 y 159 del citado decreto.

Así las cosas, el Decreto 4433 de 2.004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo al cómputo total porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo que se concluye que continuó en plena vigencia y eficacia, el contenido de los artículos 158 y 159 del decreto 1211 de 1990**.**

Por lo tanto para los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el status de retirado antes de la expedición y vigencia del Decreto 4433 del 2004, debe estarse a la norma vigente, tanto si son agentes, oficiales o suboficiales que alcanzaron el reconocimiento de la prestación, normas que no se oponen al contenido del decreto.

En el mismo sentido puede agregarse que tampoco se viola el *principio de oscilación*, que se constituye como instrumento especial para mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones, porque el actor no demostró, que la misma no se haya reajustado año por año, de conformidad con la variación introducida a las asignaciones del personal en actividad teniendo en cuenta el respectivo grado.

En cuanto al *derecho a la igualdad* se tiene que este debe predicarse entre iguales, entre situaciones fácticas similares y frente a condiciones jurídicas idénticas. No puede alegarse violación al derecho de igualdad respecto de situaciones jurídicas de personas que están en servicio activo y sus posibilidades de retirarse con eventuales mayores prebendas que los que se retiraron bajo el amparo de normas anteriores.

Es factible que el legislador, en su amplia capacidad de configuración legislativa, haya considerado circunstancias de hecho o de otra índole, que no operaban en el momento en que se dictaron los estatutos y normatividades bajo los cuales se adquirió el status de retirado del actor para hacer diferenciaciones en materia prestacional, sin que ello implique violación del derecho a la igualdad, en razón a no ser beneficiarios de las normas, por cuanto el legislador, así lo dispuso de manera expresa.

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, se tiene que más recientemente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, el cual en su artículo 2º dispuso:

> *"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"*

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

> *"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".*

A partir de la expedición del Decreto Reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno Nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional obtenidas antes del 1º de julio de 2007 y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

Anótese que el Decreto 2863 de 2007 que modificó el decreto salarial del mismo año: Decreto 1515 del 2007, en el cual se dispuso un aumento del 50% de la prima de actividad para el personal activo pero solo para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y, en aplicación del principio de oscilación, ordenó un aumento en el mismo porcentaje para las asignaciones de retiro de dicho personal, incluso las reconocidas con anterioridad a su vigencia.

En respuesta a la solicitud la demandada mediante oficio No 2015 – 15422 CREMIL 18803 del 11 de marzo del 2015, informó al accionante que la prima de actividad se le reconoció en la forma y términos establecidos en la Ley vigente al momento del retiro – 9 de agosto del 2000 - teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares

Agregaron que el accionante venía devengado el 25% de la prima de actividad como partida computable para la asignación de retiro y como resultado de lo establecido en el decreto 2863 del 2007, se le incremento el 50% sobre lo devengado es decir un 12.5% más, para un total del 37.5%, porcentaje que se le viene reconociendo desde el 1 de julio del 2007, fecha de entrada en vigencia de la citada norma, por lo tanto, no es posible reajustar la asignación de retiro de acuerdo con la solicitud.

En armonía con la Jurisprudencia del Consejo de Estado[1], no es factible dar aplicación retroactiva a la ley, y como efecto de esa decisión, no puede el Decreto 2863 del 2007 extender sus efectos, sus consecuencias jurídicas o, sus disposiciones a situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio y vigencia de una ley o normatividad anterior.

Así las cosas, de acuerdo con los argumentos expuestos y el precedente jurisprudencial relacionado, en el problema jurídico planteado no existe posibilidad alguna de interpretar, que las normas en las cuales se fundamentan las pretensiones de la demanda y en especial, el Decreto 2863 del 2007 conduzca a afirmar que la prima de actividad debe ser reajustada con inclusión de un porcentaje mayor del que le fue reconocido en la asignación de retiro respectiva, porque la prestación se liquida de conformidad a lo establecido en la norma vigente para la fecha del retiro y en la forma que ella, lo ordene[2],

De manera que, amparado en los argumentos expuestos, en los precedentes jurisprudenciales y la normatividad que constituye el fundamento jurídico de la demanda, no se evidencia efecto o consecuencia jurídica que lleve al operador judicial a considerar el concepto de violación a las normas pretendido en la demanda, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

10. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado

[1] *Sentencia del 11 de mayo de 2.000, Consejero Ponente NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, expediente No.16.114.-*
[2] *Sentencia del 11 de junio de 2.009 Magistrado Ponente Ilvar Nelson Arévalo Perico radicado 2007-00367.-*

normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma de equivalente a **trescientos mil ($300.000) pesos**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma **trescientos mil ($300.000) pesos** como agencias del derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: Una vez en firme, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez
(ORIGINAL FIRMADO)