



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

RADICACIÓN N° 11001-3335-012-2018-00375-00
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ALFONSO CUELLAR CASTRO
DEMANDADO: CREMIL

**ACTA N° 393- 2019
AUDIENCIA INICIAL
ART. 180 LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los 22 días octubre de 2019 siendo las 9:30 de la mañana, fecha y hora previamente señaladas para llevar a cabo la presente audiencia, la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretaria ad hoc del Despacho constituyó audiencia pública en la **Sala 42** del Complejo Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin, con la asistencia de los siguientes:

INTERVINIENTES

La parte demandante: No asistió. Se le impone multa por inasistencia.

La parte demandada: Roberto Jhonnys Neisa Núñez identificado con cédula de ciudadanía N° 80.80.203.856 de Bogotá y T.P. 272.126 del C.S. de la J, a quien se le reconoce personería para actuar de conformidad con el poder aportado previo al inicio de la audiencia.

No se hace presente el Agente del **Ministerio Público**.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del CPACA, se agotarán las siguientes etapas:

- Saneamiento del Proceso
- Decisión de excepciones previas
- Fijación del litigio
- Conciliación
- Decreto de pruebas
- Alegaciones Finales
- Sentencia

ETAPA I: SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el numeral 5 del artículo 180 ibídem, se corre traslado a los apoderados de las partes para que informen si existe vicio o irregularidad alguna que afecte el trámite del proceso y deba ser saneada.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

Como ninguna de las partes advirtió causal de nulidad y el Despacho tampoco, se declara saneado el proceso y se continúa con las demás etapas de la audiencia.

ETAPA II – DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

La entidad demanda propuso como excepción la “no configuración de la falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, que es de fondo y deberá resolverse en la sentencia. Por lo que al no haber excepciones previas que resolver, se continúa con el trámite de la audiencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

ETAPA III – FIJACIÓN DEL LITIGIO

Con fundamento en los hechos y pruebas que obran en el expediente, el Despacho tiene por probados los siguientes hechos:

- Mediante Resolución 1467 del 15 de marzo de 2002, CREMIL reconoció asignación de retiro a favor de Alfonso Cuellar Castro, en la que se computa el sueldo básico y, entre otras, un 25% de la prima de actividad (fls. 19-21).*
- De conformidad con la hoja de servicios, el actor laboró 20 años, 11 meses y 26 días (fls. 15-16).*
- El 27 de junio de 2014, el apoderado de la parte actora solicitó la reliquidación de la prima de actividad en un 49.5% de la asignación de retiro a partir del 1 de julio de 2017 (fls. 11-12).*
- La anterior petición fue resuelta de forma negativa mediante oficio N° 0049551 consecutivo 2014-49551 del 17 de julio de 2014 (fl. 14).*

Con base en lo anterior, el Despacho advierte que en el presente caso el litigio se contrae a un asunto de puro derecho encaminado a establecer si el demandante tiene derecho al reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad en la asignación de retiro de 41.5 % de conformidad con el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007.

Se le otorga el uso de la palabra a la parte demandada para que explique su teoría del caso (minuto 05:36-6:13).

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA IV – CONCILIACIÓN

Continuando con el curso de la diligencia se pregunta a las partes si les asiste ánimo conciliatorio.

Ante la inasistencia de la parte actora se declara fallida la etapa de conciliación y continúa con el trámite de la audiencia. Sin embargo, la entidad manifestó que tampoco tenía ánimo conciliatorio de conformidad con las directrices del comité de conciliación. Aportó 7 folios.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA V - DECRETO DE PRUEBAS

Téngase como pruebas los documentos que fueron aportados con la demanda y la contestación de la misma, a las que se les otorga el valor legal.

El apoderado de la parte actora solicitó que se oficiara a CREMIL para que aportara una relación de las sentencias favorables respecto a la reliquidación y pago de la prima de actividad. Esta prueba se negará, pues de conformidad con el numeral 10 del artículo 78 y el artículo 173 del CGP, las partes y el juez deben abstenerse de practicar pruebas que la parte solicitante pudo obtener a través de derecho de petición, a menos que la petición no haya sido resuelta, situación que no se acreditó en el caso bajo estudio. Adicionalmente la prueba resulta inútil dado que la recopilación de jurisprudencia es de público conocimiento.

La entidad demandada no solicitó pruebas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ETAPA VI: ETAPA DE ALEGACIONES FINALES

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes, para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos.

Parte demandada (inicia: 08:05, final: 08:29)

ETAPA VII: SENTENCIA

7.1. Problema jurídico

El Despacho advierte que en el presente caso el litigio se contrae a un asunto de puro derecho encaminado a establecer el demandante tiene derecho al reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad en la asignación de retiro de 41.5% de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

7.2. Consideraciones

*La **Prima de actividad** 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 así:*

***"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 computará 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%).”.

Posteriormente, los artículos 2 y 4 del **Decreto 2863 de 2007** 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.

Finalmente, el artículo 37 del **Decreto 673 de 2008** derogó 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).

Así mismo el artículo 31 *ibidem* 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%).

Los Decretos 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013, 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016 regulan el régimen salarial y

prestacional de las Fuerzas Militares para el año respectivo, replicando la norma anterior.

Del caso concreto

En el caso concreto, se tiene que el demandante solicitó que se le reliquidará la prima actividad en un de 41.5% de conformidad con el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 y el principio de oscilación.

Al respecto, el Despacho observa que mediante Resolución N° 1467 del 15 de marzo de 2002, CREMIL reconoció a favor del actor la asignación de retiro a partir del 20 de marzo de 2002, para el efecto incluyó como partidas computables, entre otras, la prima de actividad en un 25%, pues de acuerdo con el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, el personal que hubiera laborado más de 20 años pero menos de 25, tendría derecho a una prima equivalente al 25%. Posteriormente, la entidad demandada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, incrementó el porcentaje de la prima de actividad del 25% al 37.50% (fl. 18).

Pues bien, de acuerdo a la normas relacionadas en el acápite anterior, si bien es cierto que el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 autorizó el incremento de la prima de actividad como partida computable dentro de las asignaciones de retiro o pensión en el mismo porcentaje en que se incremente la prima de actividad al personal activo, debe tenerse en cuenta que para el personal retirado, como el caso del demandante, dicho incremento se debe hacer teniendo en cuenta el porcentaje reconocido en la asignación de retiro, el cual, según el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, es del 25% y no el porcentaje que señaló el actor, es decir el 33% pues son beneficiarios de este únicamente el personal que se encuentra en servicio activo.

No es de recibo, como lo pretende la parte actora, equiparar la situación de los activos y los retirados en cuanto al valor que resulta de aplicar el porcentaje autorizado (50%), el cual en el caso del personal en retiro necesariamente dependerá del porcentaje en que fue computada la prima de actividad, según el estatuto vigente para la fecha de retiro y el tiempo de servicio prestado.

De esta forma, el incremento que ordenó el Decreto 2863 fue realizado por la entidad demandada en el porcentaje correcto, ya que del 25% se pasó al 37.5%.

Finalmente, respecto al principio de oscilación, como argumento que justifica la equivalencia solicitada, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se pronunció en los siguientes términos:

“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. (...)”

En consecuencia de lo anterior, se negaran las pretensiones de la demanda.

7.3. Costas procesales

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La disposición anterior permite establecer que en materia de costas, para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-, como lo ha ratificado el H. Consejo de Estado en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez¹.

Así las cosas, teniendo en cuenta que se despacharon desfavorablemente las pretensiones la demandada y porque existente jurisprudencia reiterada que resuelve el objeto de este litigio, se condenará a la parte actora, quien deberá cancelar por concepto de agencias en derecho el equivalente al 20% de las pretensiones de la demanda.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora. Se fijan como agencias en derecho el valor equivalente al 20% de las pretensiones de la demanda. **DESTINAR** los remanentes de lo consignado a favor del Consejo Superior de la Judicatura.

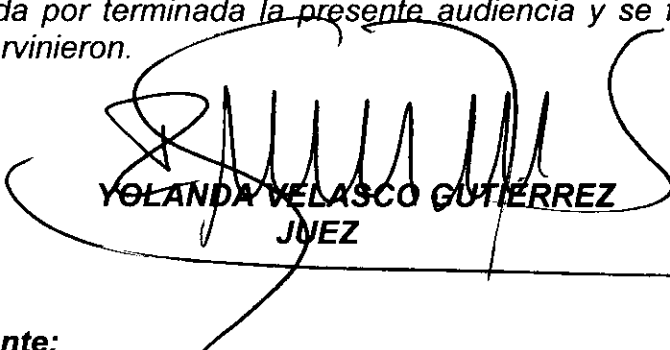
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

CUARTO: Se sanciona al apoderado de la parte actora con multa equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se le otorga el término de tres días para que justifique su inasistencia.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez , Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016) , Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 , Número Interno: 1291-2014 , Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho , Actor: José Francisco Guerrero Bardi , Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal , EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada) Sentencia O-003-2016.

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los respectivos recursos. Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia y se firma el acta por quienes en ella intervinieron.

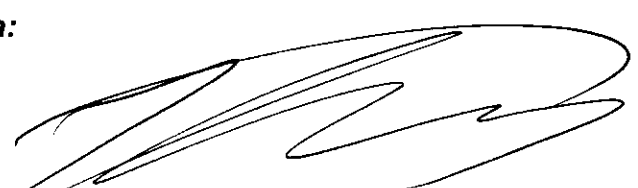


YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ

La parte demandante:

No asistió

La parte demandada:



Roberto Jhonnys Neisa Núñez

Secretaria ad hoc:



Silvia Lorena Rico

