



**JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante Nemesio Lesmes Castañeda

Demandado Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL–.

Expediente 11001-33-35-014-**2015-00642-00**

Cumplida la ritualidad procesal prevista en los artículos 179, 180 y 182 del CPACA, el Despacho procederá a dictar Sentencia, dentro de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de carácter laboral, promovida por el señor **NEMESIO LESMES CASTAÑEDA** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL**, de conformidad con los fundamentos que a continuación se pasa a exponer:

I. A N T E C E D E N T E S

1. LA DEMANDA:

1.1. Las PRETENSIONES en resumen son las siguientes:

1.1.1 Solicita que se declare la nulidad del Oficio 2015-28351 de 6 de mayo de 2015, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro por concepto del incremento de la variación del cómputo de la prima de actividad a partir del 1° de julio de 2007 conforme los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

1.1.2 Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita:

1.1.3 Que se reajuste su asignación de retiro con la inclusión de la variación del cómputo de la prima de actividad a partir del 1° de julio de 2007 conforme los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007

1.1.4 Que se reconozca y pague, en forma indexada, la diferencia entre las sumas reconocidas y el reajuste ordenado



1.1.5 Que se ordene el pago de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia en los términos indicados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.2. De acuerdo con la fijación del litigio realizada en audiencia y el material probatorio arrimado al expediente, se encuentran probados los siguientes **Hechos** relevantes:

1.2.1. Mediante Resolución No. 577 de 15 de junio de 1983, CREMIL reconoció asignación de retiro al Sargento Primero ® Nemesio Lesmes Castañeda, efectiva desde el 1° de agosto de 1983 (fl. 6).

1.2.2. El 28 de abril de 2015, el demandante solicitó ante CREMIL el reajuste de su asignación de retiro por concepto del incremento por la variación del cómputo de la prima de actividad a partir del 1° de julio de 2007 para que sea de 49.5% (fls. 3 y 4).

1.2.3. La anterior petición fue resuelta en forma negativa a través del Oficio 2015-28351 de 6 de mayo de 2015 (fl. 2).

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de apoderada judicial presentó escrito de contestación a la demanda dentro de la oportunidad legal, respondiendo a los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y señalando como argumentos de defensa lo siguiente:

Señala que los actos demandados son legales, ya que al momento del reconocimiento de la asignación de retiro, se encontraba vigente el Decreto 612 de 1977, el cual dispone que para el cómputo de la prima de actividad se tiene en cuenta el 15% del sueldo básico correspondiente al grado.

Arguye que posteriormente los artículos 154 y 155 del Decreto Ley 95 de 1989, variaron la forma de computarse la prima de actividad para los militares que gozaren de asignación de retiro con anterioridad al 18 de enero de 1984.



Es así como, habiendo el demandante prestado sus servicios por espacio de 24 años, 07 meses y 29 días, la Caja le reconoció como prima de actividad para la vigencia fiscal de 1990 un 18.5%, para la de 1991 un 22.5% y para la de 1992 un 25%.

Señala que después del Decreto Ley 95 de 1989, se han expedido una serie de normas que no han variado prestaciones ya reconocidas, tal es el caso de los Decretos Leyes 1211 de 1990, 2070 de 2003, 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004.

En suma, expone que la prestación que goza el demandante quedó consolidada bajo el imperio del Decreto 612 de 1977 y el Decreto Ley 95 de 1989.

Continúa su exposición, diciendo que el Decreto 2863 de 2007 previó un incremento del 50% sobre la prima de actividad que venían gozando los uniformados en servicio activo –artículo 2-, y para los que ya se encontraban retirados estableció que el aumento fuera en el mismo porcentaje por principio de oscilación –artículo 4-.

Por tal razón, la Caja en aplicación de la anterior normatividad ordenó incrementar en un 50% la prima de actividad que venía devengando el señor Nemesio Lesmes Castañeda, para que la misma pasara de 25% a 37.5%.

Por lo expuesto, afirma que no le asiste razón a la parte demandante por lo que solicita negar las pretensiones de la demanda (fls. 33 a 40).

3. AUDIENCIA INICIAL Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La audiencia inicial se llevó a cabo el 4 de mayo de 2017, en esa oportunidad, de conformidad con los artículos 179 –inciso 2- y 182 –numeral 2- de la Ley 1437 de 2011, se prescindió de la audiencia de pruebas y se escucharon los alegatos de las partes.



Parte demandante: Señala que se ratifica en las pretensión es de la demanda debido a que están conforme a derecho.

Aclara que en la demanda se está solicitando la aplicación del Decreto 2863 de 2007, pues si bien, la Caja reajustó el 50%, lo hizo de forma errada pues el porcentaje se aplicó a la prima de actividad tal y como venía siendo devengada, siendo que debió tenerse para el efecto el 33% que indica la norma.

Como fundamento de lo mencionado, allega tres providencias judiciales y por último, solicita se accedan a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Manifestó que la entidad reconoció asignación de retiro al demandante, con fundamento en la normatividad vigente a la fecha de retiro y teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestados.

Así pues, señala que con la expedición del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje reconocido al demandante fue reajustado en un 50% aplicado sobre el porcentaje devengado, es decir, que de 25% pasó a 37.5%.

Finalmente, aduce que la mayoría de jurisprudencia apoya el criterio adoptado por la entidad.

La representante del **Ministerio Público** no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

1. Problema jurídico a resolver.

Consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada con la inclusión de la prima de actividad en el porcentaje del 49.5%, en aplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 y demás normas que lo modifiquen y/o adicionen o si por el contrario el reajuste efectuado por la entidad demandada está de acuerdo con la normatividad mencionada.



2. Tesis

La tesis que sostiene el Despacho es que a la parte demandante no le asiste razón cuando deprecia la existencia del derecho, toda vez que la Caja demandada dio cumplimiento al artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, al incrementar la prima de actividad en un 50% del factor reconocido —25%—, esto es, 12.5%, para un total de reajuste del 37.5%, a partir del 1° de julio de 2007, de modo que cualquier otra interpretación no tiene cabida, además, no se demostró que el demandante tuviera derecho a un porcentaje diferente o superior al establecido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

3. Argumentos que soportan la tesis

3.1. La prima de actividad del personal retirado y el incremento del Decreto 2863 de 2007.

Según lo ha expresado el Consejo de Estado¹, la prima de actividad en principio fue una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y luego se convirtió en factor de liquidación de la asignación de retiro, para ello, su porcentaje se fijó teniendo cuenta los años de prestación del servicio activo.

Bajo tal óptica, el Decreto 1211 de 1990², en su artículo 84 estableció que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, **en servicio activo tendrán derecho a la prima mensual de actividad equivalente al 33%** del respectivo sueldo básico, y respecto a **las partidas** que constituyen las bases de liquidación de las prestaciones sociales **de los retirados del servicio activo, se incluyó la prima de actividad** en los porcentajes previstos en el aludido Estatuto (art. 158).

¹ Sección Segunda, sentencia de 26 de marzo de 2009, Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación número 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07).

² Por el cual se reforma el estatuto del personal Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y el artículo 270 señala que *“rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto-ley 95 de 1989 y demás disposiciones que le sean contrarias”*.



Por su parte, el artículo 159³ del Decreto *ibídem*, señaló, que **los Oficiales y Suboficiales retirados con 15 años y menos de 20 (años) de servicio, se les computará la prima de actividad con el 20% del sueldo básico.**

Ahora bien, el artículo 169 *ejusdem*, estableció el principio de oscilación que consiste en que las asignaciones de retiro y pensiones se deben liquidar teniendo en cuenta las mismas variaciones que se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad para cada grado.

En suma, se colige que a partir de la fecha en que empezó a regir el Decreto 1211 de 1990, es decir, del 8 de junio de 1990, las asignaciones de retiro y pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se liquidan teniendo en cuenta las partidas taxativamente establecidas en el artículo 158 del mismo Estatuto, dentro de las cuales se encuentra la prima de actividad, que es incluida de acuerdo con los porcentajes indicados en el artículo 159 *Ibídem*, según el tiempo de servicio prestado.

Posteriormente, la Ley 4ª de 1992, señaló en su artículo 13 que el Gobierno Nacional “*establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º*”, dentro de las vigencias fiscales de 1993 a 1996.

A la postre, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, por medio de la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, estableció en su artículo 3º que el “*incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la*

³ ARTÍCULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. <Ver Notas del Editor> 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%).
- (se resalta).



Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.

En desarrollo de la anterior ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, allí fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; y en su artículo 13 fijó las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, **en la que también se incluyó la prima de actividad y aplicó el principio de oscilación de las asignaciones de retiro y las pensiones**, vigente a partir de la fecha de publicación, esto es, 31 de diciembre de 2004.

3.2 Para el caso que nos ocupa, tenemos que el Gobierno Nacional, en uso de las facultades previstas en el numeral 19 del artículo 150 constitucional, obedeciendo lo ordenado en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, profirió el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, el cual en los artículos 2º y 4º, dijo:

“Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990. (se resalta).

*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 4º. **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 1º 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 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007” (Se resalta).*

Obsérvese que la anterior norma, de una parte, ordenó incrementar en un 50% el porcentaje de la prima de actividad para el **personal activo** —factor salarial- y para el cálculo de las prestaciones sociales que no sean asignaciones de retiro, a partir del 1º de julio de 2007, **y de otra, dispuso que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro** —



adquirida antes del 1° de julio de 2007-, **tendrán derecho a que se les ajuste en ese mismo porcentaje**, aplicando el principio de oscilación.

3.3 Caso concreto: El demandante arguye que el incremento de la prima de actividad previsto en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 no se debe aplicar tomando el 50% sobre el porcentaje en el que se encontraba reconocida antes del 1 de julio de 2007, sino con el 49.5% para todos independiente al tiempo de servicios.

De otra parte, se encuentra demostrado que CREMIL reconoció una asignación de retiro al Sargento Primero ® Nemesio Lesmes Castañeda a partir del 1° de agosto de 1983, y que el porcentaje de la prima de actividad allí ordenado fue en un 15% hasta el 9 de junio de 1989, fecha en la que se reajustó la prestación desde el año de 1991 hasta el año de 1993 para que quedara en un 25%, luego, el 30 de junio de 2007, nuevamente se reajustó hasta llegar a un 37.5% (fls. 6 y 7).

De lo anterior, se concluye que CREMIL dio cumplimiento correctamente a lo ordenado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2863 de 2007 en sus artículos 2 y 4, pues para el caso del demandante la prima de actividad fue incrementada del 25% al 37.5%, cuyo 12.5% de diferencia corresponde al 50% al que alude el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, esto porque el tiempo de servicios fue de 24 años 07 meses y 29 días.

Contrario a lo afirmado por el demandante, para el Despacho no es lógico que independientemente del tiempo de servicio prestado por los Oficiales y Suboficiales (menos de 15 años —15%-, entre 15 años y menos de 20 años —20%-, de 20 años y menos de 25 años —25%-, de 25 años y menos de 30 años —30%-, entre 30 años o más de servicio —33%-), a todos se les aumentará hasta alcanzar un 49.5%, ya que el porcentaje de reajuste de la prima de actividad se encuentra atado al tiempo de servicios que acredite el uniformado, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

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. (se resalta).



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 4º. 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 1º 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 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”

TIEMPO DE SERVICIOS	% RECONOCIDO ANTES DEL 1 DE JULIO DE 2007	INCREMENTO DEL 50% DECRETO 2863/07	% DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD CON INCREMENTO DEL DECRETO 2863/07
Menos de 15 años	15%	7.5%	22.5%
De 15 y menos 20	20%	10%	30%
De 20 y menos de 25	25%	12.5%	37.5%
De 25 y menos de 30	30%	15%	45%
30 o más años	33%	16.5%	49.5%

Ciertamente la Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca había adoptado una interpretación según la cual el reajuste de la prima de actividad de que tratan los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 debía incrementarse para todos los oficiales y suboficiales —independiente al tiempo de servicios— en cuantía del 16.5%, sin embargo, en providencias recientes la alta Corporación varió su tesis, en el sentido de indicar que el incremento del 50% se encuentra atado al tiempo de servicios que tiene reconocido el retirado, que es la forma como este Despacho lo entiende. Veamos.

“(…)

Al respecto, se precisa que, en efecto, en casos similares al presente, se había arribado a la misma conclusión que aquí plantea el apoderado del demandante, sin embargo, conforme al parágrafo tercero del artículo 103 del CPACA que establece que “en virtud del principio de igualdad, todo cambio jurisprudencial (...) debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga”, la Sala cambiará el criterio jurídico que se había establecido con relación al reajuste de la prima de actividad del personal retirado del Ejército Nacional y la Policía Nacional, teniendo en cuenta las razones que a continuación se esbozan.

Hecha una nueva lectura del artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, se concluye que, cuando dicha norma indica que tendrán derecho, quienes allí se señalan, al reajuste de la prima de actividad “en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto”, debe entenderse que aquellos que obtuvieron su asignación de retiro con anterioridad al 1º de julio de 2007, tienen derecho a un aumento del 50% de la prima de actividad que actualmente perciben en su asignación de retiro, tal como lo dispuso el legislador para el personal relacionado en el artículo 2º del decreto ibídem.



En este sentido, no puede efectuarse una interpretación extensiva de la norma bajo el entendido que el reajuste aplicable a aquellos que gozan de asignación de retiro, “en el mismo porcentaje” de los activos correspondientes de que trata el artículo 2º del ya referido decreto, debe ser el resultante de aplicar el 50% al 33% de que tratan los artículos 84, 68 y 38 de los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, respectivamente, para finalmente obtener un 16.5%. Lo anterior, debido a que la finalidad de extender dicho reajuste no fue igualar, tanto al personal activo como retirado, el valor percibido por concepto de prima de actividad, sino, sencillamente, incrementar dicho emolumento en la correspondiente asignación de retiro, acorde con lo que individualmente perciba el militar o policial retirado.

Así las cosas, bien obró la entidad demandada al haber ajustado la prima de actividad, con fundamento en el Decreto 2863 de 2007, en un 12.5%, teniendo en cuenta para ello el porcentaje de prima de actividad devengado en la asignación de retiro del demandante, por lo que se impone concluir que el acto acusado no está incurso en causal de nulidad alguna, de manera que se confirmará el fallo recurrido.”

Fluye de lo anterior, que a la parte demandante no le asiste razón cuando deprecia la existencia del derecho, motivo por el cual se denegarán las súplicas de la demanda para dejar incólume el acto administrativo demandado⁴.

Por último, los argumentos expuestos en la jurisprudencia arrimada al proceso como fundamento de los alegatos de conclusión, no son suficientes para variar el criterio adoptado por el Despacho, entre otras, por la tesis desarrollada y porque el Tribunal Administrativo de Cundinamarca siendo superior funcional también niega las pretensiones en tratándose del presente asunto.

3.4 Costas.

El Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y como quiera que los argumentos fueron eminentemente jurídicos no se condenarán en costas.

⁴ En igual sentido ver sentencias, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, —Sección Segunda, Subsección C- del 30 de mayo de 2014, M.P. Amparo Oviedo Pinto. Exp. 2013-00397; TAC —Sección Segunda, Subsección B- del 13 de febrero de 2014, M.P. César Palomino Cortés. Exp. 2012-00317; TAC —Sección Segunda, Subsección F-, del 31 de enero de 2014, M.P. Germán Rodolfo Acevedo Ramírez. Exp. 11001-33-31-014-2012-00021-01; TAC —Sección Segunda, Subsección D-, del 11 de diciembre de 2013, M.P. Cerveleón Padilla Linares. Exp. 91001-33-33-001-2013-00048-01.



III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce (14) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones expresadas en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del proceso, previa **devolución del remanente** consignado por concepto de gastos ordinarios del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Juez

ALPM

