



**JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Sede de Despachos Judiciales CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, cinco (5) de noviembre dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2019-00327-00
Demandante:	EXCELINO RODRIGUEZ
Demandado:	CAJA DE RETIROS DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Tema: Prima de actividad

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021¹ y conforme la siguiente motivación.

¹ **Sentencia anticipada.** Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento;

d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: El señor **EXCELINO RODRIGUEZ** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido contra la Caja de retiro de las Fuerzas Militares – “CREMIL”, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 211-04-AGT-2015 Consecutivo No. 2015-53746, proferidos por la entidad demandada, por medio del cual negaron el reajuste de la prima de actividad, conforme a lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, el artículo 42 del decreto 4433 de 2004 y el artículo 34 de la ley 2 de 1945.

Que como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar el sueldo básico por concepto de prima de actividad del 37.5% al 41.5% y que se declare el pago de la diferencia desde el 4 de agosto de 2011 hasta la fecha del cumplimiento de la sentencia en la asignación de retiro.

Igualmente, solicita que se condene en costas y agencias en derecho a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – “CREMIL”.

2.2. Hechos.

De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a.** La entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – “CREMIL” reconoció la asignación de retiro del Señor EXCELINO RODRIGUEZ a través de resolución numero 1019 de fecha 13 de marzo de 2000, donde reconoció por su tiempo en servicio el 25% del sueldo básico como prima de actividad.
- b.** A través del decreto 2863 de 2007 en su artículo segundo, a partir del primero de julio del mismo año, se realizó el ajuste de la prima de actividad incrementándose en un 50% por este concepto sobre la asignación de retiro.
- c.** A partir del primero de julio de 2007 se reajustó la prima de actividad del Demandante quedando en un 37,5% al incrementar el 50% del 25% reconocido inicialmente.
- d.** El demandante solicitó el reajuste de la prima de actividad, mediante derecho de petición con numero de radicación 2015-0062024 de fecha 10 de julio de 2015 presentado ante la entidad demandada, donde argumento que al reajustar

únicamente un 12,5% sobre el 25% reconocido por concepto de prima de actividad, quedando un total reconocido de 37,5%, se evidencia un porcentaje faltante de 4,5% para completar el 41,5% que a juicio del demandante tiene derecho.

Lo anterior, en vista de que la parte demandante manifiesta que el calculo del reajuste antes mencionado, se debía realizar con base en el 50% del 33% de la prima de actividad que se devengaba en el 2007, esto es el 16.5% que debería sumarse al 25% reconocido, lo cual arroja el total de 41,5% solicitado por el Demandante,

- e. La entidad demandada contesto a través del acto demandado manifestando que no era posible atender favorablemente la petición.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: de rango constitucional los artículos 2, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90, 229 y de rango legal el artículo 4 del Decreto 2863 del 2007, artículos 84 y 174 del Decreto 1211 de 1990, artículo 42 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, artículo 2, 2.1, 2.4 y 3.13 de la ley 923 de 2004, el artículo 5 de la ley 57 de 1887, entre otros.

Indica que la accionada al dar respuesta al actor, está en contra de las normas citadas, pues el Estado debe proteger a todas las personas residentes del territorio nacional, asegurando el cumplimiento de las obligaciones, derechos y deberes como los son el derecho al trabajo y la seguridad social al no aplicar el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 reajustando la prima de actividad del personal retirado de manera diferente al personal activo.

2.4. Actuación procesal. La demanda se presentó el 31 de julio de 2019² y a través de providencia de 18 de octubre de 2019³ se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 11 de febrero de 2020⁴ fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

A pesar de que la demanda fue notificada en debida forma, el extremo pasivo de esta litis contestó la demanda extemporáneamente el 21 de agosto de 2020⁵ por lo tanto, se entendió como no contestada la misma.

² Archivo 01 de Expediente Digital

³ Archivo 04 de Expediente Digital

⁴ Archivo 05 de Expediente Digital

⁵ Archivo 06 de Expediente Digital

A través de auto de fecha 28 de mayo de 2021⁶, el Juzgado atendiendo a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, corrió traslado a las partes para alegar por el término de 10 días, a efectos de dictar sentencia anticipada.

2.5. La sinopsis de la respuesta

A pesar de que la entidad demandada fue notificada en debida forma el día 11 de febrero de 2020, la contestación presentada por la Demandada se radicó el día 21 de agosto de 2020, esto es 58 días hábiles después de la notificación correspondiente, teniendo en cuenta la interrupción de los términos que tuvo lugar desde el día 16 de marzo de 2020 hasta el 1 de julio de la misma anualidad, razón por la cual se entiende por extemporánea la respuesta allegada.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante. Presentó sus alegatos de conclusión⁷ solicitando al Despacho que se accedan a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la misma, manifestando que con base en el Decreto 2863 de 2007 se debe reajustar el porcentaje reconocido a través de resolución número 1019 de fecha 13 de marzo de 2000, donde se le asignó por su tiempo en servicio el 25% del sueldo básico como prima de actividad.

Así mismo, manifiesta que según lo plasmado en el artículo 164 del decreto 1211 de 1990, la competencia para reajustar la prima de actividad es de los comandos de cada fuerza y que por lo tanto se debió computar la prima de servicios a un 16.5%, que en este caso sería el 50%.

Aunado a lo anterior, argumenta que no se aplicó el principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión del que habla el artículo 42 del decreto 4433 de 2004 donde se establece que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste el mismo porcentaje que se haya ajustado para el personal activo.

2.6.2 La parte demandada. Presentó sus alegatos de conclusión solicitando del Despacho se nieguen las pretensiones de la demanda, argumentando que la entidad a

⁶ Archivo 09 de Expediente Digital

⁷ Archivo 10 de Expediente Digital

través de resolución No. 1019 del 13 de marzo de 2000, reconoció en debida forma lo relacionado a la prima de actividad para el caso en concreto con base en el Decreto Ley 1211 de 1990, constituyéndose un derecho adquirido y que posteriormente con la expedición del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje incremento de un 25% al 37.5% puesto que dicho porcentaje fue el tope máximo permitido por el legislador.

El anterior incremento, se dio con base en el artículo 4° de la precitada norma, dado que esta equiparó el porcentaje en el cual se debería incrementar la prima de actividad tanto para miembros activos como para retirados del servicio, esto es en un 50% de lo devengado, sin modificar el monto base para la liquidación.

Manifiesta también, que el demandante en su solicitud esta liquidando de manera errónea la prima de actividad, ya que está modificando la base de liquidación al solicitar que el reajuste se realice sobre un 16.5% y no sobre el 12.5% que sería en realidad el porcentaje que le correspondería para garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro.

Además, señaló en cuanto al principio de oscilación establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, que este tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de prima de actividad de cada grado, sin embargo, por eso no se puede llegar a pensar que la base de la liquidación se puede modificar, mas aun cuando estas asignaciones fueron adquiridas en regímenes diferentes.

Por último, solicita que no se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada en vista de que esta no ha realizado actos dilatorios que perturben el procedimiento.

2.6.3 Concepto del Ministerio Público: La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2° y 156 numeral 2° de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico. Consiste en determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 211 – 04–AGT-2015 Consecutivo No. 2015-53746, y en consecuencia ordenar a la entidad demandada, a reajustar la prima de actividad del Señor Excelino Rodríguez en un 41.5% de conformidad con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007 y el decreto 4433 de 2004.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) desarrollo normativo y jurisprudencial de la prima de actividad a favor de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, ii) caso en concreto.

3.1.1 Desarrollo normativo y jurisprudencial de la prima de actividad a favor de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

El Decreto **095 de 1989** “*Por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*” en sus artículos 154 y 155, señalaban el porcentaje para el cómputo de la prima de actividad para los miembros retirados de las Fuerzas Militares, así:

“ARTÍCULO 154. 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 años 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%).

Por su parte, el **Decreto 1211 de 1990** “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*” en su artículo 159, señaló el porcentaje para el cómputo de la prima de actividad para los miembros activos de las Fuerzas Militares, así:

“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 computara 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%). **(Nota: Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-888 de 2002.)** (Subraya el Juzgado).

Posteriormente fue expedida la **Ley 923 de 2004**, “Mediante la cual se señalan 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”, publicada en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004, vigente a partir de su promulgación (artículo 7), y en cuanto a su alcance, objetivos y criterios señaló:

“ARTÍCULO 10. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos **contenidos en esta Ley**, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 20. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. **Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores** a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

(...)

ARTÍCULO 30. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. **La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley.** (Negrillas y subrayas fuera de texto original)

En desarrollo de la **ley 923 de 2004**, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4433 de 2004**, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los

miembros de la Fuerza Pública”, publicado en el Diario Oficial No. 45.778 de diciembre 31 de 2004, vigente también a partir de su promulgación (artículo 45) y en lo atinente a la **prima de actividad** frente a las asignaciones de retiro dispuso:

“ARTICULO 20. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.”

“ARTICULO 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.

ARTICULO 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. **Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional** en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así (...)” (Destaca el Juzgado).

Es necesario precisar que como el **Decreto Reglamentario 4433 de 2004** en el artículo 23.1.2 se refirió sencillamente a la *prima de actividad*, sin señalar porcentajes, como una de las partidas computables para liquidar la asignación de retiro, se debe tener en cuenta el 100% de la devengada en actividad.

El **Decreto 1515 de 2007**, que fijó los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, dispuso en sus artículos 2º y 32 lo siguiente:

*“**ARTICULO 2.** Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, percibirán por todo concepto una asignación mensual igual a la que devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación, en todo tiempo, distribuida así: el cuarenta y cinco por ciento (45%) como sueldo básico y el cincuenta y cinco por ciento (55%) como prima de alto mando. Esta última no tendrá carácter salarial para ningún efecto legal.*

***Parágrafo.** Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante a que se refiere este artículo tendrán derecho a la Prima de Dirección y demás primas que devenguen los Ministros del Despacho.*

La Prima de Dirección no será factor salarial para ningún efecto legal, se pagará mensualmente y es compatible con la Prima de Alto Mando a que tienen derecho los Oficiales en estos grados.

En ningún caso los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante podrán percibir una remuneración superior a la prevista para los Ministros del Despacho.”

*“**ARTICULO 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”*

El artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, fue modificado por el **Decreto 2863 de 2007** así:

***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.

*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.***

Parágrafo. *No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.” (Negrillas y subrayado por el Despacho).*

4. Del caso en concreto.

El actor pretende la nulidad del acto administrativo demandado, por medio del cual la entidad le negó el reajuste de la prima de actividad con el 41.5% a partir del 1º de julio de 2007, de conformidad con lo dispuesto en los decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007.

Examinará el Despacho si en realidad el demandante tiene derecho a que se le compute en la asignación de retiro la prima de actividad con el 41.5% del sueldo básico, de conformidad con lo dispuesto en los decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007 y no el 37.5% como lo ha venido haciendo la entidad.

4.1. Irretroactividad de la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004.

4.1.1. De acuerdo con lo probado en el proceso, se establece que al accionante le fue reconocida la asignación de retiro mediante **Resolución N° 1019 del 13 de marzo de 2000** (fls. 7-9 Archivo 02 del Expediente digital), conforme al **Decreto Ley 1211 de 1990**, por lo tanto, es menester aclarar lo siguiente:

4.1.2. Irretroactividad de la ley 923 de 2004. Esta ley fue dispuesta por el legislador para regular las situaciones producidas a partir de su vigencia y con sujeción a su propio contenido normativo, no para regular hechos y derechos consolidados y reconocidos con anterioridad a ella, pues de lo contrario carecería de sentido el “Alcance” fijado en el artículo 1º, expresado de la siguiente forma: “**El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijará el régimen de la asignación de retiro y los reajustes de éstas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública**” (Negrilla fuera de texto original).

La misma ley en el artículo 7º sobre su vigencia en el tiempo, precisa que **rige a partir de la fecha de su promulgación**, habiendo sido promulgada el 30 de diciembre de 2004 en el Diario Oficial 45.777, (época para la cual la asignación de retiro del actor ya

había sido consolidada y reconocida), sin que en ninguna de sus disposiciones estableciera la aplicación retroactiva a los pensionados o personal con asignación de retiro reconocida con anterioridad a ella. De manera que en este caso no se puede hacer decir a la ley y su decreto reglamentario lo que dichas normas no expresan, ni se pueden

hacer elongaciones extrañas y ajenas a su finalidad. Es clara la vigencia a partir de su promulgación. Lo que está regulado por la ley a partir de ella, no se entiende aplicable antes de la misma, salvo que así lo disponga y este no es el caso.

Varias disposiciones de la ley 923 de 2004 dan cuenta de la voluntad clara y expresa del legislador de no aplicar sus previsiones a los miembros de la Fuerza Pública que hubieren obtenido la asignación de retiro o pensión antes de la vigencia de dicha norma, lo mismo que a los beneficiarios de la sustitución de tales prestaciones, pues la mencionada ley v. gr. en el artículo 3º, que señala los elementos mínimos del régimen de asignación de retiro, en el numeral 3.8 preceptúa que *“La sustitución de la pensión será igual a lo que **venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente ley**”* (Negrilla y subrayas fuera de texto original), de lo cual se infiere claramente que los pensionados o con asignación de retiro y los sustitutos con el derecho reconocido antes de la ley 923, no son destinatarios de aplicación del nuevo régimen, ya que su asignación de retiro o pensión *será igual a lo que **venía disfrutando el titular***, y es lógico que así sea porque nadie puede heredar o transmitir un derecho superior al que tenía.

Además, si conforme a la *garantía de los derechos adquiridos*, prevista en el artículo 2º del Decreto 4433 de 2004, expresada en que los miembros de la Fuerza Pública que a la fecha de entrada en vigencia de este Decreto hubieren completado la totalidad de los requisitos para acceder a la asignación de retiro *“conservaran todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios **adquiridos con forme a normas anteriores**”*, con mayor razón se aplican *las normas anteriores* a la ley 923 de 2004 a quienes se les hubiere reconocido la asignación de retiro antes de la vigencia de esta norma jurídica, por no haberse dispuesto su retroactividad.

En conclusión, la ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 no son aplicables al demandante por haber adquirido éste la asignación de retiro antes de la vigencia de tales normas y no ser retroactiva su aplicación.

4.2. Aplicación del Decreto 2863 de 2007.

De acuerdo con lo probado en el proceso, se establece que al señor **EXCELINO RODRIGUEZ** le fue reconocida asignación de retiro mediante la **Resolución N° 1019** de fecha 13 de marzo de 2000, con fundamento en el **Decreto Ley 1211 de 1990**, norma vigente para época en que el accionante adquirió el derecho. Dentro de las partidas se le computó la prima de actividad en un **25%**. Así lo reconoce el demandante en el hecho N° 1 de la demanda (Archivo 01 del Expediente Digital).

Con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro del demandante (que fue en el año 2000), el Gobierno Nacional en uso de sus facultades expidió el **Decreto 2863 de 2007**; dicha disposición señaló que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro 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 **obtenida antes del 1° de julio de 2007**, tendrían 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 Decreto 2863 de 2007 que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 (Decreto que fija los sueldos básicos de los activos).

El citado artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 dispuso 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 1211/90, 68 del Decreto 1212/90 y 38 del Decreto 1214/90. Observa el Despacho que la entidad enjuiciada estableció que al señor **POMPILIO RODRIGUEZ ORTIZ**, la prima de actividad, le fuera reajustada al 37.5% de acuerdo con el Decreto 2863 de 2007.

Por sus 20 años, 4 meses y 20 días de servicio la Caja le tuvo en cuenta para reconocer la asignación de retiro el **25%** de la prima de actividad (fls. 7-9 del Archivo 02 del Expediente Digital) y al realizar la operación matemática de multiplicar **25** (porcentaje de prima de actividad en retiro del servicio) por el **50%** (incremento que indica el Decreto 2863/07), da un 12,5% (porcentaje a incrementar en la prima de servicio) que sumado arroja un total del 37,5% ($25 \times 50\% = 12,5\% + 25 = 37,5$), porcentaje que la entidad reconoció y viene liquidado a partir del 1° de julio de 2007, según lo asegura el mismo demandante. Por lo anterior, no le asiste razón al demandante cuando afirma que el porcentaje de su prima de actividad en su asignación de retiro debió incrementarse en un 41.5%.

En ese sentido la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863/07, de modo tal que antes del mes de julio de 2007 la parte actora tenía una prima de actividad del 25% y a partir de julio de 2007 devenga un porcentaje del 37.5%, por lo tanto, la entidad no adeuda suma alguna al actor.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar. En consecuencia, el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe del demandante. El H. Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”⁸ y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado⁹, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C.G. del P., dan lugar a las costas.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones indicadas en esta providencia.

⁸Sentencia del 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

⁹Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS

JUEZ

DARC

Firmado Por:

Blanca Liliana Poveda Cabezas

Juez

Juzgado Administrativo

016

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:

2d6ec351382df07cff24d909cadc7e71e55261338103991ddob3boe26a6a71b

1

Documento generado en 05/11/2021 12:26:38 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>