



Consejo Superior
de la Judicatura

131

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: TOBIAS PAEZ CORREDOR
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL-
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2017-0226-00

ACTA No. 26 de 2019
AUDIENCIA INICIAL ART. 180 C.P.A.C.A.

En la ciudad de Tunja, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de 2019, siendo las dos y treinta minutos de la tarde (02:30 p.m.), día y hora fijados en la providencia del 28 de enero de 2019, se constituye el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja en cabeza de su juez HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA y en compañía del secretario ad hoc, profesional de despacho, en audiencia para llevar a cabo aquella de que trata el artículo 180 del CPACA, dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO No. 15001-33-33-006-2017-0226-00**, promovido por **TOBIAS PAEZ CORREDOR**, en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**.

Se informa a los asistentes que el orden de la audiencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 180 del C.P.A.C.A., será el siguiente:

1. Verificación de asistentes a la diligencia.
2. Saneamiento del proceso.
3. Resolución de excepciones previas y mixtas.
4. Fijación del litigio.
5. Conciliación.
6. Medidas cautelares
7. Decreto de Pruebas.
8. *Sentencia de Primera Instancia, si se dan los respectivos presupuestos.*

Se advierte a las partes que sus actuaciones procesales deben acatar lo establecido en el artículo 78 del C.G.P., ya que de no observarse sus deberes, se dará aplicación a lo previsto en los artículos 79, 80, 81 y 366 del C.G.P. en concordancia con el artículo 188 del C.P.A.C.A, en caso de que llegasen a proponer excepciones previas, incidentes, recursos o nulidades con mala fe, injustificadamente o de forma temeraria. Lo anterior, conforme a la remisión expresa consagrada en el artículo 306 del C.P.A.C.A.

1. ASISTENTES

En este estado de la diligencia el Despacho concede el uso de la palabra a los asistentes para que indiquen en forma fuerte y clara, su nombre, número de documento de identificación, tarjeta profesional si es el caso y a quien o que entidad representan.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tanja

N.º R. N.º 15007-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

1.1. PARTE DEMANDANTE

- Apoderada: **AVILMA ISABEL CASTRO MARTINEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.550.093, y portadora de la tarjeta profesional No. 57.505 del C.S. de la J. (fls. 105 y 110 vto)

1.2.- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-

- Apoderada: **LILIANA FONSECA SALAMANCA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 33379667, y portadora de la tarjeta profesional 189246 del C.S. de la J. El despacho reconoce la personería jurídica pretendida, al cumplirse con las exigencias legales.

1.3. MINISTERIO PÚBLICO

- **PAOLA ROCIO PEREZ SANCHEZ**, en calidad de Procurado 67 Judicial I Para Asuntos Administrativos.

**Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

INASISTENCIAS Y EXCUSAS

Se deja constancia de la inasistencia del **representante de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado**. No obstante lo anterior, se continúa con el orden de la audiencia, pues su inasistencia no impide la realización de la misma, según lo establecido en el inciso 2º del numeral 2º del artículo 180 C.P.A.C.A.

**Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se pone en conocimiento de las partes como del **Ministerio Publico** que revisado nuevamente el expediente se advierte que éste despacho es competente para conocer del presente asunto (núm. 2º 155 del C.P.A.C.A.), las partes son capaces (art. 159 ídem y 54 C.G.P.) están debidamente representadas (art. 75 C.G.P.) y la demanda se notificó en debida forma (arts. 171 y 199 C.P.A.C.A., modificado por el 612 del C.G.P), además que se cumplen con los demás presupuestos procesales de la acción. No obstante, se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten si advierten vicio o irregularidad alguna que afecte lo actuado hasta esta etapa procesal: Las partes y el ministerio publico refieren que no advierten hasta este momento procesal vicio o irregularidad alguna que deba sanearse.

El Despacho declara saneado el proceso hasta este momento procesal.

**Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión.**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuxtla

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: *Tobías Páez Corredor*

Demandado: *-CREMIL-*

3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

La entidad demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** al contestar la demanda presentó como excepciones las que tituló "**NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**" y "**PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO**" (fls. 75), de las cuales se corrió traslado de conformidad con el artículo 175 del C.P.A.C.A, (fl.108); ahora, después de observarlas en su contenido se advierte que no se enmarcan dentro de ninguna de las que deben resolverse en este estadio procesal, por lo que se absolverán con el fondo del asunto.

En este punto, se precisa que la excepción de "**PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO**" mediante la cual se **solicita declarar la prescripción del derecho**, se fundamenta en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 que contempla **la prescripción de mesadas**. Por lo cual, su resolución se difiere para con el fondo del asunto, pues su viabilidad depende de la prosperidad de las pretensiones.

Así mismo, el Despacho no encontró excepción alguna que deba declarar en este momento procesal el cual sólo está previsto para que el Juez se pronuncie sobre las excepciones taxativamente previstas en el artículo 180 N° 6 del C.P.A.C.A.- *cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.*- y las previas establecidas de forma taxativa enlistadas en el artículo 100 del C.G.P., norma aplicable en virtud de la remisión normativa del artículo 306¹ del C.P.A.C.A.

Lo anterior, sin perjuicio de que en la sentencia se decida sobre cualquier excepción que resulte probada de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados. Estuvieron conformes con la decisión

4. FIJACIÓN DEL LITIGIO

Para fijar el litigio objeto de pronunciamiento futuro de este Despacho, es menester recordar a las partes que el apoderado judicial del señor **TOBIAS PAEZ CORREDOR** en el libelo introductorio presentó las siguientes pretensiones: **(i)** Que se declare la nulidad del acto administrativo Oficio No. **CREMIL 15005 del 04 de marzo de 2016**, proferido por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (**CREMIL**), mediante el cual se negó al actor el Reajuste de su asignación de retiro por concepto de la variación del porcentaje de **la prima de actividad, ordenada por el Gobierno Nacional para los Oficiales y Suboficiales, mediante decreto 2863 de 2007**, en concordancia con el decreto 4433 de 2004; **(ii)** Que como consecuencia de la anterior declaración se ORDENE a la entidad demandada, RELIQUIDAR Y PAGAR la asignación de retiro, por concepto de variación en el cómputo de la Prima de Actividad del 37.5% al 41.5% (esto es, un 4% adicional) a partir de la vigencia del decreto 2863 de 2007 es decir desde el ¹⁰ de julio de 2007, en concordancia con el decreto 4433 de 2004 y la Ley 2° de 1945, en virtud del principio de oscilación consagrado en las normas anteriores, incluyendo esta variación en la liquidación de la asignación de retiro;

¹ **Artículo 306. Aspectos no regulados.** En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobias Páez Carreder

Demandado: -CREMIL-

(iii) Pagar lo dejado de percibir por concepto de no reajustar en debida forma la prima de actividad devengada en la asignación de retiro como partida computable, tal como se solicita en el numeral anterior, hasta la inclusión en nómina; **(iv)** CONDENAR a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, con fundamento en el artículo 192 y siguientes del C. P. A. C. A., y desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago; y **(v)** ORDENAR a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 192 y siguientes del C. P. A. C. A., desde que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.

Ahora bien en relación con los hechos en los que se sustentan las pretensiones de conformidad con lo prevé el numeral 7º del artículo 180 del CPACA se indaga a las partes en relación con los mismos, aclarando que tal pronunciamiento no es una nueva oportunidad para contestar la demanda sino para lograr consensos o identificar disensos.

- **Apoderada de la parte actora:** se ratifica en todos los supuestos facticos y jurídicos señalados en la demanda.
- **Apoderado de la parte demandada:** se ratifica en lo dicho en la contestación de la demanda.
- El Ministerio Publico no realiza manifestación alguna.

-Escuchadas las partes y teniendo en cuenta las respuestas dadas a la demanda por -**CREMIL**- se tiene como hecho sobre el que no existe controversia el 1 (fl. 4), que tiene que ver con que al actor se le reconoció la asignación de retiro mediante resolución No. 091 del 24 de enero de 1985.

Frente a los hechos 2,3,4,5,6 y 7 de acuerdo a lo contestado por la entidad demandada (fl. 67 y 68), **se tienen como no ciertos;** los cuales de forma sucinta hacen referencia a aspectos normativos relacionados con el régimen pensional y de la asignación de retiro de la fuerza pública, sobre el aumento de la prima de actividad para el personal de Oficiales y suboficiales en servicio activo. Sumado a ello, que en virtud del principio de oscilación del Decreto 4433 del 2004 la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerzas militares y de policía que la hubieren obtenido antes del 1º de julio del 2007 tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje que a los activos.

Así mismo, que el actor al momento de entrar en vigencia el Decreto 2863 de 2007 tenía reconocida como prima de actividad el 25% y en virtud a la norma citada la entidad demandada solo le incremento el 12.5 quedando pendiente de ajustar el 4%, **teniendo en cuenta que el aumento para el personal en servicio activo fue del 16.5%**, por lo cual en la actualidad, la demandada le adeuda al demandante el 4% por concepto de prima de actividad, de acuerdo a lo ordenado en el Decreto 2863 de 2007, teniendo en cuenta que en aplicación de la norma solo se aumentó en un 12.5% cuando le correspondía el 16.5%, quedando en desigualdad con las asignaciones del personal de Oficiales y Suboficiales que se encontraba activo al momento de entrada en vigencia la citada norma.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Taxja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

En ese orden de ideas, encuentra el Despacho que donde existe diferencia de criterio entre las partes, es en lo que tiene que ver con el porcentaje que debe incluirse de la prima de actividad en la asignación de retiro del demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior y los aspectos en los que hay diferencias el Despacho pretende resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. *¿Establecer si la entidad demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** ha efectuado en debida forma el pago de la asignación de retiro del demandante, y si ha incluido el porcentaje de la prima de actividad que corresponde de acuerdo a la normatividad legal.*
2. *¿Determinar si es procedente ordenar el reajuste de la asignación de retiro del demandante, por parte de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, en virtud del principio de oscilación, en el sentido de incrementar la partida correspondiente a la prima de actividad en porcentaje del 41.5% -a partir de la vigencia del Decreto 2863 de 2007- o dicho incremento corresponde al 37.5%?*
3. *¿En caso de resultar procedente el reajuste de la asignación de retiro que solicita el demandante, el Juzgado debe Determinar si hay lugar a ordenar su pago, y si operó el fenómeno de la prescripción sobre dichas diferencias?*
4. *¿Si tal reconocimiento implica el ajuste previsto en el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A. (indexación)?*
5. *¿Igualmente, si hay lugar a condena en costas?*

Atendiendo los problemas jurídicos esbozados el litigio que debe desatar el Despacho estriba en determinar si la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** ha cancelado en debida forma al señor **TOBIAS PAEZ CORREDOR** la asignación de retiro.

En caso de ser negativa la respuesta, establecer si hay lugar a ordenar su reliquidación y disponer el pago de las diferencias generadas desde el 1 de julio de 2007 (vigencia del Decreto 2863 de 2007) y hasta la inclusión en nómina.

Igualmente, si la demandada debe cancelar de forma retroactiva e indexada de algún tipo de diferencias de la asignación del demandante.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que se pronuncien sobre la fijación del litigio expuesta por el despacho: **Las partes manifiestan estar conformes.**

**Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobias Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

5. CONCILIACIÓN:

A continuación, se le concede el uso de la palabra a las partes, para que manifiesten si les asiste ánimo conciliatorio, para solucionar sus diferencias en el presente proceso y si el caso fue sometido al Comité de Conciliación de cada una de las entidades.

- **Apoderada -CREMIL-:** En uso de la palabra refiere que el Comité de Conciliación de dicha entidad no propone acuerdo conciliatorio, por considerar que está acorde con la normatividad legal la asignación de retiro del demandante.
- **La apoderada de la parte demandante** señala que en atención a la falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada se debe continuar con el proceso.
- **La representante del ministerio Público** refiere que se debe seguir con el trámite procesal.

Una vez escuchadas las partes, el Despacho declara fracasada esta fase de la audiencia, y en consecuencia se ordena seguir con el trámite establecido para esta audiencia.

**Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

6. MEDIDAS CAUTELARES.

En la presentación de la demanda no se solicitaron medidas cautelares y tampoco durante el trámite de la audiencia, por lo cual no existen medidas por resolver.

**Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.
Estuvieron conformes con la decisión**

7. DECRETO DE PRUEBAS:

7.1. PARTE DEMANDANTE

DOCUMENTALES APORTADAS:

Con el valor probatorio que les confiere la Ley, téngase como pruebas documentales las aportadas con la demanda, relacionadas en el acápite de pruebas y que obran a folios del 13 al 51.

7.2. PARTE DEMANDADA

7.2.1. LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-

DOCUMENTALES:

Con el valor probatorio que les confiere la Ley, téngase como pruebas documentales las aportadas con la contestación de la demanda y que constan de folio 86 al 102 del expediente.

Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuxtla
 N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0226-00
 Demandante: *Tobías Páez Corredor*
 Demandado: *-CREMIL-*

Estuvieron conformes con la decisión

8. PRESCINDIR DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS.

Advierte el Despacho que no existen pruebas por practicar, y las pruebas obrantes en el expediente son suficientes para proferir decisión de fondo, en consecuencia se dará aplicación al inciso final del artículo 179 del C.P.A.C.A., para lo cual se prescinde de la audiencia de pruebas, se procede a escuchar los alegatos de conclusión de las partes asistentes y seguidamente se dictara la sentencia que en derecho corresponda.

**Las partes y el Ministerio Publico quedaron notificados en estrados.
 Estuvieron conformes con la decisión**

9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión:

-Apoderada de la parte actora: Hace uso de la palabra y solicita que se acceda a lo pretendido en la demanda (de Minuto 31;55 a Minuto 33;38)

-Apoderado de la parte demandada -CREMIL-: solicita negar las pretensiones de la demanda (de Minuto 33;42 a Minuto 34:50)

-La delegada del Ministerio Publico: señala que en el presente asunto de acuerdo a la normatividad se debe acceder a lo pretendido en la demanda. (De Minuto 34;52 a Minuto 43;46)

10. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Escuchados los alegatos presentados por la partes, de conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

10.1. Presentación del caso y planteamiento de los problemas a resolver

Conforme se expuso en la fijación del litigio los problemas jurídicos que deben resolverse son los siguientes:

1. *¿Establecer si la entidad demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** ha efectuado en debida forma el pago de la asignación de retiro del demandante, y si ha incluido el porcentaje de la prima de actividad que corresponde de acuerdo a la normatividad legal.?*
1. *¿Determinar si es procedente ordenar el reajuste de la asignación de retiro del demandante, por parte de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, en virtud del principio de oscilación, en el sentido de incrementar la partida correspondiente a la prima de actividad en porcentaje del 41.5% -a partir de la vigencia del Decreto 2863 de 2007- o dicho incremento corresponde al 37.5%?*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

2. *¿En caso de resultar procedente el reajuste de la asignación de retiro que solicita el demandante, el Juzgado debe Determinar si hay lugar a ordenar su pago, y si operó el fenómeno de la prescripción sobre dichas diferencias?*
3. *¿Si tal reconocimiento implica el ajuste previsto en el inciso 4 del artículo 187 del C.P.A.C.A. (indexación)?*
4. *¿Igualmente, si hay lugar a condena en costas?*

Para resolver los problemas jurídicos planteados el Despacho resolverá los siguientes ítems: **(i)** El Marco Jurídico de la prima de actividad, **(ii)** Del incremento de la prima de actividad consagrado en el Decreto 2863 de 2007, **(iii)** Del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública, y **(iv)** El caso concreto.

10.2. Marco Jurídico de la prima de actividad.

Sobre los antecedentes de la prima de actividad, tenemos que fue creada por la Ley 131 de 1961 a favor del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo y del personal civil al servicio de las Fuerzas Militares, con exclusión del personal de la Justicia Penal Militar. Allí se estipuló que dicha prima no era computable para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales.

Posteriormente se dictó el Decreto N.º 089 de 1984, "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", en este se consagró el reconocimiento de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, equivalente al 33% del sueldo básico, así:

"ARTICULO 80. 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."

En este mismo Decreto se consagró la prima de actividad como partida computable para la asignación de retiro y demás prestaciones sociales a que tuvieran derecho los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 158. LIQUIDACION 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 sobre las siguientes partidas así:

- a) **CESANTIA Y DEMAS PRESTACIONES UNITARIAS, sobre:**
(...)
- b) **ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES, sobre:**

Sueldo básico.

Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

Prima de antigüedad.

Prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este Estatuto.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja

N.º R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandada: -CREMIL-

Doceava 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, liquidado conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este Estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales." (Negrillas del despacho)

Respecto a la forma en que debía computarse dicha prima de actividad en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares el artículo 152 de esa misma codificación consagró:

"ARTÍCULO 152. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. *A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se 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%)"

De acuerdo con lo anterior, el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que adquiriera el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con posterioridad a la expedición del Decreto 089 de 1984, "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", tendrían derecho a que se computara la prima de actividad que devengaban en actividad, en los porcentajes establecidos en el artículo 152 de dicho decreto.

Posteriormente, el Decreto 095 de 1989 y el Decreto 1112 de 1990 reformaron el estatuto personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dejando incólume el porcentaje que por prima de actividad devengaba el personal en servicio activo, esto es el 33%, y el porcentaje en que la devengaría el personal retirado como partida computable en la asignación de retiro, obedeciendo al tiempo servicio.

10.3. Del incremento de la prima de actividad consagrado en el Decreto 2863 de 2007:

En el año 2007 se expidió el Decreto 1515 que en su artículo 32 dispuso incrementar la prima de actividad, artículo que fue modificado por el artículo 2º del Decreto 2863 del mismo año, en los siguientes términos:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuxtla

N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

"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"(Negrilla del despacho)

Así, al verificar los artículos de los decretos que menciona esta norma, se logra determinar que quienes tiene derecho al incremento del 50% en la prima de actividad es el personal activo de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares² y de la Policía Nacional³ y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional⁴.

Ahora bien, el artículo 4º de este mismo decreto consagró:

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."

Así las cosas, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en servicio activo sería incrementado en un 50%, y, conforme al artículo 4º de esta misma norma, en virtud del principio de oscilación, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro también tiene derecho al incremento en el mismo porcentaje en que se haya ajustado la del activo correspondiente.

10.4. Del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública.

Respecto del principio de oscilación de los miembros de la Fuerza Pública tenemos, que fue definido por el artículo 153 del Decreto 2063 de 1984, sin embargo hoy en día se encuentra consagrado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004⁵, actual estatuto que contiene el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, según el cual el **principio de oscilación** hace referencia a que en el mismo porcentaje en que se incremente la asignación básica para los **miembros activos** se

² **Decreto 1211 de 1990. Artículo 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

³ **Decreto 1212 de 1990. Artículo 68. Prima de actividad.** Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, 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

⁴ **Decreto 1214 de 1990. Artículo 38. Prima de actividad.** Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.

⁵ **Decreto 4433 de 2004, ARTÍCULO 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.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuxtla

N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: *Tobías Páez Corredor*

Demandado: *-CREMIL-*

empleará para las asignaciones de retiro y pensiones, es decir, que las asignaciones de retiro se reajustarán en la misma proporción en que se incrementan los sueldos del **personal activo** de la fuerza pública.

11. Caso Concreto.

El apoderado de la parte actora arguye que la entidad accionada aplicó indebidamente el Decreto 2863 de 2007, pues realizó un aumento de la prima de actividad que no corresponde al mandato de la norma, ya que lo efectuó en un 50% del porcentaje que venía devengando a la entrada en vigencia del decreto (25%), cuando en realidad el aumento debió hacerse en el mismo porcentaje del personal activo, es decir se debió aumentar en un 50% del 33⁶% que es lo devengado por el personal activo, esto es el 16.5%, y no el 12.5% como se concedió.

Por su parte, la entidad accionada se opuso a todas las pretensiones, argumentando que el demandante fue retirado de actividad militar por el Decreto 0091 del 24 de enero de 1985, por llamamiento a calificar servicios, al acreditar un tiempo total de servicio de 20 años, 6 meses y 9 días, y con fundamento en ello le reconoció el 25% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro de acuerdo al artículo 152 de la Ley 89 de 1984. Pues, la asignación del demandante se consolidó bajo las normas atrás señaladas, no resultando factible dar aplicación de normas posteriores bajo el argumento de la aplicación del principio de oscilación por violar el principio de irretroactividad, el concepto de derecho adquirido, la firmeza de los actos administrativos, y el principio de legalidad, generando un trato discriminatorio y desigual en los demás miembros de las fuerzas militares, como quiera que se tomaría lo más favorable de cada uno de los regímenes vigentes.

En este sentido, expresa que el demandante venía devengando 25% por prima de actividad, hasta la expedición del decreto 2863 de 2007, con el cual se incrementó dicho porcentaje en un 50% quedando este en 37.5 haciéndose efectivo a partir de julio de 2007. Así mismo, menciona que con la expedición del Decreto 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, no se entró a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

Ahora bien, dentro del proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- ⊕ Que el accionante prestó sus servicios a las Fuerzas Militares como Sub-Oficial del Ejército Nacional. (fls. 13 y 21)
- ⊕ Que el accionante devengó en servicio activo, entre otros haberes, la prima de actividad en un porcentaje del 25% de la asignación básica. (14)
- ⊕ Que mediante Resolución N.º 0091 del 24 de enero de 1985, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante, efectiva a partir del 16.º de diciembre de 1984, equivalente al 70% del sueldo de actividad y partidas legalmente computables. (Fls. 86 vto y 87)

⁶ Fl. 6

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tarma

Nº y R. Nº 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: *Tobías Páez Corredor*

Demandado: *-CREMIL-*

- ⊕ Que dentro de las partidas computables para la asignación de retiro del accionante, la entidad accionada tuvo en cuenta la prima de actividad en un 25%, en atención a que prestó sus servicios por más de 20 años y menos de 25 años; pues el señor **TOBIÁS PÁEZ CORREDOR** presto sus servicios por 20 años, 06 meses y 9 días. (fls. 4 y 86 vto.)
- ⊕ Que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares incrementó el porcentaje de la prima de actividad del accionante del 25.% al 37.50% con efectos a partir del 01 de julio de 2007. (fl. 14 y 26)
- ⊕ Que mediante derecho de petición radicado el día 24 de febrero de 2016, el accionante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars, el incremento del porcentaje de la prima de actividad al 49.5% sobre la asignación básica. (fls. 17 y 98 vto)
- ⊕ Que mediante Oficio **CREMIL 15005** del 4 de marzo de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars resolvió desfavorablemente la petición anteriormente mencionada. (fl. 13 y 14)

En orden a resolver el asunto sometido a consideración de este Juzgado, en primer lugar debe decir el Despacho que de conformidad con la jurisprudencia emanada por el Consejo de Estado- **la prima de actividad de los miembros de las Fuerzas Militares se liquida y paga según el porcentaje de la norma vigente al momento en que el actor causó el derecho a la asignación de retiro**⁷, pues el **régimen** de la asignación de retiro aplicable a un miembro de la fuerza pública, **se determina según el momento en que se efectúe el retiro.**⁸

Así las cosas, y como quiera que el accionante, causó su derecho a la asignación de retiro en vigencia del Decreto Nº 089 de 1984, "*Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*", encuentra el Despacho que la prima de actividad fue

⁷ Textualmente indico el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo: "*La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo. El demandante se retiró del servicio activo mediante Resolución No. 016 de 1989, con un tiempo de servicio de 21 años 19 días, según Hoja de Servicios Militares No. 144 EJC., expedida el 6 de marzo de 1989, como hace constar el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*"

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 095 de 1989, debido a en que la fecha de retiro del actor, 30 de abril de 1989, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 666 de 10 de abril de 1989". (Negrilla y Subraya del Despacho) (Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ, 26 de marzo de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07))

⁸ Así, lo ha manifestado el H. Consejo de Estado en numerosos pronunciamientos, y para el tema objeto de controversia lo dio a entender en sentencia de 16 de abril de 2009, Consejera Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07), cuando dijo: "*... el Decreto 1212 de 1990, Estatuto que empezó a regir el día de su publicación en el Diario Oficial, ello es, el 8 de junio de 1990 y la demandante fue retirada del servicio el 15 de mayo de 1990, lo que significa que dicha preceptiva no era aplicable al sub lite ya que no había empezado a regir.*"

En estas condiciones la Sala, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, resolverá la controversia en aplicación del Decreto 0096 de 1989, vigente para la época de los hechos, por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional." (Negrilla fuera de texto)

En Concordante con lo anterior, en sentencia C- 924 de 2005 precisó la Corte lo siguiente al referirse a la Ley 923 de 2004: "*... El momento en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable. Se trata, por consiguiente, de conjuntos de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente. Quienes con anterioridad a la promulgación de la Ley 923 de 2004 hubiesen perdido parcialmente su capacidad laboral por actos de misión del servicio o en simple actividad, tenían, para el momento en el que la nueva ley empezó a regir, una situación jurídica consolidada, la cual no puede verse afectada por leyes posteriores. En principio ello significa que tal situación no puede ser desconocida ni desmejorada por la nueva normatividad, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos (...)" (Resalta el Despacho)*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja

N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: *Tobías Páez Corredor*

Demandado: *-CREMIL-*

computada en la asignación de retiro en el porcentaje establecido en dicho estatuto de conformidad con el tiempo de servicio que presto el accionante, esto es en un 25%, en atención a que prestó sus servicios por 20 años, 06 meses y 9 días (fls.13,14 y 86 vto).

Ahora bien, -como se expuso en acápite anteriores- en el año 2007, se expidió el Decreto 2863, el cual en su artículo 2º estableció un incremento en el porcentaje de la prima de actividad de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en servicio activo en un 50%⁹, y, el artículo 4º de esta misma norma, consagró que **-en virtud del principio de oscilación-** los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro también tendrían derecho al incremento en el mismo porcentaje en que se haya ajustado a los de servicio activo.

Lo anterior, toda vez que el Principio de Oscilación, establecido para los miembros de la fuerza pública, hace referencia a que en el mismo porcentaje en que se incrementa la asignación básica para los **miembros activos** se empleará para las asignaciones de retiro y pensiones, es decir, se reajustarán en la misma proporción en que se incrementan los sueldos del **personal activo** de la fuerza pública.

Así las cosas, encuentra el Despacho que en el presente caso la entidad accionada desconoció el Principio de Oscilación establecido para los miembros de la fuerza pública, pues el Decreto 2863 de 2007, en su artículo 2º, **reconoció una incremento en la prima de actividad a los Oficiales de las Fuerzas Militares,** el cual -en aplicación del principio en mención- debe reconocerse en el mismo porcentaje **para las asignaciones de retiro del mismo personal,** tal como lo estableció el artículo 4º del mismo decreto.

En este sentido, y teniendo en cuenta que -conforme al artículo 84 del Decreto 1211 de 1990- los Oficiales de las Fuerzas Militares que se encuentren en servicio activo devengan como prima de actividad el 33% del sueldo básico, el incremento de que trata el Decreto 2863 de 2007 sobre dicha partida para el personal retirado corresponde al 16.5%.

En ese orden, al demandante la entidad le viene reconociendo un total del 37.5% de la asignación básica como prima de actividad y le corresponde es el 41.5%, por lo cual debe señalarse que le hace falta una diferencia del 4% en la prima de actividad para que la liquidación se ajuste a las previsiones del Decreto 2863 de 2007.

En consecuencia, se reitera al demandante se le debió incrementar el porcentaje que por prima de actividad devengaba en la asignación de retiro al 41.5% y no el 37.5%, pues con anterioridad a la expedición del Decreto 2863 de 2007 el accionante venía devengando la prima de actividad en un 25% del sueldo básico, porcentaje al cual se le debe adicionar el incremento anteriormente mencionado del 16.5%, sumatoria que nos arroja un total de 41.5%, pues -se insiste- el incremento del 50% de que trata el artículo en cita recayó sobre el porcentaje que por prima de actividad devengaba el personal activo de Oficiales de las Fuerzas Militares y -en aplicación del principio de oscilación- igual incremento se consagró para el personal retirado.

⁹ En este punto, es del caso señalar que si bien el incremento del Decreto 2863 de 2007 recayó sobre la prima de actividad consagrada en los Decretos 1212, 1214 y 1211 de 1990, lo cierto es que este último decreto deroga el Decreto 095 de 1989, el cual a su vez deroga el Decreto N° 089 de 1984, con el cual el accionante causó su derecho a la asignación de retiro.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: *Tobías Páez Corredor*

Demandado: *-CREMIL-*

Frente a esta interpretación, el Tribunal Administrativo de Boyacá entre otras, en providencia del 23 de mayo de 2016¹⁰ indicó lo siguiente:

"(...) entiéndase que el incremento de la prima de actividad para efectos de computar la asignación de retiro, en todo caso corresponde al 16.5% que es la mitad del 33% establecido en el artículo 84 de Decreto 1211 de 1990 devengado por el personal activo, como quiera que el Decreto 2863 de 2007 al establecer este aumento no condicionó su aplicación al tiempo de servicio prestado por el ex servidor, como si se estableció para el resto de prestaciones sociales.

(...)

*A criterio de la Sala **la entidad demandada aplico erróneamente lo establecido en el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, pues cuando dicha disposición hace referencia al incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro en un porcentaje del 50% no es frente al que ya viene siendo reconocido sino sobre el porcentaje que sobre este factor devenga el personal activo, es decir el 33% de cuya operación aritmética resulta un 16.5%**, más cuando dicho precepto no condicionó su aplicación al tiempo de servicio prestado."*

Sumado a lo anterior, en providencia del 23 de junio de 2015 dicha Corporación refirió:

*"(...) como quiera que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 establecía que los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrían derecho a una prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33) del respectivo sueldo básico; en virtud del principio de oscilación, el reajuste de la prima de actividad reconocida en la pensión del actor, debe hacerse tomando como base el mencionado porcentaje**, bajo el cual le fue ajustada la citada partida a quienes se encuentra en servicio activo. En consecuencia, al aplicar el 50% que establecía el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, el antedicho 33%, nos arroja el 16.5%, porcentaje que al ser sumado con el 25% que le fue reconocido en la asignación de retiro por concepto de prima de actividad, nos da como resultado el **41.5%**, siendo este el porcentaje con el que se debe reajustar la prima de actividad reconocida en la pensión de beneficiarios de la actora, a partir del 1º de julio de 2007, y no el 37.5% como lo ha venido haciendo la entidad demandada, (...)"¹¹ **Negrilla fuera del texto***

Los anteriores lineamientos jurisprudenciales, han sido reiterados en diferentes sentencias¹² del Tribunal Administrativo de Boyacá, como la del 11 de diciembre del 2018¹³ en la cual se señaló;

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N.º 2, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana, Expediente N.º 150013333-005-2013-00195-01

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N.º 4, Magistrado Ponente: Félix Alberto Rodríguez Riveros, Expediente N.º 150013333-004-2013-00172-01

¹² **Sentencia del 9 de marzo del 2015** del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 1- Rad. 15001333300520130013901-M.P. **Fabio Iván Afanador García**; **Sentencia del 21 de febrero del 2018** del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 2- Rad. 15001333300220160003001-M.P. **Luis Ernesto Arciniegas Triana**; **Sentencia del 25 de enero del 2018** del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 5- Rad. 15238333300120160006001-M.P. **Oscar Alfonso Granados Naranjo**; **Sentencia del 28 de noviembre del 2018** del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 5- Rad. 15759333300220170013201-M.P. **Oscar Alfonso Granados Naranjo**; **Sentencia del 28 de noviembre del 2018** del Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 5- Rad. 15001333300720140014101-M.P. **Oscar Alfonso Granados Naranjo**

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá, en ese sentido **en providencia del 11 de diciembre del 2018** el Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 1- Rad. 150013333013201600062-01-M.P. **Fabio Iván Afanador García**

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja

N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

"(...) En sentir de la Sala, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional aplicó equivocadamente el contenido normativo del inciso segundo del artículo 2 del Decreto 2863, cuando lo correcto era, para el caso concreto del actor, lo dispuesto en el artículo 4º del mismo Decreto. **Como ya se dijo, no es viable proceder al reajuste de la prima de actividad atendiendo el tiempo de servicio, como en la práctica sucedió, sino en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º. Lo anterior, con fundamento en el principio de oscilación y porque precisamente la norma excluyó ese proceder tratándose del Personal con asignación de retiro o pensión.**

Por lo expuesto, en el Caso que ocupa la atención de la Sala, el demandante tiene derecho a que se le reconozca un ajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, esto es, en un 16.5%, el cual surge de calcular el 5% del 33%.

Teniendo en cuenta que según lo probado en el proceso, la prima de actividad se le adicionó en un 12.5%, y por tanto, desde el 1 de julio de 2007 se le canceló por ese concepto el 37.5%, la Sala confirmara la sentencia de primer grado que acogió las súplicas de la demanda promovida por el señor Bernardo Cely Montañez contra la Caja Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al encontrar que el acto acusado está viciado de nulidad, en la medida en que CASUR liquidó inadecuadamente el porcentaje correspondiente por prima de actividad dentro de la asignación de retiro del demandante, pues debió calcular dicha partida sobre el 41.5% y no el 37.5% como en efecto lo hizo. (...)"

En conclusión señala el Despacho que **se declarará la nulidad del Oficio CREMIL 15005 de fecha 4 de marzo del 2016 (Fl. 3 y13)**, pues –de conformidad con el Decreto 2863 de 2007- a la parte demandante le asistía el derecho al incremento de la partida correspondiente a la prima de actividad en la asignación de retiro en porcentaje del 41.5% y no del 37.5% como lo considero la entidad accionada.

En este punto precisa el Despacho que la nulidad del acto demandado no implica el reconocimiento automático de lo solicitado por el accionante, pues en la petición elevada el 24 de febrero del 2016 solicita el reajuste de su asignación de retiro incrementando el porcentaje de la prima de actividad en un 49.5 % (fl.17), y lo procedente es reajustar el porcentaje de la prima de actividad en un 41.5%, (esto es, un 4% adicional al 37.5% que ha estado reconociendo la entidad). Concluyéndose que el restablecimiento del derecho se realizará en el porcentaje que legalmente corresponde.

12. De la prescripción.

En relación a la **EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN**, la entidad demandada indica que en caso de que el accionante tuviera derecho a lo pretendido, no hay lugar a su reconocimiento, teniendo en cuenta que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo cual solicita declarar su prescripción.

En este punto debe señalarse que de tiempo atrás el Consejo de Estado¹⁴ acogió la tesis de que los derechos salariales y prestacionales de los miembros de las fuerzas militares y

¹⁴ La jurisprudencia del Consejo de Estado presentó dos tesis frente a la aplicación de prescripción en las mesadas pensionales de la asignación de retiro; la primera acogió la prescripción de 3 años consagrada en el Decreto 4433 de 2004, aclarando que solo era aplicable a los derechos prestacionales causados con posterioridad al año 2004 dado los efectos

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

de policía tienen un término prescriptivo cuatrienal, en razón del principio de favorabilidad, postura que es compartida por este Despacho y que se aplicara en el presente asunto.

En ese orden, debe decir el Despacho que el ordenamiento jurídico en los artículos 10¹⁵ y 174¹⁶ de los Decretos 2728 de 1968¹⁷ y 1211 de 1990,¹⁸ regula la prescripción estableciendo un término cuatrienal. Por lo cual, en el caso bajo examen se observa que el accionante radicó el derecho de petición tendiente a obtener el reajuste de su asignación de retiro incrementando el porcentaje de la prima de actividad el día **24 de febrero del 2016 (fl. 15)**, en razón a ello, quedan prescritas las mesadas ocasionadas con anterioridad al 24 de febrero del 2012. Por lo cual, se ordenará el reajuste de la asignación del accionante, con efectos fiscales **a partir del 24 de febrero del 2012**.

Sumado a lo anterior la parte demandada propuso como excepción la que denominó "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares", como sustento refiere que las actuaciones adelantadas por dicha entidad se ajustaron a las normas aplicables, no enmarcándose en ninguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 137 del C.P.A.C.A., de acuerdo a lo expuesto en precedencia dicha excepción no puede prosperar pues aplicó la normatividad legal vigente pero le dio una interpretación errada, por lo cual se determinó que hay lugar a la expulsión del ordenamiento jurídico del acto demandado.

13. Aportes a Seguridad Social: Finalmente, es del caso resaltar que sobre el reajuste ordenado se ordena realizar los descuentos respectivos por aportes a seguridad social, siempre y cuando no se hayan efectuado dichas deducciones.¹⁹

14. El ajuste al valor: La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación de la asignación de retiro, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice

irretroactivos de las normas (providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia del 04 de marzo de 2010, expediente N° 25000-23-25-000-00240-01 (0474-09)); la segunda tesis considero que el Presidente de la Republica –en el Decreto 4433 de 2004- excedió los términos de la ley so pretexto de reglamentarla, por lo cual optó por seguir aplicando la prescripción de 4 años del Decreto 1211 de 1990 (providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del 04 de febrero de 2010, expediente N° 25000-23-25-000-2007-01212-01 (1238-09))

¹⁵ "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."

¹⁶ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹⁷ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

¹⁸ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

¹⁹ Sentencia del 26 de julio del 2018 Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala de Decisión No. 3 Expediente: 15238 3333 001 2017 00026-01; M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00
 Demandante: Tobías Páez Corredor
 Demandado: -CREMIL-

final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

15. Los intereses: la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"** pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

16. El cumplimiento de la decisión judicial: La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

17. Costas.

Respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente (*pues prosperó de forma parcial la excepción de prescripción*), el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5º del artículo 365 del CGP.

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

F A L L A

Primero. – Declarar la prosperidad de la excepción de PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO, frente a los derechos causados con anterioridad al día veinticuatro (24) de febrero del año dos mil doce (2012) de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- DECLARAR no probada la excepción denominada "**NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**", propuesta por el apoderado de la entidad demandada, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Declarar la nulidad del Oficio CREMIL 15005 del 4 de marzo del 2016 (Fl. 13), expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, por medio del cual se negó la solicitud de reajuste de la prima de actividad en la asignación de retiro presentada por el señor **TOBIÁS PÁEZ CORREDOR**, SV (RA) del Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tarma

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

Cuarto.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- reajustar la Asignación de Retiro del señor **TOBIÁS PÁEZ CORREDOR**, SV (RA) del Ejército Nacional, incrementando la partida correspondiente a la prima de actividad en porcentaje del 41.5% (esto es, un 4% adicional al 37.5% que ha estado reconociendo la entidad) y pague las diferencias causadas, con efectos fiscales a partir del **24 de febrero del año 2012**, dado el efecto prescriptivo, teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia.

Quinto.- Del valor total liquidado a favor del demandante, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** deberá **DESCONTAR**, las sumas correspondientes a aportes al Sistema de Seguridad Social.

Sexto.- Condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar la indexación de las sumas adeudadas, de conformidad con las previsiones del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., a efectos de que ésta pague su valor actualizado, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemáticas financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Septimo.- Denegar las demás pretensiones de la demanda

Octavo.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011

Noveno.- Abstenerse de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del C.G.P.

Decimo.- En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

Décimo Primero.- Por Secretaría y una vez adquiriera firmeza la presente providencia expídase copia auténtica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandante.

Décimo Segundo.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Las partes y el Ministerio Público quedaron notificados en estrados.

La parte demandante y el Ministerio Público estuvieron conformes con la decisión

La parte demandada refiere que interpondrá el recurso de apelación en los términos del CPACA.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tarma

N.º y R. N.º 15001-33-33-006-2017-0226-00

Demandante: Tobías Páez Corredor

Demandado: -CREMIL-

El Despacho indica que una vez interpuesto se seguirá el procedimiento que establece el CPACA.

10. CONTROL DE LEGALIDAD

En concordancia con el artículo 207 del C.P.A.C.A., el Despacho **NO** advierte la existencia de alguna irregularidad o vicios que acarreen nulidades de lo actuado hasta esta etapa procesal. No obstante lo anterior se concede el uso de la palabra a las partes para que se manifiesten al respecto: Quienes no advierten vicio o irregularidad hasta este momento procesal.

El Despacho declara saneado el proceso.

Las partes quedan notificadas en estrados.

Las partes y el Ministerio Público Estuvieron conformes con la decisión

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 3:53 pm y se firma por quienes intervinieron en ella.

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA

Juez

PAOLA ROCIO PÉREZ SANCHEZ

Representante del Ministerio Público

AVILMA ISABEL CASTRO MARTINEZ

Apoderada Parte demandante

LILIANA FONSECA SALAMANCA

Apoderada -CREMIL-

PABLO JOSE ARIAS PAEZ

Secretario Ad-Hoc