



Consejo Superior
de la Judicatura

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, nueve (09) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).-

Radicación No. 15001-33-33-007-2014-00141-00
Demandante: ROSA MARIA PINZON MANRIQUE
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría del 12 de Agosto de 2016¹, a efectos de dictar sentencia, toda vez que se reúnen los presupuestos procesales y no hay presencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado.

I. SINTESIS DE LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES²

ROSA MARIA PINZON MANRIQUE mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho³, solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 64991 del 20 de diciembre de 2012**, por medio del cual se le negó el reconocimiento, reliquidación y pago del reajuste de la asignación de retiro, en virtud de la reliquidación y reajuste de la prima de actividad.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho solicitó: (i) Se ordene a la entidad demandada reliquidar, reajustar y pagar la asignación de retiro de la actora conforme a la prima de actividad del 30% al 49.5% desde el 27 de julio de 2007; (ii) Se condene a la entidad demandada a cancelar las actualizaciones dinerarias consecuentes con la variación del IPC desde el 27 de julio de 2007; (iii) Se ordene reajustar e indexar en la asignación de retiro y demás prestaciones sociales de la actora, la prima de actividad con el mayor porcentaje legal y en forma permanente desde el 27 de julio de 2007; (iv). Se condene al pago de

¹ Informe visto a folio 150 del expediente.

² Folio 17 - 18 del expediente

³ Previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.

intereses moratorios sobre las sumas que se reconozcan con ocasión de la sentencia; (v). Se disponga el cumplimiento de la sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 187, 188, 189 y 192 del C.P.A.C.A; y (vi). Condenar en costas.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS⁴:

Manifiesta el apoderado judicial de la demandante que se le reconoció asignación de retiro a señor JAIME AUDORO COLMENARES NIETO, pensión que luego fue sustituida a la señora ROSA MARIA PINZON MANRIQUE a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", teniendo como computo la partida de PRIMA DE ACTIVIDAD en un 20%.

Por lo anterior, solicita el reajuste y pago de la prima de actividad en un 50% del sueldo básico a partir del primero de julio de 2007, conforme lo establecen los Decretos 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010 y 14050 de 2011, petición que fue resuelta de manera negativa, quedando en firme toda vez que no se ejerció ningún recurso contra la decisión de la entidad.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El apoderado de la demandante indicó que la Entidad demandada vulneró los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 46, 48 y 53 de la Constitución Política 2 y 4 del decreto 2863 de 2007, artículo 31 del decreto 673 de 2008, artículo 30 del decreto 737 de 2009, artículo 30 del decreto 1050 de 2011, artículo 1 de la ley 4 de 1992.

Señala que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL – desconoce la Constitución y la Ley al no reconocer y pagar el 50% de la prima de actividad a partir del 1 de julio de 2007 y en especial lo preceptuado en los decretos 2863 de 2007, arts. 2 y 4 por falta de aplicación e indebida aplicación por cuanto debió reajustar la prima de actividad en el mismo monto y proporción en que ajustó al activo correspondiente (50%). Lo anterior resulta en una violación al derecho a la igualdad de la demandante como quiera que este principio es objetivo y no formal, de conformidad con las sentencias de la Corte Constitucional que soportan su tesis.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. La demanda fue radicada el 07 de julio de 2014⁵; la cual fue admitida mediante auto de fecha 26 de marzo del año 2015⁶.

2. Dentro del término de traslado⁷ la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, mediante apoderado judicial, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

⁴ Folios 18 – 19 del expediente.

⁵ Folio 50 del expediente

⁶ Folios 59 – 62 del expediente

3. El 21 de enero de 2016, se realizó audiencia inicial⁸ en cumplimiento del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, hasta la etapa probatoria, momento en el cual se reconocen como pruebas los documentos aportados con la demanda y se decreta una documental de oficio.

4. El 26 de julio de 2016 se realizó audiencia de pruebas⁹, en la cual se incorporaron las decretadas y se declaró precluida esta etapa procesal; posteriormente se ordenó la presentación de alegatos por escrito en cumplimiento de las previsiones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰.

5. Dentro del término concedido para alegar de conclusión, ninguna de las partes se pronunció al respecto. Finalmente el expediente ingresó al despacho para desatar de fondo el asunto¹¹.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

Dentro del término para contestar la demanda, la parte presentó escrito en donde manifiesta como razones de defensa que La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al accionante su asignación de retiro encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990 y de conformidad con su hoja de servicios.

Con fundamento al tiempo de servicios acreditado, la entidad le reconoció el 20% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su pensión de sobrevivientes, sin embargo, con la expedición del decreto 2863 de 2007 se le incrementó al 30%, de conformidad con el tiempo de servicios que se acredita, por lo cual la presente demanda carece de fundamento y de objeto y lo que se evidencia es una mala interpretación del mismo y por lo tanto no le asiste razón al demandante para solicitar la nulidad del acto acusado por cuanto pretende se le reajuste su asignación de retiro con fundamento en normas que no le son aplicables lo cual resulta improcedente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa procesal ninguna de las partes realizó pronunciamiento alguno que deba tenerse en cuenta para desatar de fondo el presente asunto.

⁷ Según constancia secretarial visible a folio 70 del expediente el término de traslado de la demanda venció el 20 de agosto de 2015.

⁸ Folios 129 - 131 del expediente.

⁹ Folios 147 - 148 del expediente.

¹⁰ Inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro de los diez días siguientes a la realización de dicha audiencia.

¹¹ Folio 150 del expediente.

4. CONSIDERACIONES

4.1. EXCEPCIONES

Procede el Despacho a resolver la excepción propuesta por el apoderado de la entidad demandada, la cual denominó "**Cosa Juzgada**", sustentada en los siguientes términos:

Señala que la demandante ya había presentado una demanda de nulidad y restablecimiento solicitando el reconocimiento y pago de la prima de actividad, proceso que cursó en el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, dentro del cual se negaron las pretensiones de la demanda en sentencia del 15 de julio de 2011, configurando así la cosa juzgada sobre las pretensiones de la actual acción.

Por lo anterior solicita se declare prospera la excepción y se termine el proceso, sustentando la misma en sentencia citada del Juzgado 28 Administrativo del Circuito de Bogotá.

Para resolver la anterior excepción, procede este estrado judicial a efectuar las siguientes consideraciones:

5.1.1. De la procedencia de la cosa juzgada.

El Honorable Consejo de Estado ha expresado que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable.

También ha señalado que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o, que otro juez, en un proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos. Así mismo ha sostenido que el elemento material de la cosa juzgada tiene relación con la intangibilidad de la sentencia, en el entendido que se tiene por cierto que el juez de conocimiento se ocupó de la relación objeto de la contienda y que la decisión la adoptó respetando las formas propias del juicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado ha desarrollado la figura de la cosa juzgada y para ello ha establecido los requisitos con los cuales, dicha excepción se configura en un proceso contencioso administrativo. Al efecto viene a ser oportuno recordar lo señalado por el alto tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto a la cosa juzgada, que en sentencia del 19 de octubre de 2007, siendo Consejero Ponente Enrique Gil Botero, indicó:

"Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada en los artículos 332 del C.P.C. y 175 del C.C.A., en los

cuales se contienen los elementos formales y materiales para su configuración. El formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, **o en otro en el que se debata la misma causa petendi y fundamentos jurídicos**, lo anterior, para garantizar la estabilidad y la seguridad propia de la esencia del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que esta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.

Para que se configure la cosa juzgada, es necesario analizar los requisitos concurrentes establecidos en ambos códigos, a saber: **i) que los procesos versen sobre el mismo objeto, ii) que tengan la misma causa y, iii) que exista identidad jurídica de partes.**

Al respecto, esta Sala ha precisado lo siguiente¹²:

"Es claro que si se trata exactamente de las mismas partes que actuaron en el proceso anterior y que actúan en el nuevo, entonces sin duda se cumple este requisito, pese a que la norma lo que exige es la "identidad jurídica de partes", lo que denota que físicamente no tienen que ser necesariamente las mismas personas. No se trata, pues, de una identidad física, sino jurídica. **Para la Sala el objeto del proceso radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el petitum de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial.** En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso. La identidad de causa se refiere a que las razones fácticas por las cuales se demanda sean las mismas. De manera que cuando la causa de la demanda es la misma, se configura este tercer supuesto de la cosa juzgada. De no ser exactamente así, el proceso es diferente y no se configura esta institución procesal"¹³. (Negrita por parte del Despacho).

En pronunciamiento más reciente y siguiendo la misma línea señaló:

"Esta Sala ha expresado que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante,

¹² Sentencia, Sección Tercera del Consejo de Estado de 10 de noviembre de 2005. Expediente 14109.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, Magistrado Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, expediente 29273A.

*obligatorio y, por lo tanto, de inmutable... De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de partes*¹⁴.

De conformidad con la jurisprudencia citada, es posible deducir que lo que busca la figura exceptiva de Cosa Juzgada es que la jurisdicción se pronuncie nuevamente sobre a un tema que ya fue resuelto de fondo con anterioridad.

Así las cosas, para que proceda la declaratoria de la cosa juzgada, es necesario que concurren tres elementos a saber:

- ***i) que los procesos versen sobre el mismo objeto***, esto es, lo referente a la identidad del bien jurídico que se encuentra en disputa; para verificar tal situación no sólo se deben analizar las pretensiones o declaraciones que se reclamen en los escritos de demanda, sino también el contenido mismo de la decisión, y así precisar con certeza si entre uno y otro existe verdadera similitud.
- ***ii) que tengan la misma causa***, que se relaciona con la razón por la cual se acude al juez, valga decir, los hechos contenidos en las demandas, pues son estos los que motivan o fundamentan el ejercicio de la acción;
- ***iii) que exista identidad jurídica de partes***, que corresponde a un límite subjetivo que no implica la coincidencia de carácter físico sino jurídico, por lo que lo realmente determinante es a quiénes perjudica o beneficia la decisión que resulte dentro del proceso.

5.1.2. Caso Concreto.

Procederá este Despacho a analizar la demanda contenida en el expediente de Nulidad y Restablecimiento No. 15001-33-31-013-2008-00302-00, que cursó en el Juzgado 13 Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, y evaluar si se configuran los presupuestos para que sea declarada la excepción de cosa juzgada en el proceso que hoy ocupa la atención del Despacho, para lo cual se tendrán en cuenta los requisitos establecidos por la jurisprudencia citada en precedencia.

- a) Que los proceso versen sobre el mismo objeto:** De la lectura de los hechos y pretensiones de la demanda del proceso 2008-00302 se evidencia que lo que busca la demandante es que se reliquide y reajuste la prima de actividad consagrada en el Decreto 2070 de 2003 y Decreto 4433 de 2004, y que la misma sea incluida dentro de la liquidación de la asignación de retiro, desde el 25 de julio de

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00219-01

2003 hasta el 30 de junio de 2004 y desde el 01 de enero de 2005 hasta la fecha de la sentencia. En dicho proceso se solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 44688 del 21 de noviembre de 2007.

Respecto del proceso de Nulidad y Restablecimiento 2014-00141, se observa que la demandante solicita se reconozca, reliquide y pague la prima de actividad en el equivalente al 50% de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2863 de 2007, Decreto 673 de 2008, Decreto 737 de 2009, Decreto 1530 de 2010 y Decreto 1050 de 2011; y que como consecuencia de lo anterior, se reliquide la asignación de retiro de la que es beneficiaria, incluyendo la prima de actividad como factor computable para el índice Base de Liquidación. Solicita que las anteriores prestaciones sean reconocidas a partir del 27 de julio de 2007. En el proceso de la referencia, se solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 64991 del 20 de diciembre de 2012.

Se tiene entonces, que si bien es cierto, lo que solicita la demandante es el reconocimiento y reajuste de la prima de actividad y que la misma sea incluida como partida computable de su asignación de retiro, no es menos cierto que las demandas se fundan en normas distintas que han regulado la materia. Por otra parte, las fechas en que se solicita el derecho pretendido, difieren entre un proceso y otro, valga decir, en el proceso 2008-00302 se solicitó para el periodo de tiempo comprendo entre el 25 de julio de 2003 hasta el 30 de junio de 2004 y desde el 01 de enero de 2005 hasta la fecha de la sentencia y en el presente proceso se solicitó solamente desde el 27 de julio de 2007; además de lo anterior, los actos administrativos demandados en uno y otro proceso son distintos por lo que las pretensiones de las demandas variaron de conformidad con estos ítems.

b) Que tengan la misma causa: De la lectura de los hechos que fundamentan las dos acciones objeto de comparación se logra establecer que existe identidad de causa por cuanto en los dos líbelos introductorios, en resumen, se narra que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al señor JAIME EUDORO COLMENARES NIETO asignación de retiro previo cumplimiento de los requisitos establecidos para tal fin, la cual fue sustituida a la señora ROSA MARIA PINZON MANRIQUE, como su cónyuge supérstite. Posterior a ello, a través de derechos de petición, solicita a la entidad demandada el reajuste y pago de la prima de actividad de conformidad con las normas citadas, solicitudes que fueron resueltas de forma desfavorable en ambos casos.

No queda duda alguna, que en este caso se configura la identidad de causa, pues así se desprende del análisis expuesto en el inciso anterior.

c) **Que exista identidad jurídica de partes:** Al respecto se evidencia que en ambos procesos, la demandante es la señora ROSA MARIA PINZON MANRIQUE, quien concurre en ambos casos a través del mismo apoderado, procesos que se siguieron en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; por lo que, a juicio del Despacho, se encuentra configurado este presupuesto.

Del análisis efectuado por parte de este estrado judicial se evidencia que aunque existe identidad de causa e identidad jurídica de partes, no es menos cierto que no se configura la identidad de objeto, pues como ya se expresó las pretensiones, aunque van dirigidas al reconocimiento, reajuste y pago de la prima de actividad, no fueron solicitadas para las mismas fechas, así como tampoco se soportan en la misma normativa, pues los decretos en que se fundan las pretensiones son distintos en uno y otro proceso.

Así las cosas, para este Despacho resulta claro que no se configura la cosa juzgada en el caso concreto, pues no se cumplen los tres presupuestos establecidos para que así proceda, por lo que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

Resueltas la excepción propuesta, procede este estrado judicial a resolver de fondo el sub lite en los siguientes términos:

4.2. Problema Jurídico Principal

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si a la señora ROSA MARIA PINZON MANRIQUE, como beneficiaria de la asignación de retiro del Sargento Viceprimero JAIME EUDORO COLMENARES NIETO (Q.E.P.D.) tiene derecho a que se le reliquide dicha prestación incluyendo la prima de actividad conforme al artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la ley 923 de 2004, normas que establecieron el nuevo régimen, junto con el Decreto 2862 de 2007.

4.3. Desarrollo legal de la prima de actividad en favor de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.-

El **Decreto 1211 de 1990**, Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, señala en sus artículos 158, 159 y 163, sobre la prima de actividad, **para el personal retirado**, lo siguiente:

"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 unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:*

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.

- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

ARTÍCULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

Observa el Despacho que la norma en comento, en lo relacionado con la prima de actividad para el personal retirado, estableció una *escala porcentual* que se tiene en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales y reconocer las pensiones y asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales del Ejército que fueren causadas durante su vigencia.

Posteriormente se expidió 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 y en cuanto a su alcance, objetivos y criterios señaló:

"ARTÍCULO 1o. 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 2o. 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 3o. 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.**

Para desarrollar 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", y en lo atinente a la prima de actividad frente a las asignaciones de retiro señaló lo siguiente:

"ARTICULO 2o. 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."

ARTÍCULO 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 *Oficiales y Suboficiales:*

13.1.1 *Sueldo básico.*

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 *Prima de antigüedad.*

13.1.4 *Prima de estado mayor.*

13.1.5 *Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.*

13.1.6 *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*

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

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

13.2 *Soldados Profesionales:*

13.2.1 *Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.*

13.2.2 *Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

Parágrafo. 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 asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”.

La **prima de actividad**, como su nombre lo indica, fue inicialmente inspirada en el desempeño efectivo del cargo, en ejercicio de la actividad, prerrogativa económica contemplada en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 con los porcentajes allí señalados, pero una vez se hace uso del retiro, el interesado entra a la órbita del artículo 158 del mismo Decreto 1211 ya transcrito, que relaciona los porcentajes de la prima de actividad aplicable al personal retirado, en una proporción menor.

El artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 para el personal en servicio regula la prima de actividad así:

"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 será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."*

En relación con el incremento del porcentaje de la prima de Actividad, el Artículo 32 del decreto 1515 de 2007, establecía lo siguiente:

"La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será de treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual"

Este artículo fue modificado por el decreto 2863 de 2007, expedido por el departamento Administrativo de la Función Pública, fijando un incremento al porcentaje de la prima de actividad, incluyendo a

quienes les había sido reconocida la asignación de retiro aún con anterioridad a esta norma:

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

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1 de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto 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 tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento 50%"

Finalmente, el decreto establece que entra a regir a partir de la fecha de publicación y surte efectos fiscales a partir del 1 de julio de 2007.

Es necesario tener en cuenta que la norma en comento es de aplicación exclusiva, teniendo en cuenta que la modificación en ella contemplada, únicamente aplica para los oficiales y sub oficiales de las Fuerzas Militares así como para los oficiales y sub oficiales de la Policía Nacional.

5. Caso Concreto.-

Al plenario con los medios de prueba allegados se pudo acreditar que:

- Por Resolución 449 de 1965, se ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro al señor SVP® JAIME EUDORO COLMENARES NIETO¹⁵.
- Por Resolución 1803 del 15 de octubre de 1996, se reconoce el pago de la pensión de beneficiarios a la señora ROSA MARIA PINZON MANRIQUE.¹⁶
- En Derecho de Petición radicado bajo el número 20216226, el día 04 de diciembre de 2012 la accionante solicitó reconocer y liquidar la prima de actividad con el 50% del sueldo básico a partir del 1 de julio de 2007 conforme a los Decretos 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011.¹⁷
- Mediante Oficio No. CREMIL 64991 de 20 de diciembre de 2012 (acto demandado), se negó la solicitud elevada por el accionante.¹⁸
- En la Resolución 1803 del 15 de octubre de 1996 se avizora la prima de actividad liquidada a la demandante en un 20%¹⁹

¹⁵ Folios 99-99 anv

¹⁶ Folios 105-106

¹⁷ Folios 3-4

¹⁸ Folio 2

¹⁹ Folio 105 anv

- El último lugar de prestación de servicios del demandante fue en el Batallón de Infantería No. 2. "SUCRE" de Chiquinquirá²⁰.
- La demanda fue presentada el 18 de junio de 2014²¹.

La actora pretende que se le dé aplicación a los Decretos 2863 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011, ya que en su criterio introducen una serie de modificaciones en relación al porcentaje de la prima de actividad y a la liquidación de la asignación de retiro, que le resultan favorables y que de conformidad con la aplicación del principio de oscilación, le deben ser reconocidos.

De acuerdo a lo probado en el proceso, se establece que a la señora ROSA MARIA PINZON MANRIQUE le fue reconocida la pensión de sobrevivientes mediante Resolución 1803 del 15 de octubre de 1996 **efectiva a partir del 09 de septiembre de 1996**, conforme al **Decreto 1211 de 1990** y demás normas legales vigentes para época en que el actor adquirió el derecho.

Para el caso concreto es necesario analizar la irretroactividad de la ley 923 de 2004. Dicha 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 en la norma en comento: "*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 Ley 923 de 2004, en su artículo 7º señala su vigencia, señalando que "***rige a partir de la fecha de su promulgación***", esto es el 30 de diciembre de 2004 (época para la cual la pensión de sobrevivientes de la demandante ya había sido consolidada y reconocida), así mismo se puede señalar que en ninguna de sus disposiciones se establece su 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 interpretar la ley y su decreto reglamentario en distinto sentido, ni realizar interpretaciones distintas a su finalidad.

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004 excluyó a las personas que ya se les había reconocido su asignación de retiro, al disponer, en su artículo 2, que "***conservaran todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a normas anteriores***".

De manera que dicho artículo marcó una diferenciación entre quienes causaron el derecho a la asignación de retiro antes de la ley 923 de 2004 y quienes lo causaron o lo causen después ella, no haciéndola

²⁰ Folio 16

²¹ Folio 44

retroactiva a los primeros, por mandato expreso de varias de sus disposiciones, como las que ya hemos citado.

El actor al encontrarse **retirado del servicio** no puede pretenderse devengar el porcentaje de la prima de actividad establecida para el personal **en servicio activo**, pues la prima de actividad para el personal activo la regula el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, y es equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico aumentada en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido, en tanto que para el personal retirado la regula el artículo 159 del mismo Decreto, en un porcentaje menor que oscila entre el 15% y el 33%, lo cual se justifica razonablemente por tratarse de situaciones distintas. Es decir, la norma da un trato diferente a lo distinto, postulado que de ninguna manera la ley 923 de 2004 unificó, como erradamente lo pretende hacer ver la parte demandante.

En relación al principio de oscilación, la ley 923 de 2004 continuó estableciendo el método de oscilación tomando como referente para el reajuste de las asignaciones de retiro los reajustes de las asignaciones del personal en servicio activo y adicionalmente el Decreto 4433 de 2004 en el artículo 2 dispuso que "**conservaran todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a normas anteriores**" entre los que se encuentra el principio de oscilación previsto en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990. El Decreto 4433 de 2004 lo siguió regulando así:

"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."

En ese orden de ideas, y como quiera que de las pruebas documentales que obran en el expediente, se deduce que la repuesta proferida por la entidad demandada mediante el acto administrativo que se ataca, se encuentra ajustado a derecho, al manifestar que la asignación de sobrevivientes de la señora ROSA MARIA PINZON MANRIQUE fue liquidada tomando en cuenta los porcentajes de los factores salariales establecidos para tal fin en el decreto 1211 de 1990, norma vigente al momento en que se emitió dicha resolución.

Por otro lado, dentro del líbello introductorio, la actora alega que en virtud del principio de oscilación contemplado en el decreto 2863 de 2007, las asignaciones de retiro deben ser liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que en cualquier tiempo se presente en las prestaciones de actividad del correspondiente grado.

El artículo 4 del decreto 2863 de 2007, establece la aplicación del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión, en el siguiente orden:

"Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones"

En atención a la regulación anterior, se puede establecer que los oficiales y sub oficiales de las Fuerzas Militares, a quienes se les haya liquidado la asignación de retiro con anterioridad al 1 de Julio de 2007, tienen derecho a que se incremente el valor de la partida de prima de actividad, de conformidad al cálculo establecido en el artículo 2 de este decreto.

En este orden de ideas, se debe tener en cuenta que la norma mencionada plantea de manera precisa el ejercicio del principio de oscilación propio del régimen especial de las fuerzas militares, sin que el mismo dé lugar a otro tipo de interpretaciones que la ley en ningún momento pretenda incluir.

Dentro del caso concreto, es pertinente indicar que en la Respuesta rendida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Oficio 64991 CREMIL del 20 de diciembre de 2012, la entidad señaló lo siguiente:

"Es preciso aclararle que con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro mediante Decreto 2863 de 27 de Julio de 2007, el Gobierno Nacional autorizó el aumento en la Prima de Actividad en un 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto, la cual es retroactiva a partir del primero de Julio de 2007.

Adicionalmente las normas que se han expedido y que han modificado el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares, tal es el caso del decreto 4433 de 2004, si bien es cierto modificaron la forma de liquidación de algunas partidas, no han dispuesto de un aumento en la prima de actividad para el personal retirado con anterioridad al mismo, ni han establecido un efecto retroactivo en su aplicación.

En ese orden de ideas, y como resultado de lo establecido en el Decreto 2863 de 27 de Julio de 2007, le indico que usted venía con el

25% más el 50% de este porcentaje que corresponde al 12.5%, da como resultado un porcentaje en la prima de actividad del 37.5%, porcentaje éste que le viene siendo liquidado y pagado dentro de su asignación de retiro a partir del 1 de julio de 2007, fecha de entrada en vigencia de la norma anteriormente señalada,

En ese orden de ideas, y como resultado de lo establecido en el Decreto 2863 de 27 de Julio de 2007, le indico que usted venía con el 20% más el 50% de este porcentaje que corresponde al 10%, da como resultado un porcentaje en la prima de actividad del 30%, porcentaje éste que le viene siendo liquidado y pagado dentro de su asignación de retiro a partir del 1 de julio de 2007, fecha de entrada en vigencia de la norma anteriormente señalada."

En ese orden de ideas, y como quiera que la entidad demandada ha realizado el reajuste pertinente de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del decreto 2863 de 2007, no le puede asistir razón a la actora, por lo tanto esta reclamación tampoco está llamada a prosperar.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables, las pruebas y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho llega a la conclusión de que las pretensiones de la demanda se deben negar. En consecuencia el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

3.2. Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

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

Conforme a lo anterior y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas habrá de tenerse en cuenta que, solo habrá lugar a ellas, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho. En ese entendido y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 365 del C.G.P. y lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003, se condena a la parte demandante al pago de costas y se señala como agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, **el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda.** Por Secretaría, Liquidense.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de COSA JUZGADA propuesta por el apoderado de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, conforme a la motivación expuesta.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia. Por Secretaría, Liquidense.

CUARTO.- FIJAR como Agencias en Derecho la suma correspondiente al tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones negadas en la presente providencia, conforme lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO.- Por secretaría, **DEVUÉLVASE** el expediente No. 2008-00302 al Juzgado 13 Administrativo de Tunja, dejando las respectivas constancias.

SEXTO.- En firme la sentencia, **HÁGANSE** las comunicaciones del caso y **ARCHÍVESE** el proceso previa anotación en el programa "Justicia Siglo XXI". Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente. De igual forma, desde este momento se autoriza la expedición de las copias que soliciten las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
JUEZ

ERRP/ARLS