Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

| | |
|---|---|
| **Medio de control** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **Radicado** | **13001-33-40-014-2016-00138-01** |
| **Demandante** | **LIBARDO ANTONIO AGUEDO AMELINES** |
| **Demandado** | **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** |
| **Tema** | **Reajuste de asignación de retiro por incremento de prima de actividad.** |
| **Magistrado Ponente** | **CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE** |

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida el 30 de noviembre 2016 por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

#### 1.1. Pretensiones

Que se declare la Nulidad del Acto Administrativo Oficio No. 10792 GAG – SDP de fecha 7 de julio de 2015, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", por medio del cual se niega el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitadas.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reajuste de la asignación de retiro del señor Agente® LIBARDO ANTONIO AGUDELO AMELINES, adicionándole los porcentajes correspondientes a la prima de actividad dejadas de reconocer a partir del 1 de enero de 2005 hasta la fecha en que se dicte sentencia condenatoria.

Ordenar el pago de los interese moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes precitados en el anteriormente a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Se ordene a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción la forma y término señalados en los artículos 187 y sucesivos

del CPACA (ley 1437 de 2011)

Se le pague la retroactividad del 30% de PRIMA DE ACTIVIDAD desde 01/07/2011 hasta la feúca que le sea reconocido dicho derecho, que al momento de la presentación de la demanda suman $18'753.116, aplicando la prescripción.

### 1.2. Hechos Relevantes narrados en la demanda

1.2.1 La Caja de Sueldos de Retiro de la policía nacional, reconoció asignación de retiro al señor agente® LIBARDO ANTONIO AGUDELO AMELINES mediante resolución N°. 6693 del 7 de junio de 2002, emanada por CASUR, expedida en la ciudad de Bogotá, reconociéndole el 20% del salario básico con respecto a la prima de actividad.

1.2.2 La asignación de retiro del demandante entre los años 2004 al 2015 no fue liquidada conforme a los porcentajes que por ley le corresponde en lo referente a la prima de actividad, ya que los mismos estuvieron por debajo de los porcentajes a que tenía derecho como quiera que solamente le reconocieron un 20% del 50%, es decir le restan el 30% de su prima de actividad.

1.2.3 El señor Agente LIBARDO ANTONIO AGUDELO AMELINES solicitó, mediante derecho de petición dirigido a CASUR, radicado N° 88689 de 2015, solicitó el reconocimiento, pago retroactivo de la prima de actividad desde el 30 de diciembre del año 2004, para que re-liquide, ajuste e indexe la pensión, de conformidad con los porcentajes establecidos para tal fin y los cuales será analizados en la parte de consideraciones, e igualmente se solicitó indexar en forma permanente, el porcentaje del 30% en los valores de asignación de retiro, a que tiene derecho.

1.2.4 En fecha 07 de julio de 2015, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, respondió negando lo solicitado mediante el acto administrativo N° 10792/GAG SDP de 2015.

## 2. Normas violadas y concepto de violación.

- Constitución Política en los artículos 4, 13, 46, 48 parágrafo 2 y 53.
- Artículos 30, 100, 101, 102 y 110 del Decreto Ley 1213 de 1990
- Artículo 5 de la ley 57 de 1887
- Ley 153 de 1887
- Artículo 1, 2, 2,4, y 3,13 de la ley 923 de 2004, decreto 4433 de 2004
- Principio de oscilación artículo 34 ley 2 de 1945
- Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo
- Sentencia C-432 del 06 de mayo de 2004, MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil
- Sentencia T -432 de Junio 25 de 1992, la Corte Constitucional
- Artículo 2 y 4 del decreto 2863/2007

- Sentencia C-837 del 1 de septiembre de 1994 (MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz)
- Decreto 2070/2003

Señala que en el acto administrativo objeto de estudio y sustento de esta demanda, niega una prestación fundamental, apoyándose en la tesis de la existencia de un régimen especial, adopta un tratamiento in equitativo, porque este no se ajusta a los principios fundamentales de igualdad, equidad, la justicia, la universalidad y mínimos, dispuestos por el Sistema General de la Seguridad Social y dice que las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública a su cargo, fueron reajustado de conformidad con las disposiciones vigentes, tomando en cuenta los decretos que anualmente expide el Gobierno para fijar los sueltos básicos del personal en servicio activo.

## 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demandada no contestó la demanda.

## 4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.[1]

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en el transcurso de la audiencia inicial celebrada el día 30 de noviembre de 2016, profirió sentencia de primera instancia, en la que decidió negar las pretensiones de la demanda.

Señalo que no le asiste derecho al demandante a que la prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro sea incrementada sobre su asignación básica, al considerar que no es correcta la interpretación y aplicación del Decreto 2863 de 2007, en primer lugar, el estudio de la vulneración del derecho a la igualdad en materia laboral que propone el actor, presenta una dificultad, en tanto no se realizó un ejercicio de argumentación que permita establecer como los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo, en razón de sus funciones, tienen en aplicación del derecho a la igualdad, derecho al incremento de la prima actividad.

Que revisada la norma que pretende la accionante que sea aplicada, esto es, el Decreto 2863 de 2007, la misma exceptúa a las asignaciones de retiro para la aplicación del incremento porcentual solicitado.

Afirma que el accionante consolidó su derecho bajo el amparo de unas disposiciones de tal manera que ya tiene una situación jurídica consolidada y no es dable aplicar normas posteriores que no establecen ningún tipo de incremento a la base de la liquidación de la prestación social que pretende.

---

[1] Folio 76 Audio

De dicha sentencia se concluye que no existe vulneración al principio de igualdad respecto de quienes tienen la calidad de agentes de policía frente al personal de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, cuyo régimen viene determinado por los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, con causa del articulo 2 *ibídem*, al excluir el incremento de la prima de actividad regulada para quienes están bajo el régimen del Decreto 1213 de 1990, como es el caso de los agentes de policía.

## 3. RECURSO DE APELACIÓN[2]

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que se revoque, en la medida en que la A quo se limitó a efectuar una relación literal de las normas que regulan la prima de actividad, pero no hace un estudio de fondo sobre los fundamentos jurídicos de la demanda. Negó las pretensiones sin atender las sentencias que cita en la demanda y haciendo una interpretación errónea del Decreto 2863 de 2007.

Señala que el artículo 2° del Decreto 2863 incrementa en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de que trata el artículo 84 del Decreto ley 1211 de 1990, ordenando que a los militares en servicio activo, se les cancele una prima mensual de actividad equivalente al 50% del respectivo sueldo.

Que el accionante al quedar cobijado por el decreto 2863 de 2007 y normas relacionadas con el mismo, tiene derecho a que se le ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente.

Afirma que la entidad demandada ha aplicado en indebida forma el Decreto 2863 de 2007, porque solamente se le reconoció en un 20% sobre la asignación básica, faltando 30 puntos porcentuales por reajustar.

## 4. Actuación procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)[3], de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

## 5. Alegatos de conclusión de segunda instancia.

### 5.1 Parte demandante

Guardó silencio

---

[2] Fl. 60-66
[3] Folio 72 – cuaderno de segunda instancia

**5.2. Parte demandada.**

Guardó silencio.

**5.3 Concepto del Ministerio Público**

No rindió concepto.

## II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA[4]. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## III.- CONSIDERACIONES

**1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

**2. Problema jurídico.**

En el caso concreto, se debe resolver el siguiente problema jurídico:

*¿Está viciado de nulidad el acto acusado, al negar al actor como beneficiario de una asignación de retiro, el reajuste de dicha prestación aumentando el monto correspondiente a la prima de actividad en un porcentaje al 30% según lo establecido en el Decreto 2863 de 2007 en concordancia con el principio de oscilación?.*

**3. Tesis de la Sala.**

La Sala sustentará como tesis que no le asiste razón al recurrente al señalar que el A quo dio una interpretación indebida a las normas que regulan la prima de actividad, por lo que se sostendrá que no está viciado de nulidad el acto acusado, puesto que existe una marcada diferencia entre la prima de actividad como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la prima de actividad como prestación social a favor del

[4] Folio 167

personal en servicio activo, conforme se deriva del marco normativo de la providencia. Lo anterior, se refleja en el hecho de que para el personal en servicio activo, la prima de actividad de acuerdo al Decreto 1213 de 1990 será de un 25%, porcentaje que modificó el Decreto 2863 de 2007 que la aumentó en un 50%, es decir en un 12.5%, quedando en un 37.5%. Contrario a ello, para el personal en retiro, el porcentaje de la prima de actividad se liquida dependiendo del tiempo total de servicio prestado para las Fuerzas Militares, como lo consagró el Decreto 1213 de 1990.

En ese orden, la sentencia de primera instancia será confirmada.

## 4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Para resolver este interrogante, y teniendo en cuenta que en lo esencial, señala el escrito de alzada que el A quo incurrió en una indebida interpretación de las normas cuyo cumplimiento se pide, la Sala estudiará los siguientes temas: i) Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, ii) El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones en actividad, iii). Las disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado, y por último, iv). Derecho de igualdad frente a la variación del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

### 4.1 Del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Conforme al artículo 217 de la Carta se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares que hace parte de la Fuerza Pública según lo dispone el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública[5].

Conforme a lo anterior, el artículo 150 numeral 19 de la Carta autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social a que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.[6]

Por su parte, la Ley 4ª de 1992[7] dispuso que le corresponde al Gobierno Nacional

---

[5] ARTICULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas".

[6] Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

[7] Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.

fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, **respetando la nivelación que debe existir entre la remuneración del personal activo y el retirado de la Fuerza Pública dentro de un respectivo grupo**, para lo cual, los Decretos que se profieran en uso de dicha competencia, no deben conducir a resultados diferenciales en el quantum de los salarios con respecto a las asignaciones de retiro de ese personal. Por ejemplo, no debe existir diferencia entre los oficiales en servicio activo de los oficiales retirados.

De lo anterior, se tiene que corresponde al Gobierno Nacional:

1. Fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública con sujeción a la ley marco dictada por el Congreso sobre la materia.
2. Aumentar las remuneraciones de los miembros de la **Fuerza Pública** conforme a los criterios y objetivos señalados en la Ley 4ª de 1992.
3. Establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública conforme a los criterios y objetivos señalados en la ley 4ª de 1992.
4. Velar por que los salarios y prestaciones sociales de los miembros de la Fuerza Pública no sufran una desmejora.

En consecuencia, cualquier acto que contravenga éstas directrices carecerá de todo efecto.

El régimen especial del personal de la FUERZA PUBLICA está contenido, entre otras, en las siguientes disposiciones relevantes frente a cada grupo de sus miembros:

El **Decreto 1211 de 1990,** el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990**, el Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional, el **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional y el **Decreto 1214 de 1990** que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional[8] .

Así mismo, las siguientes disposiciones que se aplican a todos los miembros de la FUERZA PUBLICA: la **Ley 923 de 2004** que señaló 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*", el **Decreto 4433 de 2004**, por medio del cual se fijó "*el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*" cuya aplicación

[8] El Decreto 2070 de 2003 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL.

persigue el actor, el **Decreto 1515 de 2007** por medio del cual se fijaron "*los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictas otras disposiciones en materia salarial*", y el Decreto **2863 de 2007**, por medio del cual se modificó parcialmente el **Decreto 1515 de 2007** y se dictaron otras disposiciones.

**4.2 El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones en actividad.**

En primer lugar se debe afirmar que la asignación de retiro se considera como una modalidad de prestación social que "se asimila a pensión de vejez"[9].

Ahora bien, el principio de OSCILACIÓN tratándose de AGENTES de la POLICÍA NACIONAL se ha venido consagrando así:

El **DECRETO 1213 DE 1990 "... ARTICULO 110.** *OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente* ***Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para un agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de este Estatuto.*** *En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.*

*Los Agentes o beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley* " (subrayado y negrilla fuera del texto).

Esta disposición, consagró el principio de oscilación que se traduce en que, la asignación de retiro y las "pensiones" de los miembros de la fuerza pública, para el caso concreto –AGENTE DE LA POLICÍA NACIONAL- se liquidan teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones del personal en servicio activo, con la finalidad de que las mismas mantengan una equivalencia que salvaguarde el principio de igualdad.

Sobre el principio de OSCILACIÓN, el Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Segunda, Consejero Ponente, Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, radicado interno 2956 -99, que se ha reiterado y mantenido como línea jurisprudencial, precisó:

"... ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones establecido en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990, **las variaciones**

[9] Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004

**que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas.** De llegarse a una conclusión diferente se estaría infringiendo el principio de igualdad regulado por el artículo 13 de la carta, porque no habría razón alguna para que la prima de actualización se tenga en cuenta para liquidar asignaciones de actividad, como lo precisó la Corporación en la referida providencia de julio 6 de 2000. Como se sabe, esta Corporación en sentencia del 14 de agosto de 1997 (... ) accedió a la nulidad parcial del parágrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 en las frases "que la devenguen en servicio activo y reconocimiento de". La nulidad decretada se basó en el desconocimiento de las directrices fijadas en la ley 4 de 1992, pues esta norma ordenó nivelar las asignaciones de los militares en servicio activo y en retiro. Los argumentos planteados en la aludida providencia fueron reiterados luego en fallo del 6 de noviembre de 1997, expediente N 11423 al declararse la nulidad de las mismas frases consignadas en el parágrafo del artículo 29 del decreto 133 de 1995."

Entonces, conforme al principio de oscilación, todo aquello que beneficie la asignación del respectivo personal en actividad beneficia la asignación del personal en retiro.

Así las cosas, habiéndose precisado que al Estado le asiste el deber de aumentar las remuneraciones conforme a los criterios y objetivos señalados en la Ley 4ª de 1992, debe entenderse que ese aumento se debe efectuar no solo en los salarios de los miembros activos sino también en igualdad en las asignaciones de retiro.

Además, esa misma Ley marco, consagra que en ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los servidores del Estado, dentro de los cuales se encuentran, el personal de la fuerza pública y entre ellos, el personal que goza de asignación de retiro.

Por su parte, en la **Ley 923 de diciembre 30 de 2004**, se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de **la Fuerza Pública** conforme al **artículo 150, numeral 19, literal e)**, precisando en su **artículo 2** que para la fijación de ese régimen el Gobierno debe tener en cuenta los ***principios*** de "*eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad*". Como elementos mínimos del marco pensional y de la asignación de retiro, incluyó en el **artículo 3 numeral 3.13** el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "*El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública **será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo**".*

Por su parte, el **Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004** que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de 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 a los Soldados de las Fuerzas Militares, dispuso en su **artículos 2 y 3** la Garantía de los Derechos Adquiridos y reiteró los principios señalados en la Ley de *eficiencia, universalidad, **igualdad,** equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad*".

En el título V –denominado DISPOSICIONES VARIAS, **artículo 42** consagró el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "***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 ajusten en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley*" (negrillas y subrayado fuera de texto)

Este artículo garantiza el Principio de Oscilación a futuro, de aquellos miembros de la Fuerza Pública a los cuales le sea reconocida Asignación de Retiro en vigencia del mismo.

Entendido el principio de OSCILACION resta el estudio del último tema propuesto que permitirá establecer si la asignación de retiro **de que es beneficiario** el demandante, se ha liquidado teniendo en cuenta las variaciones que han sufrido las asignaciones del personal en servicio activo.

**4.3 Disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado.**

Partiendo de la diferencia que existe entre **PRIMA DE ACTIVIDAD, como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales** unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la **PRIMA DE ACTIVIDAD como Prestación Social** a favor del personal en servicio activo, se procede a citar las disposiciones legales que las han tratado desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro que se estudia:

Sobre esta doble condición, se tiene que en el **Decreto Ley 1213 de 1990** que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del Agente **EDGAR PEREZ**, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en porcentajes proporcionales según el tiempo de servicios acumulados al momento del retiro, así:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento

(15%) del sueldo básico.

**- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.**

- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.

En virtud de la **ley 797 de 2003, en su artículo 17 numeral 3**, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 2070 de 2003,** el cual reformó el régimen pensional y de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública disponiendo en su **artículo 23** como **partida computable para la asignación de retiro** del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su artículo 24 refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

En el mismo sentido y en desarrollo de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4433 de 2004** que fijó el Régimen Pensional y de Asignación de Retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 23 como **partida computable para la asignación de retiro** del PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL, la prima de actividad y en su **artículo 24** refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO.

Ninguna de esas dos normas, dispuso incremento en la PRIMA DE ACTIVIDAD para el personal en servicio activo. Esto se vino a modificar con **el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007** que ordenó su incremento en un cincuenta por ciento (50%) a favor de los miembros de la Fuerza Pública. En efecto, en su **artículo 2** dispuso modificar el artículo 32 del **Decreto 1515 de 2007** en los siguientes términos:

*"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[10], 68 del Decreto Ley 1212 de 1990[11] y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990[12].*

*Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto Ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).*

---

[10] Debe tenerse en cuenta que este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. El artículo 84 dispuso: "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".
[11] Este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 68 consagró: " 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".

[12]Este Decreto constituye el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Consagró en el artículo 38: "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."

Además, como se recordará cuando se estudió el principio de OSCILACIÓN, este Decreto en su artículo 4 dispuso a favor de las asignaciones de retiro que en virtud de dicho principio previsto 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.

Advirtiéndose que el anterior estatuto no contempla la aplicación del aumento al 50% de la prima de actividad, para los Agentes de la Policía Nacional.

**4.4 Derecho de igualdad frente a la variación del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.**

A juicio del accionante, el Decreto 4433 de 2004 vulnera su derecho a la igualdad al consagrar una prerrogativa a favor de quienes durante su vigencia son retirados del servicio, traducida en consagrar como base de liquidación de la asignación de retiro una proporción mayor por concepto de prima de actividad que la que era consagrada por los Decretos expedidos con anterioridad.

Para el análisis planteado por el actor, este Tribunal tomará en consideración el estudio que frente a la protección del derecho a la igualdad y no discriminación ante el tránsito normativo que regula el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, efectuó la H. Corte Constitucional en sentencia de C-613 de fecha 13 de noviembre de 1996 y en cuyos apartes resalta la protección al trato igualitario y por ende la prohibición de otorgamiento de un trato diferencial a personas que se encuentren en situaciones análogas o compartan circunstancias también similares.

La citada providencia agrega que si bien, la protección del trato igualitario se constituye en principio limitante de la función legislativa, no puede ser entendida como impedimento absoluto de dicha potestad ni menos aún obliga a la permanencia indefinida de las normas o a que su aplicación sea retroactiva. Es por tal razón que el Legislador se encuentra posibilitado para transformar la regulación legal en el marco de las nuevas necesidades sociales, propendiendo por el desarrollo progresivo de los principios de la seguridad jurídica y la consolidación de la estructura económica.

Algunos apartes de la jurisprudencia en cita son del siguiente tenor literal:

"En consecuencia, el único entendimiento razonable del principio constitucional

consagrado en el primer inciso del artículo 13 de la Carta, ofrece una permisión al legislador para que, en ejercicio de sus funciones naturales y en desarrollo de principios esenciales de todo Estado democrático, produzca dentro del ordenamiento jurídico, las mutaciones necesarias para afrontar nuevas necesidades sociales con arreglo a sus propias valoraciones. **Y ello, incluso, cuando tal mutación implique otorgar un tratamiento diferenciado a personas o grupos de personas cuya única circunstancia diferenciadora consiste en vincularse al momento en el cual se adoptan o derogan las sucesivas regulaciones.**

En punto a los derechos sociales, la regla anterior resulta particularmente relevante. En efecto, el desarrollo progresivo de las normas que consagran derechos prestacionales, ampliando el radio de los beneficiarios o el beneficio otorgado, disminuyendo o aumentando requisitos para acceder al mismo, obligan, necesariamente, al legislador, **a establecer fechas ciertas y determinadas a partir de las cuales entra en vigencia la nueva reglamentación. Esto se justifica, no sólo por evidentes restricciones presupuestales, sino para garantizar, entre otros, el principio de seguridad jurídica.**

(...)

En síntesis, el principio de igualdad en la ley no impone al legislador una barrera que le impida, como es de su esencia, promover la natural transformación del derecho legislado, **ni obliga a aplicar retroactivamente la nueva regulación**. Sin embargo, lo anterior no implica que en el proceso de cambio normativo el legislador carezca de limitaciones constitucionales en materia de igualdad. En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad. Lo anterior, desde luego, además de exigir el respeto a otros principios y derechos constitucionales aplicables a procesos de cambio normativo como, por ejemplo, el respeto a los derechos adquiridos por leyes preexistentes (C.P. art. 58). (se resalta)

## 5. El caso concreto

### 5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 El señor **LIBARDO ANTONIO AGUDELO AMELINES,** agente ® de la Policía Nacional prestó sus servicios por 22 años, 03 meses y 03 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No 6693 del 7 de junio de 2002 por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA

NACIONAL[13], en la que se computó como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

| | |
|---|---|
| Sueldo básico | |
| **Prima de Actividad** | **20%** |
| Prima de Antigüedad | 22% |
| Subsidio Familiar | 43% |
| Prima de Navidad | 1/12 |

5.1.2 El señor **LIBARDO ANTONIO AGUDELO AMELINES** presentó petición con radicado N° 88689 de 2015, solicitando el incremento en la prima de actividad en un 30% (Folios 10 y 11), respondida negativamente por la entidad demandada mediante oficio No.10792 GAG - SDP de fecha 7 de julio de 2015 (Folio 12).

**5.2. La valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.**

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque contrario a lo sostenido por el recurrente, la misma respeta el ordenamiento Constitucional y legal y hace un análisis pertinente respecto de las normas que resultan aplicables al caso en concreto.

Considera la Sala que, no le asiste razón al demandante, cuando pretende que la asignación de retiro de la cual es beneficiario le sea reajustada incrementando la prima de actividad de un porcentaje del 20% al 30%, con el argumento que se vulnerarían los artículos 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política y que se hizo una indebida interpretación del Decreto 2863 de 2007.

Lo anterior, porque conforme se señaló en el marco jurídico no se pueden confundir los porcentajes y partidas computables para liquidar los sueldos del personal en servicio activo, con las partidas que la ley ha previsto para las asignaciones de retiro en una determinada época y en vigencia de una norma específica.

En efecto, consultada la hoja de servicios del actor y el texto de la Resolución No. 6693 del 7 de junio de 2002 en la que se invocó el Decreto Ley 1213 de 1990, como fundamento legal para el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, se establece que el porcentaje de la prima de actividad que le corresponde asciende al veinte por ciento (20%), atendiendo el tiempo de servicios acumulado a la época de la desvinculación, el cual se totalizó en 22 años, 03 meses y 03 días.

[13]Folios 13 y 14

Por ello, vale la pena precisar conforme se consignó en el marco jurídico del caso, que se debe diferenciar la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación social a favor del personal activo y el porcentaje que consagra la ley para la liquidación del derecho pensional, pues la nueva ley bien pudo consagrar partidas diferentes a las que sirvieron de base para liquidar las reconocidas en vigencia de una disposición anterior, pero no quiere decir que esté incrementando la partida correspondiente a la prestación social en servicio activo, pues se recuerda, es diferente esta partida del factor que puede consagrar la ley para liquidar el derecho pensional o la Asignación de Retiro.

No se evidencia vulneración del principio de OSCILACIÓN, toda vez que es facultad exclusiva del Legislador fijar el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y a las Cajas de Retiro solo les compete dar aplicación a dichas disposiciones, como se ha hecho en el presente caso.

La evolución normativa se constituye en un proceso lógico ante los cambios sociales y económicos por los que ha atravesado el país, los cuales ameritan la mutación en la reglamentación con el fin de responder a las nuevas necesidades. Frente a la variación de las circunstancias, es apenas lógico que no es posible mantener inmodificable la regulación legal existente, ni menos aún pretender la aplicación retroactiva de las disposiciones, pues ello iría en contra de prerrogativas de orden constitucional dentro de las que se encuentra la seguridad jurídica.

Ahora, frente a las sentencias que la parte actora cita como precedentes emitidas por otros Tribunales del país y jueces administrativos y pide sean tenidas en cuenta para que sirvan de soporte para la decisión, la Sala se aparta de esta postura, porque las mismas no tienen la naturaleza de precedentes jurisprudenciales vinculantes para el Juez, en los términos que lo ha venido reiterando la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, pues frente a la autonomía e independencia del juez en la interpretación de las normas jurídicas sólo serán vinculantes aquellas sentencias de los máximos órganos de cierre de la jurisdicción cuando se trate de sentencias de unificación y las sentencias de la Corte Constitucional. Al respecto, la Corte precisó:

"*...El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En*

*primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto... (...) Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado..."*[14]

Frente a los reparos que hace el apoderado del actor en el recurso de apelación sobre la indebida aplicación que efectúo el A quo en su sentencia respecto del Decreto 4433 de 2004, la Sala no tiene posibilidad de efectuar estudio, en la medida en que no sustentó los motivos de su inconformidad, pues se limitó a indicar que no solicitó la aplicación de dicha norma sino que en la demanda lo mencionó para entender la interpretación del Decreto 2863 de 2007. Sin embargo, sin motivación de su argumento de defensa no es posible estudiar el cargo.

De acuerdo con los argumentos precedentes, esta Sala considera que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, por lo que se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena el 30 de noviembre de 2016.

### 5.3 Costas en Segunda Instancia

Aplica la Sala el artículo 188 CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la

[14] Corte Constitucional, C-634 de 2011.M.P Luis Ernesto Vargas Silva

parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, si bien habría lugar a condenar en costas a la demandante por habérsele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, la Sala adoptará la decisión de no condenarla al pago de costas y agencias en derecho, por cuanto la finalidad de dicha condena, no es otra que la de retribuir a la contraparte a los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en el presente caso, en razón a que CASUR, tal como se detalló antes, no compareció ni ejerció acto procesal alguno de defensa en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), en la que se dispuso negar las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en segunda instancia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ** **EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**