



13001-33-33-013-2017-00176-01

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

**I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicado</b>	13001-33-33-013-2017-00176-01
<b>Demandante</b>	Marco Carrillo Ortega
<b>Demandado</b>	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
<b>Temas</b>	Prima de actividad.
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

**II.- PRONUNCIAMIENTO.**

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia de 11 de septiembre de 2018, mediante la cual el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

**III. ANTECEDENTES**

**3.1 La demanda (f. 1 - 8)**

**a) Pretensiones.**

El señor Marco Carrillo Ortega presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

**“PRIMERA:** Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 023880/ARPRE-GRUPE-1.10 de fecha 30 de enero de 2017, emanado del Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, mediante el cual se negó al actor el reajuste de la asignación de retiro por concepto de variación del porcentaje de la prima de actividad.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la entidad demandada reconocer, reliquidar y pagar la prima de actividad del 15% al 20% del sueldo básico en la asignación de retiro, a partir del 09 de marzo de 2005, en cumplimiento de los Decretos 2070/03, 4433/04, art. 23 numeral 23.1.2 y Decreto 2863 de 2007, artículos 2 y 6, en virtud del principio de oscilación, art 34 Ley 2 de 1945, art. 110 del Decreto 1213/90.

**TERCERA:** Pagar lo dejado de percibir por concepto de no reajustar la prima de actividad del 15% al 50% del sueldo básico en la asignación de retiro a partir de la vigencia de los Decretos 2070/03, 4433/04 y 2863 hasta la inclusión en nómina.





13001-33-33-013-2017-00176-01

*CUARTO: Condenar a la demandada a pagar en forma actualizada (indexada) las sumas adecuadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, con fundamento en el artículo 178 y ss. del CPACA, y desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.*

(...)

## **b) Hechos**

Para sustentar fácticamente la demanda el actor afirmó, en resumen, lo siguiente:

Prestó sus servicios para la Policía Nacional en el grado de agente. La Dirección General de la Policía Nacional, a través de la Resolución No. 6263 de 02 de septiembre de 2005, le reconoció una pensión de invalidez con un tiempo de servicios de 12 años, 05 meses y doce días.

Entre las partidas computables que fueron liquidadas en su pensión de invalidez se le incluyó la prima de actividad, en un porcentaje del 15% de su asignación básica.

Con la expedición del Decreto 2863/07, el Gobierno Nacional incrementó en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículo 84 del Decreto – Ley 1211/90, 68 del Decreto 1212/90 y 38 del Decreto – Ley 1214/90.

De acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 el cómputo de dicha prestación se realiza sobre el mismo porcentaje de prima de actividad que gana el personal militar en servicio activo.

## **C. Normas violadas y concepto de la violación.**

El demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 2, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90, y 299 de la Constitución Política; inciso 2º del Artículo 346 del Código Civil; 10 y 18 de la Ley 153 de 1887; 3º de la Ley 2º de 1945; 110 del Decreto 1213/90; 2 y 3 de la Ley 797/03; y 2 y 3 de la Ley 923/04.

La prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro como una partida computable.

El Decreto 1213/90 estableció el principio de oscilación y determinó que todo incremento salarial para oficiales o suboficiales en servicio activo, debe hacerse extensivo a quienes tengan el mismo grado pero se encuentren en retirados.

Adujo que el legislador ha garantizado que las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la fuerza pública se incrementen en la misma proporción que al personal activo de acuerdo con el principio de oscilación. Para apoyar sus



13001-33-33-013-2017-00176-01

argumentos citó la sentencia de 31 de mayo de 2007, proferida por el Consejo de Estado.

Afirmó que la administración desconoció el derecho a la igualdad al negar la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del actor, pues éste devengaba un 20% de la prima de actividad correspondiéndole el reajuste de la misma en un 70% de su sueldo básico, en igualdad de condiciones que un agente retirado en vigencia de los Decretos 2070/03 y 4433/04.

La entidad demandada desconoce lo establecido en el artículo 110 del Decreto 1213/90 y el Decreto 4433/04, cuando afirma que su asignación de retiro debe regirse por las normas aplicadas al momento del reconocimiento de la pensión.

**3.2. Contestación (fs.34-38).**

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos legales y respaldo probatorio.

Adujo que el Congreso de la República mediante las leyes 797/03 y 923/04 señaló al Gobierno Nacional los criterios, objetivos y principios a seguir para la fijación del régimen de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. El Gobierno Nacional expidió los decretos reglamentarios 2070/03 y 4433/04, que en su artículo 2º introdujo modificaciones a las partidas computables para la asignación de retiro, incluyendo la prima de actividad.

Afirmó que al demandante se le reconoció el porcentaje de la prima de actividad en la pensión de invalidez de conformidad con lo establecido en el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, que dispone que para los agentes con menos de 20 años de servicio se le reconocerá el 15% del sueldo básico por concepto de esta prestación; y dado que el actor prestó sus servicios por 12 años, 05 meses y 12 días, se hizo acreedor del 15% de la prima de actividad.

Sostuvo que no es viable aplicar al demandante una normatividad que regula la asignación de retiro como agente de policía de acuerdo con el Decreto 1213/90, toda vez que goza de una pensión de invalidez regulada de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1796 de 2000, y específicamente regula lo referente a la prima de actividad computable.

Adujo que para la fecha en que se le reconoció la pensión de invalidez al demandante no era aplicable el Decreto 270/03, ni mucho menos el Decreto 4433/04, porque la ley que rige el reconocimiento de la pensión es la vigente al momento de su otorgamiento y no una posterior.





13001-33-33-013-2017-00176-01

### **3.3 Sentencia de primera instancia (fs.59– 112).**

El A-quo mediante sentencia de 11 de septiembre de 2018, denegó las pretensiones de la demanda.

Adujo que en el caso sub examine se demostró que al demandante le fue reconocida pensión de invalidez e indemnización por pérdida de la capacidad psicofísica a través de la Resolución No.00415 de 23 de junio de 2005, efectiva a partir del 09 de junio de 2005, en cuantía equivalente al 85% del sueldo en actividad correspondiente a su grado, incluyendo en su liquidación las partidas computables señaladas en la ley, entre ellas la prima de actividad en un 15% por haber acreditado a la fecha de su retiro un tiempo de servicios de 12 años, 05 meses y 12 días.

Afirmó que la prima de actividad conforme lo dispuesto por el Decreto 2863 de 2007, a partir del mes de julio de ese año, se incrementaría en un 50% pero solo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez, o sus beneficiarios y al personal civil adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, y por ello el demandante en su calidad de agente de policía retirado con pensión de invalidez no se encuentra dentro del campo de aplicación del mencionado decreto.

Para el caso del actor la prima de actividad como factor computable para su prestación se liquidó de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, es decir, tomando en cuenta su tiempo de servicio, reconociendo el 15% del sueldo básico por concepto de prima de actividad para los agentes que se retiren con menos de 20 años de servicio.

Adujo que la entidad demandada reconoció dicho valor al actor y no puede aumentarse más allá de ese porcentaje pues ninguna norma del ordenamiento jurídico establece un porcentaje superior por concepto de prima de actividad para el personal de agentes de policía activos o retirados de la Policía Nacional

Sostuvo que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha establecido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez, o sus beneficiarios al no incluirlos para efectos del reajuste dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, como si se hizo con los oficiales y suboficiales, toda vez que no se encuentran en las mismas condiciones y desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe trasgresión del derecho a la igualdad.

En cuanto al principio de oscilación manifestó que éste no está siendo vulnerado porque la Ley 923 de 2004 y los Decretos 4433 de 2004 y 797 de 2003, no



13001-33-33-013-2017-00176-01

introdujeron ninguna variación en las asignaciones de actividad que devenga el personal de agentes en servicio activo de la fuerza pública.

**3.4. Recurso de apelación (fs.67-68).**

La apoderada de la parte demandante sostuvo que se vulnera el derecho a la igualdad de su poderdante puesto que por concepto de prima de actividad solo recibe un 15%, mientras que todos los miembros de la fuerza pública reciben un 50% por el mismo concepto.

Afirmó que debe aplicarse en el caso objeto de estudio el principio de oscilación establecido en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004.

Se opuso a la condena en costas aduciendo que en virtud del derecho a la igualdad su pensión debe ser reajustada incrementando la prima de actividad de un 15% como actualmente la percibe, a un 50% como los demás miembros de la fuerza pública.

**3.5. Actuación procesal en segunda instancia.**

Mediante auto de 27 de agosto de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f.73), y por providencia de 24 de septiembre de 2019 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f.77).

**La parte demandada** en sus alegatos de conclusión reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda (fs.80-83).

**La parte demandante** reiteró en lo sustancial, lo manifestado en el recurso de apelación (fs.89-90).

**El Agente del Ministerio Público** no rindió concepto.

**IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

**V. CONSIDERACIONES**

**5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales





13001-33-33-013-2017-00176-01

Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

## 5.2. Problema Jurídico.

Corresponde a esta Corporación determinar si el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional le reliquide su asignación de retiro, con base en el aumento de su prima de actividad, según lo contenido en el Decreto 2368 de 2007.

## 5.3. Tesis de la Sala.

El demandante no tiene derecho a que se reliquide su asignación de retiro, porque su prima de actividad le fue incluida en el ingreso base de liquidación según el porcentaje establecido en el Decreto 2368 de 2007.

Los principios de favorabilidad, igualdad y oscilación invocados por el apelante, no deben aplicarse en el presente caso por las razones que se expondrán en las consideraciones de este fallo.

## 5.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

### 5.4.1. Prima de actividad.

La prima de actividad de que trata este proceso, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El Decreto 1211 de 1990, *Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*, en su artículo 159 dispuso:

**“ARTÍCULO 159. CÓMPUTO 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%).*



13001-33-33-013-2017-00176-01

*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%)."*

El Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, dispone lo siguiente:

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

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

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

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

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

Se observa que en el incremento establecido en el artículo previamente citado no quedaron incluidos los Agentes de la Policía Nacional; y en virtud del principio de oscilación, el aumento dispuesto en el porcentaje de la prima de actividad de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, también se les aplica al personal retirado que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1º de julio de 2007, ya vinieran disfrutando de asignación de retiro.

Por su parte, para el caso de los Agente de la Policía Nacional el Decreto 1213 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía, en su artículo 101 preceptúa:

**"ARTICULO 101. Cómputo prima de actividad.** *A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:*

*- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.*



13001-33-33-013-2017-00176-01

- 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."

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en providencia de 23 de febrero de 2017, dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-25-000-2010-00186-00 (1316-10), estudió la legalidad del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, y determinó que el hecho de que el ajuste dispuesto para los oficiales y suboficiales activos y retirados de las Fuerzas Militares y Policía Nacional no se aplique a los Agentes de la Policía Nacional, no vulnera el derecho a la igualdad de éstos últimos, con fundamento en las siguientes consideraciones:

**"Criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis.**

La Sala observa que en aplicación del principio de oscilación, la norma acusada consagró que el ajuste de las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez y sobrevivientes que perciban los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenidas antes del 1° de julio de 2007, se realizará en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo oficial o suboficial correspondiente, por razón del artículo 2 del decreto acusado.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007[52], y dispuso incrementar en un 50% a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990[53].

Lo anterior lleva a concluir que la pretensión dirigida a obtener la nulidad del mencionado artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 sustentada en la vulneración del derecho a la igualdad de los agentes retirados de la Policía Nacional frente a los oficiales y suboficiales, lo que persigue es que a aquellos se les extienda el ajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje previsto por el artículo 2° para los agentes activos.

Al respecto es importante señalar que una vez revisados los antecedentes jurisprudenciales sobre el punto, se observa que esta corporación en sentencia del 27 de marzo de 2014, se pronunció sobre la legalidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 frente al cargo de vulneración del derecho a la igualdad, al incrementar la prima de actividad en un 50% a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, sin incluir a los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y a los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

En esa oportunidad, la Sección Segunda precisó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad, pues por un lado, la parte actora afirmó que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son «la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos», empero, no se demostró el supuesto fáctico para dar aplicación del principio a trabajo igual salario igual, razón por la cual debía otorgarse el aumento de la prima en cuestión.

Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 4.ª de 1992, concluyó que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe



13001-33-33-013-2017-00176-01

atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así las cosas, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

Por lo anterior, estimó que no se presenta un tertium comparationis en esta materia toda vez que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad y aclaró lo siguiente:

« [...] Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992. [...]»

Corolario de lo expuesto y dado que en el presente caso no se traen argumentos adicionales a los ya estudiados frente al ajuste de la prima de actividad y la vulneración del derecho a la igualdad del personal de agentes activos de la Policía Nacional, son aplicables las consideraciones ya referidas, las cuales conllevan a que no se dé el ajuste en las asignaciones de retiro con fundamento en el principio de oscilación, sin que se haya presentado el mismo ajuste para los miembros en servicio activo, motivo por el cual no se presenta la alegada vulneración del derecho a la igualdad.

**Conclusión:**

**No se vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios al no incluirlos para efectos del ajuste dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía en la misma condición, toda vez que no se presenta un tertium comparationis en esta materia, puesto que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones y desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad.**

**3. Decisión:** Al concluirse que el acto acusado no incurrió en el vicio de vulneración del derecho a la igualdad se denegarán las pretensiones de la demanda."

**5.5. Caso concreto.**

**5.5.1. De lo probado dentro del proceso.**

Dentro del proceso quedó demostrado que:

- Mediante la Resolución 00415 de 23 de junio de 2005, el Subdirector General de la Policía Nacional reconoció a favor del demandante una pensión de invalidez, a partir del 09 de junio de 2005, dentro de las partidas computables para prestaciones sociales reconoció el 15% de la prima de actividad (fs.18-19).
- El 16 de diciembre de 2016, el demandante solicitó el reajuste de su prima de actividad con, la cual fue negada por la entidad demandada mediante el oficio No. 023880/ARPRE-GRUPE-1.10 de 30 de enero de 2017 (f.12).





13001-33-33-013-2017-00176-01

### 5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

De conformidad con el marco jurisprudencial citado y las pruebas allegadas al proceso, se tiene que al demandante le fue reconocida mediante la Resolución 00415 de 23 de junio de 2005, una pensión de invalidez en cuantía equivalente al 85%, y las partidas computables para prestaciones sociales fueron las siguientes: 85% del salario básico de un agente, 12% de la prima de antigüedad, 43% de subsidio familiar, 15% de la prima de actividad y 1/12 de la prima de navidad. Lo anterior, por haber acreditado 12 años, 05 meses y 12 días de servicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Decreto 1213/90.

Observa la Sala que si bien, la prima de actividad de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, se incrementaría en un 50% a partir del mes de julio de ese año para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que gozaran de asignación de retiro o pensión de invalidez, o sus beneficiarios, y personal civil adscrito al Ministerio de Defensa, dicho aumento no se hizo extensible a los Agentes de la Policía Nacional, calidad que ostentaba el actor al momento de su retiro; en consecuencia, el porcentaje en que se liquidó la prima de actividad se realizó teniendo en cuenta el tiempo de servicios del demandante como lo dispone el Decreto 1213 de 1990.

A juicio de la Sala no le asiste razón al apelante cuando afirma que la entidad demandada vulneró su derecho a la igualdad con la negativa de no incrementar la prima de actividad, toda vez que como bien lo ha expuesto la Sección Segunda del Consejo de Estado no se vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez al no incluirlos para efectos del ajuste dispuesto en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, si previsto para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía, porque no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones y desarrollan las mismas funciones, requisitos indispensables para poder determinar que se trasgrede el derecho a la igualdad.

- Otro punto de inconformidad del recurrente radica en la falta de aplicación del **principio de oscilación** en su asignación mensual de retiro, el cual se encuentra regulado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, cuyo texto es el siguiente:

*"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".*



13001-33-33-013-2017-00176-01

La finalidad del principio de oscilación es la protección del poder adquisitivo constante de las pensiones y de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía Nacional, y de acuerdo con el mismo el incremento del porcentaje de la asignación de los miembros activos, debe extenderse al personal que se encuentre retirado del servicio.

Sin embargo, el accionante no cumplió con la carga procesal de demostrar que su asignación de retiro hubiere sido liquidada por debajo de los incrementos realizados al personal activo a través de los Decretos que expide anualmente el Gobierno Nacional.

Por esa razón, tampoco encuentra la Sala violación alguna al derecho a la igualdad del demandante, quien no demostró que su derecho se haya desmejorado en relación con otro agente activo o retirado del servicio, que permitiera a la Corporación realizar el juicio de igualdad a la que alude la jurisprudencia Constitucional como condición para declarar la nulidad del acto administrativo atacado.

- El actor se opuso a la condena en costas y manifestó que en aplicación del derecho a la igualdad es procedente el incremento del porcentaje de la prima de actividad que percibe con su pensión de invalidez teniendo en cuenta que los demás miembros de la Fuerza Pública la perciben en un mayor porcentaje (50%); A juicio de la Sala los argumentos expuestos por el apelante con el fin de cuestionar la condena en costas no guardan relación con la misma por lo que la Sala se abstendrá de pronunciarse al respecto.

#### 5.6. Condena en costas en segunda instancia

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.





13001-33-33-013-2017-00176-01

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**VI. FALLA**

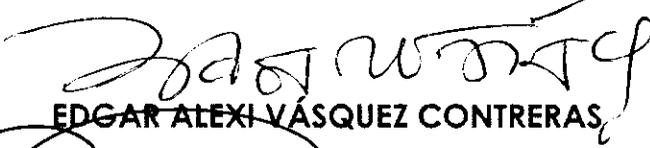
**PRIMERO:** Confirmar la sentencia apelada.

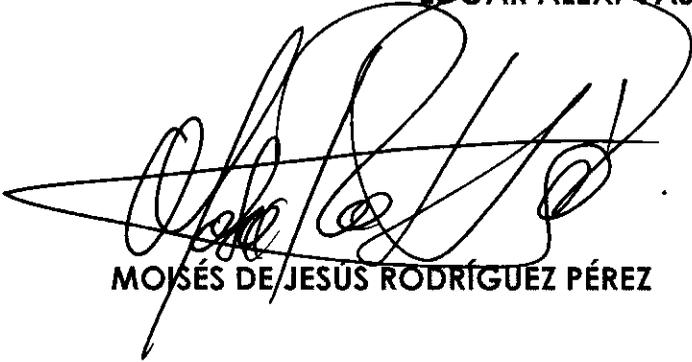
**SEGUNDO:** Condenar en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**CUARTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE  
LOS MAGISTRADOS**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

  
**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**  
*Ausente con permiso*