

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veintitrés (23) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en numeral 2° del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto:

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL- CASUR
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00189-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 148

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

"1. Se declare la nulidad del acto administrativo No. 2259 GAG – SDP del 27/02/2015 proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR" mediante el cual se le negó a mi prohijado Sr AGENTE ® MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE DE LA POLICIA NACIONAL, identificado con la CC 17.119.457 DE Bogotá, el reconocimiento de reajuste, indexación mensual, y el pago retroactivo del 30% DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD a que tiene derecho de conformidad con las normas constitucionales y legales expuestas en el Capítulo III de Fundamentos de Derecho.

2. Se le pague la retroactividad del 30% de la PRIMA DE ACTIVIDAD, desde el 2008 hasta la fecha que le sea reconocido y al momento suman el valor de \$ 21.690.161 (...)

3. Ordenar a la Entidad demandada se re-liquide, indexe, reajuste y pague la asignación de retiro reconocida por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, a mi mandante el Sr AGENTE ® MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE DE LA POLICIA NACIONAL identificado con la CC 17.119.457 de Bogotá, adicionándose el 30% de los porcentajes correspondientes a la pensión, entre el aumento efectuado a la asignación de retiro y el que se liquidó a los pensionados

de los demás sectores, desde el 07/2004 hasta la fecha que le anexen en su pensión el derecho pedido.

En la tabla anteriormente relacionada está estipulado año a año, el valor de las mesadas dejadas de pagar las cuales suman el valor de \$ 21.690.161.

4. Se disponga el reconocimiento y pago indexado de los dineros dejados de cancelar por los anteriores conceptos, a partir del mes de julio del año 2004, fecha en la que se aprobó la ley 923, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.

5. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros dejados de cancelar por los anteriores conceptos, a partir del mes de julio de año 2004, fecha en la que se aprobó la ley 923, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.

5. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes precitados en los numerales anteriores a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

1.2. HECHOS.

Son los que el Despacho sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, mediante Resolución No. 0154 del 21 de enero de 1989, reconoció al demandante la asignación de retiro con la partida de la prima de actividad en porcentaje del 20%, según oficio No. 2259 del 27 de febrero de 2015, adeudándole un 30% de conformidad con los artículos 1, 2, 2.1, 2.3 y 2.4 de la Ley 923 de 2004, el cual formalizó el Decreto 1213 de 1990.

1.2.2. El demandante mediante derecho de petición solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, el reconocimiento, reajuste y pago retroactivo de la prima de actividad desde el 1° de julio de 2004 de conformidad con el porcentaje establecido en la Ley.

1.2.3. El 27 de febrero de 2015, el señor Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR, respondió negando lo solicitado mediante el oficio No. 2259 GAG-SDP.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Invocó el demandante como normas violadas las que se enlistan a continuación:

- Constitucionales: 4, 13, 46, 48 y 53

- Legales: Artículos 1,2, 2.1, 2.3, 2.4 y 3.13 de la Ley 923 de 2004; artículos 30, 100 y 102 del Decreto Ley 1213 de 1990; Artículo 34 Ley 2 de 1945.
- Jurisprudenciales: Sentencia C-432 de 2004, Sentencia T-432 de 1992 y Sentencia C-387 de 1994

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Manifiesta que el acto demandando debe ser anulado porque este indica que el Decreto 2863 de 2007, estableció el reajuste del 50% de la prima de actividad, únicamente para el personal de oficiales y suboficiales, por lo tanto, dicha entidad no tiene la facultad legislativa para expedir normas que regulen aumentos del personal de la Policía Nacional o reajuste de las asignaciones mensuales de retiro, planteamiento que considera va en contra del artículo 1° de la Ley 923 de 2004, que hace relación a los miembros de la fuerza pública sin discriminación de grados.

Expuso que la Prima de actividad para los Agentes de la Policía Nacional ha sido estatuida por los artículos 30, 100, 101 y 102 del Decreto Ley 1213 de 1990, estatuto que regula la carrera profesional de los Agentes y en el que la prima de actividad es factor salarial sujeta a ser anexada a la asignación de retiro o pensión; arguyó que esta prima ha sido creada para compensar el bajo salario básico que les paga el Gobierno Nacional a los miembros de la Fuerza Pública, los cuales tiene que laborar muchas veces las 24 horas del día, expuestos constantemente a perder la vida o a quedar parapléjicos, situación a la que estuvo expuesto el demandante durante el tiempo que estuvo en la institución policial, por lo tanto, es un derecho adquirido.

Manifiesta que el principio de oscilación ha sido el mecanismo mediante el cual se garantiza el reajuste periódico de las asignaciones de retiro y las pensiones, cuyo referente es la variación de las asignaciones en actividad.

1.5. TRÁMITE PROCESAL.

La demanda fue admitida mediante Auto Interlocutorio No. 037 del 29 de enero de 2016 (fl. 41 y 41vto); procediéndose a notificar a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público (fls. 44 a 48).

La CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR dio contestación oportuna al libelo para oponerse a sus pedimentos, indicando que la demanda se ha basado en normas especiales que regulan el régimen salarial del a fuerza pública el cual consagra condiciones favorables de acceso a prestaciones como la vejez o la asignación de retiro (fls. 52-54).

Manifestó que los aumentos en la fuerza pública no se han hecho observando los aumentos hechos al servicio activo en el grado. El régimen prestacional del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas se rige por las

disposiciones especiales vigentes al momento de los hechos, las cuales prevalecen sobre las disposiciones de carácter general.

Así las cosas, al pertenecer los miembros de la fuerza pública a un régimen especial, éste contempla el hecho de que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los policías que se encuentran en servicio activo de acuerdo con cada grado.

Propuso como única excepción la siguiente:

- **CARENCIA DEL DERECHO QUE SE RECLAMA:** El porcentaje de la prima de actividad, como partida computable dentro de las asignaciones de retiro, se liquidan sobre el sueldo básico del grado correspondiente. A los agentes no les asiste el derecho por cuanto la norma fue taxativa para el personal oficial y suboficial que venía devengando la asignación mensual de retiro.

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

A través de Auto de Sustanciación No. 586 del 26 de julio de 2016, se fijó fecha para la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fl. 61). El día 30 de agosto de 2016 se llevó a cabo dicha diligencia, en la que se procedió a efectuar el saneamiento del proceso. Paso seguido, se fijó el litigio circunscribiéndose a establecer si el acto administrativo contenido en el oficio No. 2259 GAG-SDP del 27 de febrero de 2015, expedido por el Director General de CASUR se encuentra viciado de nulidad y en caso positivo, decretar el correspondiente restablecimiento del derecho, ordenando a la parte demandada reajustar y pagar la asignación de retiro del demandante adicionándole el 30% de la prima de actividad, desde el año 2008 y hasta la fecha en que le sea reconocido y el pago indexado de los dineros dejados de cancelar por el anterior concepto, a partir de julio de 2004, fecha en la que se aprobó la Ley 923 de 2004; también se intentó la conciliación declarándose fallida.

Igualmente, se decretaron y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por la parte demandante (fl.1-26) y los aportados por la parte demandada con la contestación (fl.59 DVD).

1.5.2. ALEGATOS DE CONCLUSION.

No existiendo más pruebas por practicar, de conformidad con el artículo 179 del C.P.A.C.A., se ordenó prescindir de la segunda etapa de “Audiencia de Pruebas” y se constituyó el despacho en “Audiencia de Juzgamiento”.

Igualmente, con fundamento en los numerales 1° y 2° del artículo 182 ibidem, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, interviniendo las apoderadas de las partes para ratificar los argumentos expuestos en la demanda y

¹ Folios 62 a 64 del expediente.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00189-00

en la contestación de la demanda, según quedó registrado en CD que obra a folio 7 del informativo.

Posteriormente se indicó el sentido del fallo concluyendo que en cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de la prima de actividad en un 30% de conformidad con lo establecido en el Ley 923 de 2004, no le asiste el derecho al demandante, pues éste adquirió el derecho a la asignación de retiro en el año 1989 con base en el Decreto 2063 de 1984 y en tal sentido no resulta posible para el demandante pretender servirse de normas que de forma posterior entraron a regular el tema de la asignación de retiro y aumentaron el porcentaje de la prima de actividad, de igual forma, tampoco se puede beneficiar del Decreto 2863 de 2007 por cuanto el mismo solo es aplicable a los oficiales y suboficiales excluyendo a los agentes de la policía.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte, se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

2.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Es de resaltar que el medio exceptivo al que la entidad demandada denominó CARENANCIA DEL DERECHO QUE SE RECLAMA, no amerita estudio diferente al que se realizará seguidamente al resolver el mérito, puesto que su resolución se confunde con la del fondo del asunto.

3. CUESTIÓN DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si: ¿Tienen derecho los miembros retirados de la Fuerza Pública, con asignación de retiro causada y reconocida conforme al régimen legal anterior, a que ésta sea reliquidada con el porcentaje de la prima de actividad establecido en el Decreto 2863 de 2007 y atendiendo al principio de oscilación establecido en el Decreto 4433 de 2004, o si por el contrario, la prima de actividad como partida para liquidar la asignación de retiro está correctamente reajustada?.

3.2. MARCO NORMATIVO SOBRE LA PRIMA DE ACTIVIDAD PARA LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.

La Ley 131 de 1961 creó las Primas de Actividad en beneficio del *“personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo² y del “personal civil al servicio de las Fuerzas Militares”, con exclusión del “personal de la Justicia Penal Militar” y estableció: “las primas de que trata esta ley no son computables para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales”.*

Posteriormente se dictó el Decreto Extraordinario 188 de 1968, con base en las facultades otorgadas por la Ley 65 de 1967, el cual consagró de nuevo la prima de actividad, conforme a reglas diferentes, pues la extendió a los Agentes de la Policía Nacional y la sometió a un sistema de reajuste para oficiales y suboficiales y de incrementos para ellos y los agentes de la Policía Nacional.

Después se expidió el Decreto Extraordinario 2339 de 1971, que derogó expresamente, en forma total o parcial, leyes y decretos, entre ellos, el Decreto 188 de 1968. En su artículo 82 enumeró las partidas computables al liquidar prestaciones sociales, sin mencionar entre ellas la prima de actividad. Años más tarde la Ley 19 de 1983, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Seguidamente el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, expidió el Decreto 1213 de 1990, *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional”,* en cuyos artículos 100, 101 y 104, sobre la prima de actividad para el personal retirado, señaló lo siguiente:

“ARTICULO 100. BASES DE LIQUIDACIÓN. A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

c. Prima de antigüedad.

d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este

concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

- Bonificación por compensación <Partida adicionada por el artículo 1 de la Ley 420 de 1998.>

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2 ° del artículo 53 de este Decreto.”

“ARTICULO 101. COMPUTO 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.

- 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.”

“ARTICULO 104. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad”.

Así las cosas, observa el despacho que respecto a la Prima de Actividad para el personal en uso de retiro, la normativa 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 Agentes de la Policía 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”, publicada en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004, vigente

a partir de su promulgación (artículo 7), preceptiva que 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." (Negrilla y subraya fuera de texto).

En desarrollo de la referida normativa, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", publicado en el Diario Oficial No. 45.778 de diciembre 31 de 2004, vigente a partir de su promulgación (artículo 45); en cuanto a la prima de actividad frente a las asignaciones de retiro estableció 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.”

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

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

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

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

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

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

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

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

Cabe precisar que la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004 no hicieron referencia en forma específica al concepto y configuración de lo que es la “Prima de Actividad” aplicable al personal retirado, es decir, en ningún aparte normativo se aludió a que dicha reforma se aplicaría al personal fuera de servicio por causa legal y que estuviere percibiendo la asignación de retiro. Nótese claramente su destinación normativa, esto es, para el personal en servicio activo, tampoco la misma indicó que dichas reformas tendrían que aplicarse de manera retroactiva a las situaciones jurídicas (prestaciones sociales) ya consolidadas o resueltas con el retiro definitivo del servicio.

La referida normativa fue proferida 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 la misma, en

razón a que carecería de sentido el alcance normativo fijado en su artículo 1º, expresado de la siguiente manera: *"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 revela la voluntad clara del legislador de no aplicar sus previsiones a los miembros de la Fuerza Pública que hubieren obtenido la asignación de retiro o pensión antes de la vigencia de dicha norma, en razón a que la mencionada norma menciona en su artículo 3º, los elementos mínimos del régimen de asignación de retiro, en su numeral 3.8 dice que: *"La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente ley"* (Negrilla y subrayas fuera de texto). De lo normado se infiere que los pensionados con asignación de retiro con su derecho reconocido antes de la vigencia de la Ley 923, no son los destinatarios del nuevo régimen

Ahora bien, es de precisar que la Ley 797 del 29 de Enero de 2003 *"Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales"*, en su artículo 17², numeral 3³, le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para *"Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política"* y con base en esta facultad expidió el Decreto 2070 de 2003⁴ *"Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares"*, el cual al referirse a las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro para el personal de la policía nacional (art. 23), invariablemente señaló a la prima de actividad, sin someterla a limitaciones de alguna naturaleza en función del tiempo de servicio o similares.

Norma que sin embargo no hizo extensiva su aplicación al personal de la fuerza pública ya retirado, por lo que se evidencia que la misma aplicaba a partir de su vigencia y no antes. Esta norma y la facultad extraordinaria que la soportaba fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante Sentencia C-432-04 de 6 de mayo de 2004, H. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, razón por la cual cobraron vigencia las normas que fueron modificadas por la normatividad extinta y aquella solamente pudo surtir efectos jurídicos respecto de quienes consolidaron sus derechos a la asignación de retiro o pensionales durante su breve vigencia, ni antes ni después, con lo que evidencia la imposibilidad de su aplicación posterior, para personas que no hubieren consolidado sus derechos durante el término que surtió efectos jurídicos.

² Artículo declarado EXEQUIBLE, salvo el numeral 1º y la expresión 'DAS' del numeral 3º declaradas INEXEQUIBLES, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056-03 de 11 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. .

³ Inciso 3º declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432-04 de 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 de 2004

Se observa así mismo, que el Decreto 2863 de 2007 *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones”*, disposición invocada por el demandante, el cual se encuentra actualmente derogado en virtud del artículo 37 del Decreto 673 de 2008⁵ y a este respecto se resalta que actualmente el Decreto 187 de 2014 es la norma vigente sobre la prima de actividad, consagraba en el artículo 4º, que los beneficiarios de las asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 1º de julio de 2007, tendrían derecho a que se les ajustara su asignación en el mismo porcentaje en que se haya ajusta al servidor activo correspondiente, en razón del incremento consagrado en el artículo 2º *ibídem*.

Expresaba el artículo 4 de dicha normativa lo siguiente:

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

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones”. (Negrillas del despacho)

A su vez el artículo 2º, indicaba:

“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%).” (Negrillas del despacho)

De conformidad con lo expresado, se establece que el legislador extraordinario ha propendido a través del Decreto 2863 de 2007, que las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la fuerza pública se incrementen en los mismos porcentajes en que se aumentan las asignaciones de los miembros de la fuerza pública en actividad; lo cual se traduce en el denominado principio de oscilación

⁵ *“Artículo 37. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4º y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2008.”*

atrás explicado, por lo tanto, bajo esa égida dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales, como ya se expresó y como claramente lo consagra el Decreto 2863 mencionado, para las asignaciones reconocidas con anterioridad al 1° de julio de 2007.

Razón por la cual a partir de la fecha indicada –1° de Julio de 2007–, quienes hayan obtenido asignación de retiro previamente tienen derecho a idéntico ajuste, siempre y cuando el interesado o causante tenga o haya tenido la calidad de oficial o suboficial de la fuerza pública, en los precisos términos de norma precitada.

Por ende, no existe una norma expresa que autorice el incremento del factor prima de actividad en los Agentes de la Policía Nacional, retirados antes del 1° de julio de 2007, hasta un 50 %, tal y como se presenta para los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública autorizada por el Decreto 2863 de 2007, motivo por el cual cualquier pretensión sobre el particular carece de soporte sustantivo y de posibilidad alguna de ser despachada favorablemente.

Este criterio, ha obtenido soporte jurisprudencial en pronunciamientos del H. Consejo de Estado, con el siguiente tenor literal⁶:

“(…), Prima de Actividad.

La Ley 19 de 1983 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas, el Presidente expidió el Decreto 089 de 18 de enero de 1984 mediante el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 80 estableció la prima de actividad para personal en servicio activo, equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

El artículo 151 del citado Decreto instauró el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

Posteriormente, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le concedió la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 095 de 11 de enero de 1989, por el cual se reformó el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y que en el artículo 82 reguló la prima de actividad de la siguiente forma:

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “B”. 26 de marzo de 2009. C.P. Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Expediente No.: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07) Actor: OSCAR GOMEZ BRÍÑEZ, Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Artículo 82: 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.

Así mismo, el artículo 153 incluyó dentro de la liquidación de prestaciones la prima de actividad y en el artículo 154 estableció el cómputo de esta en las asignaciones de retiro y demás prestaciones de la siguiente manera:

Artículo 154. Cómputo prima de actividad. A los Oficiales o Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).*
- Para individuos con quince (15) o mas años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).*
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).*
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).*

El artículo 263 ibídem estableció que ese Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto-Ley 89 de 1984 y surte efectos fiscales con fecha de 1º de enero de 1989; la fecha de la publicación es de 11 de enero de 1989.

Mediante el Decreto Ley 1211 de 1990, el Presidente de la República reformó el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y dejó intactas las disposiciones en cuanto a la prima de actividad; este Decreto rige a partir del 8 de junio de 1990 y derogó el Decreto Ley 095 de 1989.

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El demandante se retiró del servicio activo mediante Resolución No. 016 de 1989, con un tiempo de servicio de 21 años 19 días, según Hoja de Servicios Militares No. 144 EJC., expedida el 6 de marzo de 1989, como hace constar el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Fl. 11).

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 095 de 1989, debido a en que la fecha de retiro del actor, 30 de abril de 1989, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para

los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplico la entidad demandada en la Resolución No. 666 de 10 de abril de 1989 (Fl. 11).

Así las cosas estima la Sala que el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad en un 33% por no acreditar más de 30 años en servicio activo, razón por la cual la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada, con la aclaración de que la preceptiva aplicable al sub lite es el Decreto 095 de 1989 (...)”.

Ahora bien, se considera que para saber cómo está configurada la prima de actividad, esto es, cuál es su monto para efectos de calcular la asignación de retiro, se debe acudir al artículo 101 Decreto 1213 de 1990⁷, el cual señala específicamente que la prima de actividad es del 15% del sueldo básico para los Agentes con menos de 20 años de servicio, del 20% del sueldo básico para Agentes con 20 a 25 años de servicio y del 25% del sueldo básico para Agentes con más de 25 años de servicio, lo cual no significa que por ese hecho la Ley 923 de 2004 sea retroactiva a casos anteriores.

Por lo tanto, dichos porcentajes son comunes respecto del Decreto 1213 de 1990 (anterior régimen) como del Decreto 4433 de 2004 (nuevo régimen), puesto que la norma de referencia para las dos normas es la misma, esto es, el Artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, para el caso de Agentes de la Policía.

Vale resaltar que la Prima de Actividad, tal y como su nombre lo indica, fue inspirada en el desempeño efectivo del cargo, en ejercicio de la actividad, beneficio económico previsto en el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990, con los porcentajes allí establecidos, pero una vez se hace efectivo el retiro, el personal retirado entra a ser regulado por lo normado en el artículo 101 ídem, el cual previene los porcentajes de la prima de actividad aplicable al personal retirado, en la proporción correspondiente.

Respecto a la aplicación de la norma vigente al momento del retiro, el H. Consejo de Estado ha dicho⁸:

“La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.”

El demandante se retiró del servicio activo mediante Resolución No. 3247 de 1989, con un tiempo de servicio de 21 años 04 días, según Hoja de Servicios Militares No. 00387 EJC., como hace constar el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. (...)”

⁷ Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

⁸ H. CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009), Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07), OSCAR GOMEZ BRIÑEZ vrs. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 095 de 1989, debido a en que la fecha de retiro del actor, 21 de junio de 1989, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 666 de 10 de abril de 1989. (Subraya el Despacho)

Ahora bien, el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990, para el personal en servicio activo estipula la prima de actividad, de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 30. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido." (Subraya el Despacho)

En síntesis de lo extraído, se observa que para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Agentes de la Policía Nacional, el Decreto 1213 de 1990, en su artículo 104, ordenaba que a los Agentes de la Policía Nacional que fueran retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrían derecho a se les: *"pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad"*.

Al tiempo que, en el régimen contenido en el Decreto 4433 de 2004, artículo 24, se estipuló un aumento del tiempo de servicio y del porcentaje a tener en cuenta de las partidas computables para la asignación de retiro y pensiones, señalando que los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del decreto sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho una asignación mensual de retiro, equivalente al 62% del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del Decreto 4433, por los primeros 18 años de servicio, adicionado en un 4% por cada año que exceda de los 18 hasta los 24 años, sin sobrepasar 85% y a su vez este porcentaje se adicionará en un 2% por cada año, sin que el total sobrepase el 95% de las partidas computables.

En conclusión, encontramos las siguientes disposiciones que se aplican a todos los miembros de la Fuerza Pública: la Ley 923 de 2004; el Decreto 4433 de 2004 y cuya aplicación 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 dictan 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".

En punto de la aplicación del incremento dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "A", mediante providencia del 10 de diciembre de 2015⁹, puntualizó lo siguiente:

"(...) De la lectura de las normas expuestas en el fundamento normativo de esta providencia, puede concluirse que el Decreto 2863 de 2007 incrementó en un 50% el porcentaje de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. De la misma manera, 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 Decreto 2863 de 2007.

De conformidad con el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con asignación de retiro, tenían derecho a una prima mensual de actividad, equivalente al 33% del respectivo sueldo básico, porcentaje que por efectos del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 es incrementado en un 50%. Ahora adicionando 16.5%, que es el 50% del 33%, da como resultado 49.5% del sueldo básico como derecho de prima mensual de actividad de los oficiales y suboficiales activos de las Fuerzas Militares.

Es claro entonces que el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 no tiene el alcance que pretende darle el demandante, pues si bien, tal norma indica que los suboficiales de las Fuerzas Militares con asignación de retiro 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, ello se refiere a un incremento del 50% del porcentaje de la prima de actividad que percibe el retirado, que es el porcentaje en que se ajustó la prima de actividad del suboficial activo de la Fuerza Aérea por mandato expreso del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007.

Para la Sala, cuando el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2° del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y no al resultado de aplicar el 50% al 33% de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990.

⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección "A". Magistrado ponente: Néstor Javier Calvo Chaves. Expediente No. 11001-33-35-015-2014-00340-01. Demandante: José Jairo Sabogal Bedoya. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Ello se explica así: Al demandante en virtud del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, al haber prestado servicios por espacio de 22 años, 9 meses y 29 días, se le reconoció el 25% del sueldo básico como prima de actividad en la asignación de retiro cuando en servicio activo se reconocía el 33%, es decir, que como retirado recibe el 75.76% de la prima de actividad que recibía el activo. Ahora en virtud de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 se le reconoce el 37.5% del sueldo básico como prima de actividad en la asignación de retiro cuando al suboficial en actividad se le reconoce el 49.5%, es decir, que como retirado recibe el mismo 75.76% de la prima de actividad que ahora recibe el activo. Si se aplicara al demandante el 41.5% del sueldo básico como prima de actividad en la asignación de retiro, como se estableció en la sentencia de primera instancia, el retirado percibiría el 83.84% de la prima de actividad que percibe el activo, lo que matemáticamente es un porcentaje superior con respecto a lo autorizado al momento de surgir el derecho a la asignación de retiro y que va en contravía de lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 que expresamente consagra que los suboficiales con asignación de retiro de las Fuerzas Militares "tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente".

La pretensión de la parte demandante también contraviene el principio de oscilación, el cual considera que la asignación de retiro debe ser reajustada o incrementada de acuerdo al porcentaje que sufran las asignaciones de los miembros activos de la Fuerza Pública, constituyéndose en un método para mantener actualizado el valor adquisitivo de dicha remuneración. Efectivamente, si como ya se analizó se autorizara incrementar al 41.5% del sueldo básico como prima de actividad en la asignación del retiro del demandante, el ajuste de dicha partida no sería del 50% como lo señala los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 sino del 66%, lo que no es acorde con el principio de oscilación en la liquidación de las asignaciones de retiro que es un derecho en el ámbito del régimen especial de la Fuerza Pública, pero de ninguna manera puede desfigurarse en el sentido de permitir que la interpretación de una norma tenga el alcance de incrementar su asignación de retiro en un porcentaje mayor al autorizado y al que corresponde al personal en servicio activo. (...)" (Se subraya por el Despacho)

Frente a este mismo tópico, el H. Consejo de Estado mediante providencia del 21 de mayo de 2014¹⁰, indicó:

"(...) El tutelante identificó las razones por las cuales considera que las decisiones judiciales atacadas vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, toda vez que en su criterio inaplicaron el contenido de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007, con los que pretendía le fuera incrementada la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro, en el mismo porcentaje en que se aumentó al personal activo correspondiente a su grado, a partir del 1º de julio de 2007. Las normas en cita disponen: (...)

¹⁰ Consejo de Estado - Sección Quinta - Consejero Ponente: Dr. ALBERTO YEPES BARREIRO. veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02114-01. Actor: Jesús Antonio Moya Romero Demandados: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F" y Juzgado Octavo Administrativo de Bogotá. Acción de tutela - Fallo de segunda instancia

Por su parte, el artículo 4º ordenó para el personal retirado antes del 1º de julio de 2007 el reajuste de la partida computable denominada prima de actividad, en el mismo porcentaje en que se incrementa la del personal activo, en virtud del principio de oscilación¹¹. La norma en comento dispone: (...)

Frente a este punto, la Sala considera que las autoridades judiciales acusadas, en desarrollo de su actividad judicial, no se apartaron de las normas sustantivas aplicables y relativas al objeto de la litis, al punto que relacionaron el aumento porcentual para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que obtuvieron el reconocimiento de su asignación de retiro con anterioridad a la vigencia del Decreto 2863 de 2007. Al respecto el Tribunal accionado concluyó que:

"En ese sentido, es claro, con la jurisprudencia transcrita, que como el actor fue retirado del servicio el veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996) (fl. 6) está cobijado por el Estatuto de Personal de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional contenido en el Decreto 1212 de 1990, según el cual, la prima de actividad debió serle reconocida en un porcentaje del veinticinco por ciento (25%), como en efecto ocurrió (...).

Ahora bien, como da cuenta la misma demanda y los documentos obrantes en el expediente (fl. 4), a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, la entidad demandada aumentó el porcentaje de la prima de actividad que se venía reconociendo en un cincuenta por ciento (50%) es decir, pasó de reconocer el veinticinco por ciento (25%) al treinta y siete punto cinco por ciento (37.5%), con base en la siguiente operación

$$25\% / 2 = 12.5\%$$

$$25\% + 12.5\% = 37.5\%$$

Así las cosas, es claro para esta Sala que la entidad demandada dio aplicación íntegra al Decreto 2863 de 2007, pues aumentó el porcentaje de la prima de actividad dentro de la asignación de retiro del señor SV @ JESÚS ANTONIO MOYA ROMERO en un porcentaje del cincuenta por ciento (50%) de lo que se venía devengando, al aumentar del veinticinco por ciento (25%) al treinta y siete punto cinco por ciento (37.5%).

Lo anterior por cuanto, contrario a lo afirmado por el demandante, el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 ajustó la prima de actividad en las asignaciones de retiro en el mismo porcentaje en que se ajustó la prima de actividad del activo correspondiente en virtud del artículo 2º ibídem, es decir, en un cincuenta por ciento (50%) (...)"¹²

Así las cosas, se observa que en el trámite del proceso, las providencias judiciales atacadas fueron proferidas con fundamento en las normas sustantivas aplicables al caso, sin extralimitar sus competencias funcionales, de modo que en esta sede que lo pretendido no es otra cosa que reabrir el debate, pues lo que se advierte es que existe una inconformidad del tutelante con el criterio

¹¹ Es la forma especial de reajuste, aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y tiene como objetivo, preservar el derecho a la igualdad entre el personal retirado y activo, es decir, equiparar el incremento anual de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas armadas al incremento de las asignaciones de los miembros de tales Instituciones que se encuentren activos. Ver sentencia de 12 de febrero de 2009 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación N° 25000-23-25-000-2007-00267-01(2043-08). Actor: Jaime Alfonso Morales Bedoya. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

¹² Folios 25 y 26.

hermenéutico con el que las autoridades judiciales tuteladas fundamentaron las providencias cuestionadas, las cuales le fueron adversas porque le negaron la nulidad del acto administrativo que no le reajustó la prima de actividad en el porcentaje por él reclamado.

En consecuencia, la Sala estima que las providencias enjuiciadas se encuentran enmarcadas dentro del principio de autonomía judicial que tienen los jueces de la República, en los términos de los artículos 228 y 230 de la Constitución Política. Y que las mismas se encuentran debidamente argumentadas en cuanto a los reparos señalados, habiéndose aplicado al caso concreto las normas sustanciales que reglamentan el tema objeto de debate procesal, de tal manera que no resulta vulneratorio de los derechos fundamentales alegados por la parte actora. (...)"

El anterior permite al Despacho inferir, que fue a partir del 1º de julio de 2007 que la prima de actividad se aumentó en igual proporción para activos y retirados (50%), es decir, que la base sobre la cual debe hacerse el respectivo ajuste no puede ser sobre el porcentaje que perciben los activos, sino a lo que apunta el principio de oscilación es que haya una igualdad en el incremento porcentual en la asignación de retiro, es decir, que se le aplique el 50% de incremento del porcentaje de prima de actividad que se percibe como retirado.

4. EL CASO CONCRETO.

A fin de resolver el problema jurídico planteado dentro de la presente Litis, la Instancia encuentra acreditado los siguientes hechos:

- Se tiene probado que el demandante fue retirado a partir del 25 de septiembre de 1988 (folios 15 a 15vto cuaderno principal), conforme al Decreto 2063 de 1984. Situación jurídica que NO ha sido objetada en el presente asunto.
- Hoja de Servicios No. 3440¹³ aprobada por el Secretario General de la Policía Nacional, perteneciente al señor MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE, de la cual se extrae lo siguiente:

“ **C) RELACION DE SERVICIOS PRESTADOS**

NOVEDAD	DISPOSICION	FECHAS		TIEMPO
		De	A	
SOLDADO	Cert. 02828-86	01-AG-54	28-FEB-66	01 06 27
AGENTE	Res. 02964-61	01JUL-61		
RETIRO	Res. 1946-64		05-JN-64	02 11 04
AGENTE ALUMNO	Res. DE.059-72	21-AG-72	31-EN-73	00 05 10
AGENTE	Res. 0401-73	01-FEB-73		
RETIRO	Res. 3425-88		25-JN-88	15 04 24
ALTA TRES MESES	Res. 3425-88	25-JN-88	25-ST-88	00 03 00
TIEMPO DOBLE	Dcto. 1386-74	01-FB-73	29-DC-73	00 10 28
SUBTOTAL				21 06 03
DEDUCCION	D.2063			00 00 07

¹³ Folio 13 del expediente.

DIF. AÑO LABORAL D.2063-84 A.156

00 03 22

TOTAL SERVICIOS

21 09 18

SON: VEINTIUN (21) AÑOS, NUEVE (09) MESES Y DIECIOCHO (18) DIAS.

- Resolución No. 0154 del 24 de enero de 1989 emitida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía nacional, "*Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de asignación mensual de retiro con base en el expediente No. 1249 de 1983, al Agente @ ZAMBRANO PASAJE MUGUEL ANTONIO*"¹⁴
- Desprendibles de pago de la asignación de retiro del señor MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE, en el que se observa que la prima de actividad se está liquidando por valor del 20%.¹⁵
- Derecho de petición radicado ante la entidad demandada¹⁶, a través del cual el actor solicitó la liquidación de la prima de actividad y la reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 2863 de 2007.
- Mediante el Acto Administrativo Acusado Oficio No. 2259 GAG-SDP del 27 de febrero de 2015¹⁷, expedido por CASUR, el Director General de la Caja de Retiro de la Policía Nacional, negó el reconocimiento de reajuste a la prima de actividad.

4.1. ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Del recuento fáctico efectuado, se observa que el Agente @ MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE, prestó sus servicios en la Policía Nacional hasta el 25 de septiembre de 1988 y se le computó un término de veintiún (21) años, nueve (9) meses y dieciocho (18) días¹⁸; que mediante Resolución No. 154 del 24 de enero de 1989, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconoció la asignación de retiro a partir del 25 de septiembre de 1988¹⁹ en cuantía equivalente al 74% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y las partidas legalmente computables, reconociéndole por concepto de prima de actividad el 20%, porcentaje correctamente aplicado en virtud de lo establecido en el Decreto 1213 de 1990.

Es así como, aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados se evidencia que no le asiste razón a la parte actora en sus pretensiones, pues el porcentaje de la Prima de Actividad que se ha venido liquidando en la Asignación de Retiro de que es beneficiario, ha respetado la normatividad legal que la rige así como el principio de oscilación.

En el presente caso no se demuestra que la entidad demandada hubiere aplicado un porcentaje de incremento de la asignación de retiro diferente al decretado

¹⁴ Folio 15 a 16 del expediente.

¹⁵ Folio 23 a 26 del expediente.

¹⁶ Folios 9 a 11 del expediente.

¹⁷ Folio 12 del expediente.

¹⁸ Folio 13 del expediente.

¹⁹ Folios 15-16 del expediente.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MIGUEL ANTONIO ZAMBRANO PASAJE
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR
RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00189-00

anualmente por el ejecutivo nacional para el personal en servicio activo. Ello indicaría que no se demostró quebrantamiento del principio de oscilación invocado.

En conclusión, la Prima de Actividad se liquida conforme al Estatuto vigente para la fecha del retiro efectivo del personal y en la forma que aquél determine expresamente, razón por la cual en el *sub judice* no es aplicable la normativa aludida por el demandante, debido a que la misma rige a partir de su promulgación, esto es, el 30 de diciembre de 2004 (Diario Oficial 45.777), fecha posterior a la que se le reconoció la asignación de retiro al demandante, esta última fecha anterior a la vigencia de la Ley 923 de 2004, del Decreto 4433 de 2004 y sustantivamente no es sujeto al Decreto 2863 de 2007, pues el mismo solo es aplicable a los oficiales y suboficiales de la fuerza pública excluyendo a los Agentes de la Policía. Por lo tanto, la presunción de legalidad que goza el acto acusado en el presente asunto no ha sido desvirtuada, lo que da lugar de negar las pretensiones de la demanda.

5. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

No hay lugar al pago de costas por parte de la parte vencida en juicio, en el entendido que no apareció probada su causación²⁰, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G. del P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

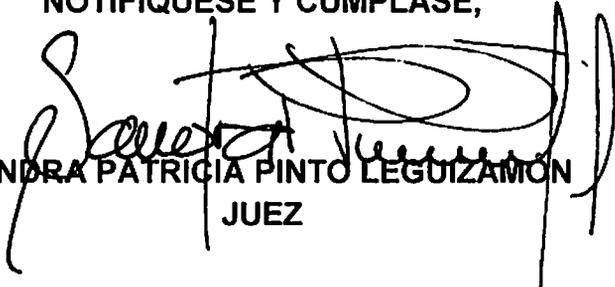
FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: ORDÉNAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora y en firme la presente sentencia **ARCHIVAR** el expediente previa cancelación de su radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMÓN
JUEZ

NGV

²⁰ Consejo de Estado - Sección Primera - Consejero Ponente: Dr. GUILLERMO VARGAS AYALA. - dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación Núm.: 25001-23-41-000-2012-00446-00.