REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
Sala de Decisión No. 2

Tunja, 12 JUL 2016

Medio de Control	:	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante	:	**José Ignacio Zambrano Abril**
Demandado	:	**Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional**
Expediente	:	**150013333009-2015-00006-01**

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia de 17 de noviembre de 2015 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda impetrada por el señor José Ignacio Zambrano Abril contra la Caja de Sueldos de Retito de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. El señor José Ignacio Zambrano Abril mediante apoderado judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 24588 GAG-SDP del 30 de septiembre de 2014 proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional por medio del cual se niega el reajuste, reliquidación y pago del 35%

de la prima de actividad a que tiene derecho, de conformidad con la Ley 923 de 2004, el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 2863 de 2007.

Solicita que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional pagar el retroactivo del 35% de la prima de actividad, desde el año 2010 hasta la fecha que le sea reconocido.

Que se ordene a la entidad demandada reliquide, indexe, reajuste y pague la asignación de retiro reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el 35% de los porcentajes correspondientes a la pensión, entre el aumento efectuado a la asignación de retiro y el que se liquidó a los miembros de la Fuerza Pública que se retiran en la actualidad, desde el 2010 hasta la fecha que le anexen en su pensión el derecho pedido.

Pretende que se disponga el reconocimiento y pago indexado de los dineros dejados de cancelar a partir del año 2010, fecha en la que se aprobó la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 hasta la fecha en que le sea reconocido el derecho; que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes precitados a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Narra la demanda que el representante legal de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 2100 de 23 de mayo de 1991 le reconoció al actor la asignación de retiro con la prima de actividad en un porcentaje del 15%, adeudándole un 35% en cumplimiento de lo establecido en los artículos 1, 2, 2.1, 2.3 y 2.4 de la Ley 923 de 2004.

Que el agente José Ignacio Zambrano Abril solicitó mediante derecho de petición del 4 de agosto de 2014 el reconocimiento y pago del retroactivo de la prima de actividad en un porcentaje del 35% desde el 1 de julio de 2004 fecha en que fue expedida la Ley 923 de 2004, para que reliquide, ajuste e indexe la pensión, de conformidad con los porcentajes establecidos para tal fin; pidió de igual manera en esa misma solicitud se le indexe en forma permanente su asignación de retiro en un porcentaje del 35%.

II. TRAMITE PRIMERA INSTANCIA.

La demanda fue admitida mediante auto de 12 de marzo de 2015 (fls. 68 a 70 c1).

Una vez fue notificada la entidad demandada, ésta presentó escrito de contestación dentro de la oportunidad, en los siguientes términos (fls. 86 a 90 c1):

Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. El apoderado de la entidad demandada sustenta su escrito de contestación en los siguientes términos:

Se opone a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto el actor solicita aplicación del Decreto 2863 de 2007 y/o 4433 de 2004 "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones", que dispuso en su artículo 2° aumentar en un 50% la prima de actividad.

Que la controversia se centra en determinar si el señor José Ignacio Zambrano Abril, como miembro retirado de la Policía Nacional con asignación de retiro

causada y reconocida conforme al Decreto 1213 de 1990, tiene derecho a que esta sea reliquidada incrementando el porcentaje de la prima de actividad consagrada en el Decreto 2863 de 2007, circunstancia ante la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional plantea una tesis negativa a las pretensiones del demandante.

Alude que la prima de actividad 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, por ende dicha prestación debe ser liquidada conforme a la normativa vigente para la fecha en que el demandante estuvo activo teniendo en cuenta su finalidad y objeto legal.

Precisa que el Decreto 2863 de 2007 estableció el reajuste del 50% de la prima de actividad que venía devengando al 1 de julio de 2007, únicamente al personal de oficiales y suboficiales; que en ningún aparte de la norma se hizo alusión a que las disposiciones también les serían aplicables al personal de agentes retirados que estuvieren percibiendo la asignación de retiro, ni tampoco que las reformas introducidas por éste tuvieran efectos retroactivos a las prestaciones ya consolidadas con el retiro del servicio excluyendo de manera taxativa a dicho personal; que la norma es clara y su contenido normativo no es extensivo con relación al reajuste de la asignación de retiro por concepto de prima de actividad, dado que pretender factores y porcentajes de asignación de retiro de decretos diferentes es romper con el principio de inescindibilidad.

Sostiene que la prima de actividad como beneficio económico fue concebido en el desempeño efectivo del cargo, es decir en ejercicio de la actividad, por

lo que mal podría aplicarse una norma posterior al retiro, con una interpretación errada y discriminada del principio de irretroactividad normativa y oscilación, partiendo del hecho que el demandante fue retirado a partir del 10 de enero de 1991 conforme al Decreto 1213 de 1990 norma vigente para la época en que el actor adquirió el derecho, conformada por el 58% del sueldo básico y las partidas correspondientes al grado, incluyendo el 15% de la prima de actividad.

Alude que el Decreto 2863 de 2007 en su artículo 2 excluye expresamente y sin lugar a dudas el incremento de la prima de actividad para las asignaciones de retiro: "(...) Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión..."

Que el reajuste del 50% de la prima de actividad se venía devengando al 1 de julio de 2007, únicamente por el personal de oficiales y suboficiales; que la entidad no tiene facultad legislativa para expedir normas que regulen aumentos de sueldos del personal de la Policía Nacional o reajustes de las asignaciones mensuales de retiro.

Presentó como excepción previa la denominada "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA DEL DEMANDANTE" y como excepciones de mérito "IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY", "INEXISTENCIA DEL DERECHO" y "PRESCRIPCIÓN DE DIFERENCIA EN MESADAS PENSIONALES".

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

El Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja formuló el siguiente problema jurídico: determinar si en el presente caso es procedente el reconocimiento de la prima de actividad en el porcentaje establecido por el Decreto 4433 de 2004 y 2863 de 2007 a los agentes de la Policía Nacional retirados con anterioridad a su vigencia, en aplicación de los principios de igualdad y de oscilación.

Alude que como al demandante se le reconoció su asignación de retiro a través de la Resolución No. 2100 de 23 de mayo de 1991, la norma aplicable es el Decreto 1213 de 1990 que reguló dicha prestación en el artículo 104.

Que en lo que tiene que ver con la prima de actividad, el artículo 30 del mencionado Decreto dispone:

> "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".

Indica que para la liquidación de la asignación de retiro de los agentes de la Policía Nacional, se dispuso en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990, que se incluirían entre otras, la prima de actividad en los porcentajes previstos; que el artículo 101 del mismo decreto, preceptúa lo siguiente:

> "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..."

Sostiene que posteriormente la Ley 923 de 2004 introdujo modificaciones a la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública al momento de establecerse la asignación de retiro y/o pensión, manteniendo claro el principio de oscilación, al señalar en el artículo tercero: "3.13. 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".

Prevé que el señor José Ignacio Zambrano Abril es agente retirado de la Policía Nacional y le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 2100 de 23 de mayo de 1991, acto administrativo en el cual se tuvo como base de liquidación de la asignación de retiro el 58% del salario básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, monto sobre el cual se reclama la aplicación del principio de oscilación y la vulneración del derecho a la igualdad.

Manifiesta que como el actor consolidó su derecho mediante Resolución No. 2100 de 1991 con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y por supuesto con anterioridad a la vigencia del Decreto 2863 de 2007 los porcentajes establecidos en el citado decreto correspondientes a la prima de actividad no pueden serle aplicados para efecto de la reliquidación de su asignación de retiro en la forma solicitada, porque estas normas no se encontraban vigentes cuando le fue reconocido su derecho, razón por la cual no habrá lugar a declarar la nulidad del acto administrativo demandado.

Establece que la norma aplicable al caso concreto es el Decreto 1213 de 1990 en cuya vigencia adquirió la asignación de retiro el actor y en tal sentido no se puede aplicar los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007 normas posteriores que no tienen efectos retroactivos.

IV. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Por intermedio de su apoderado, la parte accionante interpone y sustenta el recurso de alzada, con base en los siguientes argumentos:

Que la Ley 923 de 2004 estableció los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía sujetarse para fijar la asignación de retiro de pensión y de sobrevivientes del personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional especialmente en lo relacionado en los artículos 1, 2, 2.1, 2.4, y 3.13.

Precisó que el Gobierno Nacional al formular el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 dejó por fuera el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990 al cual hace relación a los agentes de la Policía Nacional, los cuales para llegar a tener ese título como policía profesionales tienen que realizar un curso de especialización de un año, el cual no lo hace el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, los cuales si fueron contenidos en el artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990 con el incremento del 50% de la prima de actividad.

Alude que en el caso particular y concreto ni el Gobierno Nacional al dictar el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 ni el juez de primera instancia tuvo en cuenta los principios consagrados en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, que en uno de sus apartes dice que: "Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos

administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política...", principios como igualdad, justicia, imparcialidad, equidad, solidaridad e intangibilidad.

Que hay razón suficiente para que este Tribunal declare inexequible la sentencia formulada por el a quo por ser violatoria del artículo 2° de la Ley 923 de 2004.

Prevé que el artículo 110 del Decreto 1213 de 1990 es concordante con el artículo 3,13 de la Ley 923 de 2004 que estableció el principio de oscilación, el cual ha sido desde vieja data el mecanismo especial adoptado por el régimen especial para garantizar el reajuste periódico de las asignaciones de retiro y pensiones, cuyo referente es la variación de las asignaciones en actividad; que este método busca que las prestaciones vitalicias por retiro o pensión se incrementen al menos anualmente en el mismo porcentaje en el que se incrementaron las asignaciones en actividad correspondientes al mismo grado, norma legal que el Gobierno Nacional pasa por alto, porque anualmente el porcentaje de aumento para el personal en actividad es más alto que el del personal retirado; que por este hecho antijurídico la diferencia entre el personal en servicio activo y el retirado es abismal; que un agente que se retire este año su asignación de retiro es de $2´200.000 y la del demandante es de $1´571.504 notándose la diferencia, por eso solicita se declare nula la sentencia de primera instancia.

Que en la demanda y en los alegatos de conclusión se hizo mención a la sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004, la cual no tuvo en cuenta el juez al dictar la sentencia, pues inclinó la balanza de la administración de justicia en favor del Decreto 2863 de 2007 formulado por el Gobierno Nacional, decreto que contradice el Decreto 1157 de 2014.

Precisa que en la demanda se hizo alusión a la sentencia de septiembre 27 de 2000. Referencia: expediente 1458 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Doctor José Roberto Herrera Vergara, en la cual se indica: "La Condición más beneficiosa para el trabajador", se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cual norma es ventajosa y benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. La favorabilidad opera entonces no solo cuando existe conflicto entre dos normas de distintas fuentes formales, o entre dos normas de idénticas fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Indica que para el caso particular el Juez se convirtió en legislador, puesto que le dio aplicabilidad a un decreto que por expresa prohibición Constitucional y legal le impide aplicar.

Trae a colación el artículo 13 de la Constitución Política, en tanto que el demandante se encuentra dentro del género de los adultos mayores; que se le discriminó por el hecho de ser agente de la policía; que en la demanda se hizo alusión al artículo 46 de la Carta el cual en uno de sus apartes precisa que "El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria".

Sostiene que el artículo 1° de la Ley 923 no señala diferencia de grados o jerarquías, sino que menciona de forma global a los miembros de la Fuerza

Pública, en tal razón los planteamientos del Juez de primera instancia son inocuos y carentes de motivación constitucional, legal y jurisprudencial y además violan principios fundamentales tales como el principio a la igualdad, la justicia y la equidad y en este caso particular se deben tener en cuenta sin dilaciones.

Que en el caso particular el a quo no aplicó la ley preexistente, sino que aplicó los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007 decreto que va en contravía del artículo 29 de la Constitución Política y de la Sentencia 432 de 2004.

V. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, por auto de 11 de febrero de 2016 (fls. 159 y 159 vto. c2) se resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora.

Así mismo, mediante proveído de 11 de marzo siguiente (fls. 162 y 163 c2), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Planteamiento del problema jurídico a resolver

Se trata en este caso de establecer la legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 24588/GAG-SDP de 30 de septiembre de 2014 proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por medio del cual se le niega el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad conforme a la Ley 923 de 2004 y los Decretos 4433 de 2004, 2863 de 2007 y 1157 de 2014.

3. Del Régimen Prestacional de la Fuerza Pública

Lo primero que importa esclarecer es que la Fuerza Pública, por mandato constitucional expreso, ha de contar con un régimen prestacional propio, pues así lo determinó el constituyente de 1991 al dictaminar en los artículos 150 numeral 19 literal e) y 217 lo siguiente:

> **"ARTICULO 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
>
> 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
>
> a) Organizar el crédito público;
>
> b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;
>
> c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;
>
> d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;

> **e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.**
>
> f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.
>
> Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas..."

Por su parte, el artículo 217 Superior, relativo a la Fuerza Pública, que además se reitera en el 218 en lo que cabe con la Policía Nacional, señaló:

> "**ARTICULO 217**. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.
>
> Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.
>
> La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y **el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio**". Resaltado fuera de texto

Ahora, desde antes de la Constitución de 1991, pero en total consonancia con el ordenamiento constitucional antes vigente, se había expedido el Decreto 1213 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional" -vigente al momento del efectivo retiro del servicio del demandante-, que en el artículo 110 había establecido:

> **"ARTÍCULO 110. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES.** Las asignaciones de retiro y 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 aquéllas 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".

El denominado principio de oscilación operaba respecto de las asignaciones de retiro y de las pensiones militares y policiales que se hubieran reconocido a los miembros retirados de la Fuerza Pública, garantizándose que las referidas prestaciones sociales mantuvieran su poder adquisitivo, el cual, por manera más que obvia, conllevaba a que las prestaciones antes mencionadas por lo menos recibieran el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional hubiera dispuesto para los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública.

Lo anterior resuelve un primer interrogante, cual es que la Fuerza Pública contaba con un dispositivo eficaz por medio del cual se abordaba y solucionaba año por año el problema de la pérdida del poder adquisitivo de las mesadas bien fuera por concepto de asignación de retiro o de pensión de jubilación que estuviera percibiendo su personal retirado.

4. De la prima de actividad en el caso de los Agentes de la Policía Nacional.

En lo atinente a la prima de actividad, se tiene que la misma fue creada mediante la Ley 131 de 1961 para los Oficiales, Suboficiales y el personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, con exclusión del personal de la Justicia Penal Militar, norma que a su vez estableció que "las primas de que trata esta ley no son computables para efectos de asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones sociales".

Posteriormente, en ejercicio de las facultades legales otorgadas por la Ley 65 de 1967, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Extraordinario 188 de 1968, el cual hizo extensiva la prima de actividad a los Agentes de la Policía Nacional, además de reajustar los porcentajes de su reconocimiento.

La anterior prestación fue sostenida para tales servidores mediante los Decretos 3187 de 1968, 2340 de 1971 y 609 de 1977.

Luego, en ejercicio de las facultades conferidas por el Legislador mediante la Ley 19 de 1983, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2063 de 1984 por medio del cual se reorganizó la carrera de Agentes de la Policía Nacional, el cual en su artículo 40 estableció la prima de actividad para personal en servicio activo, equivalente al treinta por ciento (30%) 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.

Así mismo, el Gobierno Nacional en uso de las facultades extraordinarias que le concedió la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 097 de 1989, por el cual se reformó el Estatuto de Carrera de los Agentes de la Policía Nacional y en el artículo 30 reguló 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".

Por su parte, el artículo 99 ibídem incluyó dentro de la liquidación de prestaciones la prima de actividad, incluso en las asignaciones de retiro, indicando que su cómputo sería de la siguiente manera:

> **"ARTÍCULO 99. 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.
>
> -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"

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 30, 100, 101 y 104, sobre la prima de actividad para el personal retirado, señaló lo siguiente:

> **"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.
>
> (...) (...)
>
> **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.

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 pensiónales 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".

Conforme a lo anterior, se tiene que el Decreto 1213 de 1990, en lo que respecta al reconocimiento de 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.

Finalmente, el Congreso de la República mediante 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", fijó los criterios y objetivos que debía seguir el Gobierno Nacional para fijar 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, siendo que, en desarrollo de dicha norma, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, el cual, en lo que respecta al cómputo de la prima de actividad en la asignación de retiro, indicó:

> **"ARTICULO 20. 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."

De las normas en comento se debe precisar que en ellas no se consagró una regulación especial en lo que respecta al reconocimiento de la prima de actividad frente al personal retirado, o en lo que respecta al cómputo de la misma en la asignación de retiro, **por lo que se concluye que para el caso de los Agentes retirados de la Policía Nacional, se debe acudir al artículo 101 del Decreto 1213 de 1990 el cual señala específicamente que la prima de actividad se computa con un 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, sin que lo anterior significa que la Ley 923 de 2004 sea retroactiva a situaciones jurídicas definidas con anterioridad a su vigencia.

Conforme a lo anterior se tiene que dichos porcentajes son comunes respecto del Decreto 1213 de 1990 como al Decreto 4433 de 2004, 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, es así que dicha prestación se reconoce para dichos servidores cuando se encuentran en servicio activo de conformidad con el artículo 30 ibídem y en los porcentajes allí establecidos, siendo que una vez pasan a retiro, dicha prestación pasa a ser una partida computable de la asignación de retiro en los términos del artículo 101.

De otra parte, el Decreto 1515 de mayo 5 de 2007 "por el cual se fijan 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**" fue expedido por el Presidente de la Republica, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992. Esa norma, en su artículo 1° determinó:

> "Artículo 1°. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, fíjase la siguiente **escala gradual porcentual** para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.
>
> **Los sueldos básicos mensuales** para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.
> OFICIALES
> (...)
> SUBOFICIALES
> (...)
> NIVEL EJECUTIVO
> (...)
> AGENTES DE LOS CUERPOS PROFESIONAL Y PROFESIONAL ESPECIAL DE LA POLICÍA NACIONAL..."

El **Decreto 2863 de 27 de julio de 2007** "por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones" fue expedido por el Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y la Ley 923 de 2004 y en lo pertinente dispuso:

> "Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:
>
> Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad **de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990[1], 68 del Decreto-ley 1212 de 1990[2] y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990[3].**

[1] Por el cual se reforma el estatuto del personal de **oficiales y suboficiales de las fuerzas militares**

[2] Por el cual se reforma el estatuto del personal de **oficiales y suboficiales de la Policía Nacional.**

> 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 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.
>
> Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones." Resaltado fuera de texto.

El iter legislativo antes descrito permite considerar que mediante el Decreto 1515 de 2007 se fijó un **régimen salarial de sueldos básicos según una escala porcentual para los miembros de la Fuerza Pública,** ello en desarrollo de las facultades que en materia salarial confiere la Ley 4ª de 1992 al Presidente de la República.

Además se observa que en la modificación al régimen salarial, introducida por el Decreto 2863 de 2007, se precisaron los regímenes a los que era aplicable el incremento en la prima de actividad, así, para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional - Decretos 1211 y 1212 de 1990 - y

---

[3] Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional del **personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.**

el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional - Decreto 1214 de 1990-, **dejando por fuera los agentes de la Policía Nacional.**

Tal como lo deja ver el recurso de apelación el argumento principal conlleva a la inaplicación de los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007, al considerar que son discriminatorios por no incluir como beneficiarios al nivel de Agentes de la Policía Nacional y; que, inaplicada la norma tendría derecho a que, en su asignación de retiro, se incluya tal partida en el porcentaje previsto en las mencionadas normas.

La Sala de Decisión No. 3 de este Tribunal, en sentencia de 13 de junio de 2016 con ponencia de la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz[4], al resolver un caso similar al aquí estudiado, precisó lo siguiente:

> En la Sentencia C- 888 de 2002, luego de examinar las distintas condiciones de cada uno de los grupos que conforman las Fuerzas Armadas, la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:
>
> > "...4.1. La primera razón que evidencia las diferencias de supuestos que se regulan, es que cada uno de los regímenes fue abordado en un decreto independiente. Pero este hecho, por sí sólo, no es suficiente para demostrar que en efecto se trata de situaciones claramente diferentes. Para ello es necesario tener en cuenta otras razones.
> >
> > 4.2. La segunda razón es que mientras el régimen de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares es especial por disposición del propio constituyente, no ocurre lo mismo con el régimen del personal civil en cuestión
> > (...)

[4]Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: JOSE MANUEL CASTAÑEDA MENDOZA. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR - Expediente: 15001 3333 **013 2013 00255** 01

4.3.
(...)
La tercera razón para considerar que se trata de regímenes especiales incomparables, entonces, es que el propio legislador así lo determinó. En efecto, el tenor literal de la norma transcrita marca una diferencia tajante entre el régimen de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional por un lado, y el personal regido por el Decreto 1214 de 1990, por otro, es decir, el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Pero no sólo se trata de una cuestión gramatical. Las razones para excluir del régimen general de la Ley 100 de 1993 a uno y otro grupo son diferentes y, en consecuencia, los efectos normativos en uno y otro caso también son distintos.
(...)
4.4. La cuarta y última razón para considerar que los regímenes especiales en cuestión no son comparables, es que explícitamente la jurisprudencia constitucional así lo ha considerado. En la sentencia C-665 de 1996 (M.P. Hernando Herrera Vergara) en la que la Corte estudió la constitucionalidad de un aparte del primer inciso del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se dijo al respecto, "Es conveniente precisar, adicionalmente, que en ningún caso puede asimilarse al personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con los miembros activos de estas instituciones. En este sentido, el legislador habilitado constitucionalmente para ello, dispuso de conformidad con los preceptos de orden superior -artículos 217 y 218-, un régimen prestacional diferente para los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el personal civil de las mismas (Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990), dada la naturaleza del servicio que cada uno desempeña."
4.5. Por lo tanto, es preciso concluir que **los tratos diferenciales que establezcan entre sí el régimen prestacional de los miembros civiles del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional contemplado en el Decreto Ley 1214 de 1990, por un lado, y el régimen de oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares contemplado en el Decreto Ley 1211 de 1990, por otro lado, no constituyen tratos discriminatorios**, por cuanto regulan situaciones de hecho claramente diferentes que ameritan tratos distintos. **No se trata pues, de grupos de personas semejantes, sino evidentemente diversas.** Por lo tanto, el legislador podía

legítimamente darles un tratamiento diferente. Por consiguiente la Corte declarará exequibles los artículos 159 del decreto Ley 1211 de 1990 y 46 del Decreto Ley 1214 de 1990..." Resaltado fuera de texto.

Luego, en la Sentencia C-229 de 2011, precisó la Corte Constitucional:

"...3.5. En el marco específico de este régimen especial, la jurisprudencia ha aceptado que **es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas**: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares[5].

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales[6]"[7]..."

Incluso, se ha considerado que no es inconstitucional contemplar diferencias entre el mismo grado si pertenecen a distintas Fuerzas Armadas. Dijo la Sentencia C-980 de 2002 "...Así pues, siguiendo su propia jurisprudencia, concluye esta Corte que los tratos diferenciales que establezcan entre sí el régimen prestacional de los

[5] Corte Constitucional, sentencia C-888 de 2002.

[6] Dos de las situaciones en que el Decreto Ley 1211 de 1990 establecen tratos idénticos para oficiales y suboficiales, son por ejemplo el período de prueba (Art. 35) y el subsidio familiar (Art. 79).

[7] Corte Constitucional, sentencia C-888 de 2002.

> miembros civiles del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional contemplado en el Decreto Ley 1214 de 1990, por un lado, y el régimen de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional contemplado en el Decreto Ley 1212 de 1990, por otro lado, no constituyen tratos discriminatorios, por cuanto regulan situaciones de hecho claramente diferentes que ameritan tratos distintos. No se trata pues, de grupos de personas semejantes sino evidentemente diversas. Por lo tanto, el legislador podía legítimamente darles un tratamiento diferente. Por consiguiente, y en atención a las razones de la demanda, la Corte declarará exequibles los artículos 140, 141, 144, y 152 del Decreto Ley 1212 de 1990..."

Por su parte el Decreto 1213 de junio 8 de 1990 contiene el "...estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional" y conforme a su artículo 2° "...AMBITO DEL ESTATUTO. Por medio de este Estatuto se regula la carrera profesional de los agentes de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales."

Más adelante dicho pronunciamiento trajo a colación la sentencia C-835 de 2002 de la Corte Constitucional que en referencia al mencionado estatuto precisó lo siguiente:

> "...Para ilustrar este punto valga señalar que el régimen del Decreto 1213 de 1990 ofrece a los agentes de la Policía Nacional, según cumplan con los requisitos particulares de cada prestación, remuneraciones especiales consistentes en el sueldo correspondiente al cargo que ocupen, si el agente desempeña algún cargo en el "Ministerio de Defensa Nacional, en los organismos descentralizados adscritos o vinculados a éste o en otras dependencias oficiales, cuyos cargos tengan asignaciones especiales" (Art. 28), prima de actividad del 30%, incrementable en un 5% por cada 5 años de servicios (art. 30), prima de servicio anual (Art. 31), prima de navidad (art. 32), prima de antigüedad (art. 33), prima de orden público (art. 34), partida de alimentación

> en casos especiales (art. 35), prima de riesgo (art. 36), prima de alojamiento en el exterior (art. 37), prima de instalación (art. 38), prima de vacaciones (art. 42), recompensa quinquenal (art. 43), auxilio de transporte (art. 44), subsidio de alimentación (art. 45), subsidio familiar (art. 46), seguro de vida (art. 51), bonificación por distintivo de dragoneante (art. 52) y bonificación a los agentes del cuerpo profesional especial.(art. 53). A lo anterior se suman otros beneficios por conceptos distintos. Es el caso del artículo 93 del Decreto 1213 según el cual "Los Agentes en servicio activo tienen derecho a que el Gobierno les suministre dentro del país asistencia médica quirúrgica, odontológica, farmacéutica, hospitalaria y demás servicios asistenciales, para ellos, sus cónyuges e hijos hasta la edad de veintiún (21) años, cuando dependan económicamente de aquéllos en hospitales y clínicas policiales o por medio de contratos de tales servicios con personas naturales o jurídicas" y el artículo 96 ejusdem, que prescribe un término de vacaciones de 30 días para los miembros de la institución.
>
> Del análisis precedente puede deducirse que la diferencia de trato estatuida en el Decreto 1213 de 1990 no puede analizarse a la luz de los preceptos de la Ley 100 de 1993, ya que ambos regímenes establecen prestaciones diversas, en número y calidad, que impiden establecer que, en punto a la pensión por muerte en simple actividad del agente de la policía, el régimen especial sea menos benéfico. La estructura general del régimen especial de la Policía, para decirlo en otros términos, incluye suficientes prestaciones adicionales que compensan el requisito desfavorable del tiempo de servicios como exigencia para acceder a la pensión vitalicia, de lo cual se concluye que no hay un término de comparación suficientemente contrastable entre ambos regímenes..."

Ahora bien la Corte Constitucional en Sentencia C-1032 de 2002 precisó al hacer referencia a los regímenes contemplados en los Decretos 1211,1212, 1213, y 1214 de 1990 lo siguiente:

> "...cabe precisar que la jurisprudencia constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que el diferente tratamiento que ha dado la legislación al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional frente al que se le da a los miembros de la Fuerza Pública no constituye trato discriminatorio **por cuanto**

> **en cada caso se regulan situaciones de hecho diferentes que ameritan tratos distintos**[8]."Resaltado fuera de texto.

Lo anterior deja ver que en efecto no es inconstitucional que el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 no haya incluido al personal que se rige por el Decreto 1213 de 1990, no constituye trato discriminatorio por cuanto en cada caso se regulan situaciones de hecho diferentes que ameritan tratos distintos.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido enfáticos en indicar que la igualdad se predica entre iguales y para que proceda un cargo por vulneración de dicho principio, la condición esencial es que exista un tratamiento diferenciado a dos personas o grupos de personas que se encuentren en idénticas circunstancias.

Así mismo el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá, D.C., en sentencia de veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-2009) Actor: CARLOS ARTURO ARZUAGA GUERRERO Demandado: GOBIERNO NACIONAL AUTORIDADES NACIONALES, señaló lo siguiente:

> "(...) la Sala precisa que la regulación del régimen prestacional de la fuerza pública se realiza de manera concurrente entre el legislador quien fija las pautas generales, a través de leyes cuadro y el Gobierno Nacional mediante decretos reglamentarios lo desarrolla. **En efecto la Ley 4 de 1992 señaló en el artículo 2 los lineamientos que debe acatar el Gobierno: "i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o**

[8] Ver al respecto , entre otra las sentencias C-665/96 M.P. Hernando Herrera Vergara, C-888/0 y C- /02 (Expediente D-4029) M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

> **entidad; j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;"**
>
> **De la lectura de estos literales se observa que la remuneración de los miembros de la fuerza pública debe obedecer al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades, por lo que es claro que todos no pueden tener la misma remuneración y prestaciones.**
>
> (...)
>
> **Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad.**
>
> En suma, se destaca que para demostrar la violación del derecho a la igualdad a partir de la comparación entre supuestos de hechos diferentes y entre personas cobijadas por regímenes distintos, como lo plantea el actor en este proceso, se "exige un análisis constitucional encaminado a justificar que los que son diferentes deben ser tratados igual, lo cual sólo esta constitucionalmente ordenado en circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios." Resaltado fuera de texto

Dicha condición no se presenta tampoco en el sub examine, pues al interior de la Fuerza Pública no es posible precisar que el grupo de Agentes y el grupo de Oficiales y Suboficiales se encuentran en idénticas circunstancias, los mismos son categorías de servidores claramente diferenciables en cuanto a niveles, grados, tareas y responsabilidades asignadas, cuyo régimen de ingreso, ascenso, retiro, remuneración y prestaciones, se encuentra previsto igualmente en diferentes estatutos.

Tal como queda explicado, a juicio de esta Sala la desigualdad no se presenta y la no inclusión del personal regido por el Decreto 1213 de 1990 es razonable dada la existencia en las Fuerza Pública de regímenes que no son

comparables, y es que el acceder a la inaplicación pedida es tanto como modificar el estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional.

5. Del Caso Concreto.

De las pruebas obrantes en el expediente, da cuenta el despacho que: el actor laboró al servicio de la Policía Nacional en el grado de Agente desde el 21 de enero de 1974 hasta el 10 de enero de 1991, para un total de 17 años 2 meses y 17 días, y fue retirado del servicio mediante Resolución No. 007 de 1991, según se infiere de la hoja de servicios vista a folio 16 del cuaderno 1.

Mediante Resolución No. 2100 de 23 de mayo de 1991 proferida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en cuantía equivalente al 58% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 10 de enero de 1991.

Dentro de la liquidación de la asignación de retiro **se le reconoció como partida de prima de actividad un 15%** (documento No. 19 del expediente administrativo fl. 99).

Entonces para la Sala resulta claro que **la entidad demandada reconoció la asignación de retiro del demandante de conformidad con la normatividad bajo la cual el actor adquirió dicha prestación.**

Ahora bien, partiendo de que el reajuste demandado a la prima de actividad del demandante reconocida como Agente de la Policía Nacional **no fue considerado para este grupo,** fuerza concluir que la misma no puede ser reconocida al demandante.

Ahora, en lo que respecta a la supuesta vulneración del principio de oscilación, el Despacho no la advierte, en razón a que el Decreto 1213 de 1990 al establecer un mecanismo de oscilación o variación favorable de las asignaciones de retiro toma como referente para el reajuste de las mismas los reajustes que se hagan a las asignaciones del personal en servicio activo, y a su vez, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 2° garantizó que quienes hayan adquirido un derecho prestacional con anterioridad a la vigencia de dicha norma conservarían "todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a normas anteriores", entre los que se encuentra el principio de oscilación aludido, el cual, para el caso de los Agentes de la Policía Nacional era el previsto en el artículo 110 del Decreto 1213 de 1990.

Como puede verse, la aplicación del principio de oscilación no implica una modificación al porcentaje de reconocimiento de la asignación de retiro, ni mucho menos una variación de las partidas que se computaron en su liquidación -entre ellas la prima de actividad- ni de su porcentaje, sino que **el objetivo de dicho principio consiste en mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y pensiones, por tanto, la asignación de retiro variará en el mismo porcentaje en que se incrementen los emolumentos del personal en actividad conforme a la variación o incremento porcentual efectuado al personal activo de la fuerza pública, en cada caso, mediante los decretos anuales que expide el Gobierno Nacional,** siendo que dicha variación se aplicará con fundamente en el principio de oscilación a las asignaciones de retiro ya reconocidas, pero no sobre su forma de liquidación.

Es así que, para el presente caso no se encuentra demostrado que la entidad demandada haya aplicado un porcentaje de incremento de la asignación de retiro diferente al decretado anualmente por el Gobierno Nacional para el

personal en servicio activo, por tanto, no es posible concluir que se haya producido la vulneración del mencionado principio de oscilación.

Ahora bien, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, el cual indica que la prima de actividad, para efectos de la asignación de retiro, se computa en el valor en que era reconocida al momento del retiro, se activa el principio de oscilación contenido en el artículo 110 del Decreto 1213 de 1990, en cuanto dicha norma indica que las asignaciones de retiro se deben liquidar teniendo en cuento las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones para los Agentes en actividad.

En lo que respecta a la aplicación del Decreto 4433 de 2004, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que dicha norma fue expedida a partir de los criterios y objetivos fijados por la Ley 923 de 2004, norma que, a su vez, desde su artículo 1° **fijó como alcance de la misma la regulación de las situaciones producidas a partir de su vigencia -es decir, a partir del 30 de diciembre de 2004-** y con sujeción a su propio contenido normativo. Al respecto, indica la norma aludida:

> **"ARTÍCULO 1°. 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".

De la anterior previsión, es posible concluir que la intención de Ley 923 de 2004 es que sus previsiones se apliquen a los miembros de la Fuerza Pública que obtengan la asignación de retiro o pensión con posterioridad a la vigencia de dicha norma, y no a los que hubieran obtenido tales prestaciones con anterioridad a la misma, situación que se hace aún más visible con la expedición del Decreto No. 4433 del 31 de diciembre de 2004 -el cual se

profirió en desarrollo de la Ley 923 de 2004-, en cuanto en su artículo 24 modificó el cómputo de la prima de actividad para determinar la cuantía de la asignación de retiro de los uniformados en actividad, indicando lo siguiente:

> **"ARTÍCULO 24. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL EN ACTIVIDAD.** Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo **que a la fecha de entrada en vigencia del presente 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 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, así:
>
> 24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.
>
> 24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).
>
> 24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.
>
> **PARÁGRAFO 1°.** Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados 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, 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, así:
>
> El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).
>
> A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.
>
> **PARÁGRAFO 2°.** Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

Sean las anteriores explicaciones suficientes para negarle vocación de prosperidad al recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, como así se dispondrá en la parte resolutiva del fallo.

VII. COSTAS PROCESALES

En el asunto sub examine no hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la apelación, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado[9] en sentencia de 16 de abril de 2015, éstas deben estar acreditadas, y

[9]**CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01. Actor: C.I. CITITEX DE COLOMBIA S.A. HOY CITITEX UAP S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN**

una vez revisado el cuaderno en segunda instancia da cuenta la Sala que no aparece probada su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.", condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de 17 de noviembre de 2015 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, impetrada por el señor José Ignacio Zambrano Abril contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

SEGUNDO. Aceptar la renuncia de poder manifestada por el abogado Darwin Huxley Carrillo Cáceres (fl. 166 c2).

TERCERO. Sin costas en esta instancia.

CUARTO. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **José Ignacio Zambrano Abril**
Demandado : **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional**
Expediente : **150013333009-2015-00006-01**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
Magistrada

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 150013333009-2015-00006-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No 121 de hoy 15 JUL 2016
EL SECRETARIO _____