



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, seis (6) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación: 2012-34
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: FILEMON CUBILLOS MORENO
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

Mediante audiencia concentrada celebrada el 19 de julio de 2013, se indicó que en el presente fallo se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda; encontrándonos dentro del término legal establecido en el artículo 182, numeral 2 del C.P.A.C.A., y conforme lo establecido en el artículo 187 de la misma norma, procede este Juzgado a proferir la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

1. Breve resumen de la demanda y su contestación:

Hechos:

Los fundamentos fácticos más relevantes se sintetizan así:

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconoció asignación de retiro al señor FILEMON DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, Mediante Resolución No. 3634 de 19 de septiembre de 1988, en la que se incluyó como partida computable el 20% por concepto de PRIMA de ACTIVIDAD.

El demandante solicitó el reajuste e incorporación en la asignación de retiro, así como el pago correspondiente a las mesadas atrasadas, teniendo en cuenta para ello, la totalidad del porcentaje de la prima de actividad de conformidad con lo dispuesto por la Ley 923 y su decreto reglamentario 4433 de 2004; petición radicada bajo el No. 034034 de 2011; solicitud que fue denegada mediante oficio No. 182 GAG.SDP.

Pretensiones:

Se declare la nulidad del Oficio No. 182 GAG-SDP del 17 de enero de 2012, proferido por el Director General (E) de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual se niega el reajuste e incorporación en la asignación de retiro, así como el pago correspondiente a la mesadas atrasadas tendiendo en cuenta la totalidad del porcentaje de la prima de actividad.

Como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a:

- Pagar las sumas dejadas de percibir a partir del 1 del año 2003 (sic), y los subsiguientes, en un porcentaje del 20% al 50%, es decir un 30%.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

- Reajustar la pensión de retiro a partir del 1 del año 2003 (sic), con la respectiva indexación y de acuerdo al tiempo de servicio, en un porcentaje del 20% al 50%, es decir un 30%.
- Cumplir la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.
- Indexar las sumas reconocidas
- Condenar en costas y agencias en derecho.

Contestación de la Demanda:

Durante el término legal, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante apoderada contestó la demanda y propuso las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO, FALTA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA LAS PRETENSIONES, VIOLACION DEL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD -fls. 44 a 51- las que se entenderán resueltas con la decisión que se profiera de fondo en el presente asunto, por tener el carácter de las de mérito.

Subsidiariamente a las excepciones propuestas, solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda, por cuanto el oficio acusado se fundamentó, expidió y notificó conforme a derecho, goza de presunción de legalidad y el libelista no presenta argumentos jurídicos válidos que desvirtúen esta presunción.

Los argumentos de defensa presentados por la profesional del derecho, tienen que ver con que por mandato constitucional, los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional, gozan de un régimen especial de pensiones; de conformidad con el Acuerdo 08 del 2001, en concordancia con los Decretos 1213, 1791 de 2000 y demás normas concordantes, que rigen la carrera de los agentes de la Policía Nacional, el objeto principal de esta entidad es reconocer y pagar las asignaciones mensuales de retiro, al personal retirado con derecho a la prestación, liquidada con base en los últimos haberes devengados en actividad en la Policía Nacional, tal como lo establece el artículo 100 y subsiguientes de la citada norma.

El demandante solicita la aplicación del Decreto 4433, el cual entró a regir a partir del 31 de diciembre de 2004, razón por la cual no le es aplicable esta norma, ya que no su retiro se presentó el 17 de junio de 1988. Lo mismo sucede con el Decreto 2863 del 2007, que 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, por lo tanto la entidad no tiene facultad legislativa para expedir normas que regulen aumentos de sueldo del personal de la Policía Nacional o reajustes de las asignaciones de retiro.

El señor FILEMON CUBILLOS MORENO laboró por mas de 23 años; el artículo 106 ibídem establece que los 3 meses de alta se consideran como de servicio activo para todos los efectos prestacionales, lo que equivale a decir, que durante el período y aunque haya cesado la obligación de prestar el servicio, el vínculo laboral se encuentra vigente, por que dentro de dicho lapso se computa como tiempo de servicio, sin desconocer que continúa dado de alta en la nómina de empleados activos de la Policía Nacional, devengando salario, por lo que se puede afirmar que los 3 meses de alta son una ficción, por que los hechos que sucedan en tal lapso, se consideran en actividad.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Concluye expresando que a la fecha en que el demandante cumplió los 3 meses de alta, ya tenía más de 23 años de actividad, lo que significa que su derecho lo adquirió con el Decreto 2063 de 1984, y no con el Decreto 4433 de 2004, es decir, se le computa el tiempo establecido y el porcentaje de asignación conmemorado en el Decreto 2063 de 1984, y no en el Decreto 4433 de 2004, de lo contrario se violaría el principio de seguridad jurídica.

Solicita se desestimen las pretensiones de la demanda y se condene en costas al demandante, por no existir motivo de quebrantamiento de normatividad alguna.

En cuanto a los hechos, la apoderada de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL, señala que son parcialmente ciertos.

Pruebas

1. Copia con recibido de la petición de reliquidación y reajuste de asignación de retiro con la inclusión del porcentaje correspondiente a la prima de actividad, de acuerdo a lo ordenado por el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 (fl. 5).
2. Copia simple del oficio No. 182 /GAG-SDP de 17 de enero de 2012, -31 de enero de 2012 según adhesivo adjunto-, por la cual el Director General (E) de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le niega la solicitud descrita en el numeral anterior (fls. 7 y 8).
3. Copia del expediente administrativo No. 0684 de 1986, perteneciente a EUDOCIO BARRAGAN MARTINEZ (fls. 75 a 282).
4. Certificación expedida por la Procuraduría 163 Judicial II en lo Administrativo, en la que consta, entre otros, que no hubo acuerdo conciliatorio (fl. 4).

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que en la audiencia concentrada, celebrada el 19 de julio de 2013, se indicó que en el presente fallo se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda; procede este Juzgado a señalar las razones de derecho que sustentan dicha decisión, no sin antes recordar que el problema jurídico planteado en el presente litigio consiste en determinar si es procedente reajustar la asignación de retiro al señor FILEMON DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, para ello incluyendo, la totalidad de la prima de actividad establecida en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas concordantes.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Oficio No. 182/GAG -SDP de 17 de enero de 2012¹ -31/01/2012-, según adhesivo adjunto-, en cuyo texto se lee:

¹ Folio 7



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

"(...)

En atención al escrito del asunto, le informo que revisados los expedientes administrativos, del personal que se relaciona a continuación, se constató que seta Entidad reconoció y pagó la Prima de Actividad en las asignaciones mensuales de retiro, de acuerdo con las normas vigentes a la fecha del retiro y en las proporciones establecidas por este concepto, así:

Número de Radicación	GR	Nombres y Apellidos	Fecha de Retiro	Porcent. actividad
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
2011093463	AG	FILEMON DEL CARMEN CUBILLOS MORENO		
(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

En cuanto a la vigencia de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, comenzó a regir a partir de la fecha de su publicación, fecha para la cual el titular ostentaba la calidad de retirado, no siendo aplicable para su caso.

De otra parte, el Decreto 2863 del 2007, estableció explícitamente el reajuste del 50% de la partida computable de la Prima de Actividad en las asignaciones mensuales de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, motivo por el cual no es procedente acceder a su petición, teniendo en cuenta que esta Entidad no tiene facultad legislativa para expedir normas que regulen aumentos o reajustes a las asignaciones de retiro del personal de la Policía Nacional.

No sobra agregar que el principio de nivelación u oscilación de las asignaciones de retiro, aplicable de manera exclusiva a La Fuerza Pública, tiene como objetivo preservar el derecho a la **igualdad entre iguales** —el personal activo y el personal retirado de la Fuerza Pública—; su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional teniendo en cuenta los principios rectores contenidos en el artículo 2º literales h) e i) de la Ley 4ª, de 1.992 antes mencionados, sobre la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, así como de sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

Por lo anteriormente expuesto, esta Entidad no adeuda valor alguno por este concepto.

(...)"

Antes de continuar, ha de advertirse que a pesar que el acto administrativo acusado fue aportado en copia simple por el demandante, la apoderada de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, no lo tacho de falso, razón por la cual se considera



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

auténtico, máxime si se tiene en cuenta que el mismo documento reposa en el expediente administrativo que allegó la entidad accionada –fls. 276 y 277 Cuaderno principal-.

Ahora bien, en lo que concierne a la prima de actividad, tema que nos ocupa, el Decreto 1213 de 1990 dispone:

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.

El mismo Estatuto, al referirse a las prestaciones sociales a las que tienen derecho los Agentes de la Policía Nacional una vez adquieran la calidad de retirados, consagró las bases de liquidación, así:

"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 pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2 ° del artículo 53 de este Decreto."

Es decir, se evidencia que está establecido que la prima de actividad haría parte del cómputo a tener en cuenta en las prestaciones sociales unitarias o periódicas del personal retirado del servicio activo.

Respecto al cómputo de la indicada prima de actividad, ordenó:

"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.*



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

- 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. "

Respecto al reconocimiento de la mencionada partida se previó:

"ARTICULO 102. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Agentes de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 24 de agosto de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).
- En vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).
- En vigencia fiscal de 1992 hasta el veinticinco por ciento (25%).

PARÁGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 24 de agosto de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajustes de las prestaciones unitarias."

Para finalizar, el artículo 110 b, que al referirse a la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones remite en forma expresa al artículo 100 del decreto en cita, norma que dispone que la prima de actividad se pague en los porcentajes previos en dicho estatuto, esto es, los consagrados en el artículo 101, así:

"ARTICULO 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 ajustadas prestaciones en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley"

De conformidad con las disposiciones anteriores, a partir del 8 de junio de 1990, fecha de publicación de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, las asignaciones de retiro y pensiones de los Agentes de la Policía Nacional se liquidarían con base en las partidas computables que taxativamente enlistan los artículos 140 y 100 del mismo estatuto, dentro de las cuales se encuentra la denominada prima de actividad y, en los porcentajes que allí están establecidos, los cuales varían de acuerdo al tiempo total de servicio a la Institución.

La misma norma consagra que quienes se hayan retirado del servicio con anterioridad al 24 de agosto de 1984, tienen derecho a que la prima de actividad sea computada en su asignación de retiro teniendo en cuenta para ello los porcentajes que se indican en los artículos 68 y 101 ibidem.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

En este punto de la discusión hay que destacar la sentencia C -432 del 6 de mayo de 2004, la Corte Constitucional² declaró la inexequibilidad del Decreto 2070/03, que reformaba el régimen pensional propio del as Fuerzas Militares y de Policía Nacional, la cual dispuso como consecuencia de esa declaración que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto objeto de estudio, adquirían plena vigencia, con el fin de no dejar un vacío legal respecto de los aspectos que regulaba. Es decir, que el Decreto 1213/90 cobró plena vigencia.

Mediante la Ley 4a de 1992 se señalaron las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

El Congreso de la República al expedir la Ley 4a de 1992, atendió razones de justicia y equidad y dentro de ese propósito propendió por la nivelación salarial y prestacional en los distintos sectores de la administración pública, en cuyos lineamientos cabe destacar:

- El Gobierno señalará el límite máximo salarial de los servidores públicos guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional. _ (Parágrafo del art. 12), la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2°. (Art 13).

Revisión del sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad. (Parágrafo del art. 14)

- Identidad de remuneración prestaciones y demás derechos laborales entre Magistrados de la Altas Cortes.

A través de la Ley 923 del 30 de Diciembre de 2004 se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) :de la Constitución Política.

El artículo 1° de la citada ley dispuso:

"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."

En el artículo segundo se estableció que para la fijación del régimen, pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional

² MP. Rodrigo Escobar Gil



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

tendría en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

"2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas." (Negrillas del Despacho)

En cuanto al reajuste de la asignación de retiro, el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, consagra lo siguiente

"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:

(...)

3.13. 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". (Subrayas del Despacho)

De las normas transcritas en precedencia, se ha de determinar si en virtud del principio de oscilación es pertinente aplicar la formula de liquidación de la asignación de retiro prevista en el Decreto 4433 de 2004, a las asignaciones reconocidas con anterioridad. Si bien en principio podría sostenerse que el principio de oscilación solo se aplica a los incrementos porcentuales de la asignación básica del personal en servicio activo, sin importar su naturaleza, necesariamente deberá reflejarse en los conceptos reconocidos al personal en retiro, interpretación que por resultar más favorable al trabajador, se impone por mandato constitucional previsto en el artículo 53 de la Constitución Política.

El Honorable Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda subsección "b" Consejera Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, en la sentencia del 31 de mayo de 2007, indico:

"Se reitera, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares dichas prestaciones sociales se liquidaran tomándose 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".

Con fecha 26 de Junio de 2008, el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A", Expediente No. 1701-2006. M.P. Dr. ALFONSO VARGAS RINCON, concluyó: "La prima introduce una modificación



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

gradual a las asignaciones de actividad que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro y pensión, no solo para quienes la devengan en servicio activo, sino también para el personal retirado, ya que por el sistema de oscilación,...las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas"

El régimen especial de la Fuerza Pública, sus asignaciones de retiro y pensión son oscilantes y que la expresión "en todo tiempo" significa que el principio de oscilación para efectos de computar, incrementar o nivelar la asignación de retiro debe aplicarse en todo tiempo, y para este caso en concreto, no obstante cada uno de los actores se retiraron en vigencia de la norma anterior al Decreto 4433/04, por razón del Principio de Oscilación debe aplicarse, conforme a la variación o incremento que estipuló el artículo 13 de esta última norma en cuanto a Prima de actividad se refiere.

Como el Decreto 4433 de 2004 previó un sistema más favorable para la liquidación de la asignación mensual de retiro para el personal que al momento de entrar en vigencia se encontraba en servicio activo, deriva en que debe aplicarse para aquellos en que para esa fecha se encontraban gozando de la asignación de retiro.

El reajuste de la asignación se fundamenta en el hecho de la pérdida del poder de la moneda y consecuentemente la pérdida del poder adquisitivo de quienes adquirieron el derecho antes de la Ley 923 de 2004, pues lo que se busca es reafirmar la igualdad en materia salarial y prestacional entre personal retirado y activo.

Para el Despacho, el reajuste en la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 toma el total de la prima de actividad que percibía en servicio activo, con lo que se modifican los porcentajes establecidos en los artículos 141 y 100 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente.

De esta forma, la demandada debe efectuar dicho reajuste, tal como lo establece la nueva normatividad, pues no aplicar estos beneficios al personal retirado contraría no solo a las previsiones de la Ley 4ª de 1993, sino los postulados previstos en el artículo 13 y 53 de la Constitución Política.

Por lo tanto, si a partir del año dos mil cinco (2005), se aplica el Decreto que ha venido estableciendo el régimen pensional para el personal de la Fuerza Pública activa, no hay razón para que no se le aplique al personal retirado antes de la vigencia de la Ley 923 de 2004 el reajuste pensional consagrado en el artículo 3, numeral 3.1.3 de la citada ley 23 del Decreto 4433 de 2004. – retrospectividad de la Ley-, pues si lo que se buscó con la mencionada Ley fue nivelar la situación del personal que se encontraba en servicio activo, mal haríamos tratar de manera distinta a quienes se han retirado del servicio, siendo que para estos las circunstancias laborales no fueron mejores.

En este estadio procesal, es claro que la premisa planteada como fijación del litigio deber responderse positivamente, pues la sustitución de la asignación de retiro del señor FILEMON DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, debe ser reliquidada con la inclusión de la totalidad del porcentaje de la prima de actividad, en virtud de la aplicación de una norma expedida con posterioridad la fecha en que adquirió el status, como lo es el Decreto 4433/04.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Respuesta que puede encontrarse, en el pronunciamiento del Consejo de Estado, en el que se refiere al principio de oscilación, en los siguientes términos:

"EL PRINCIPIO DE OSCILACION EN LA LIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO Y LAS PENSIONES DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES. La regla general es que las normas con fundamento en las cuales se efectúa la liquidación del monto pensional, se mantienen intangibles y no pueden ser modificadas, salvo que sean mas favorables, so pena de incurrir en violación de los derechos adquiridos. Respecto de regímenes especiales, puede establecerse la modificación constante de la normatividad que regula el monto pensional y bajo esta consideración, el PRINCIPIO DE OSCILACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO Y PENSIONES es de aplicación excepcional para determinar el monto de tales prestaciones, siempre que no se contrarie el derecho constitucional al reajuste periódico de las pensiones legales (artículo 53) y legal, a que en ningún caso se desmejoren los salarios y los prestaciones legales, (artículo 2º, literal a de la Ley 4º de 1992). En las anteriores condiciones es perfectamente posible la aplicación del PRINCIPIO DE OSCILACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO Y PENSIONES consagrado en las normas especiales de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares previstas en el Decreto 612 de marzo 15 de 1977 (artículo 139), el Decreto 0089 de 18 de enero de 1984 (artículo 101), el Decreto 95 de 11 de enero de 1989 (artículo 4º) y el Decreto 1211 de 1990 (artículo 109). (...) De los preceptos citados, emerge con claridad que el PRINCIPIO DE OSCILACION que se contempla de manera especial para calcular el monto de la asignación de retiro, hace referencia a que se deben tomar en cuenta las "variaciones que en todo tiempo" se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado". La asignación por actividad es la "asignación mensual" la cual se determina para los Coroneles por el Decreto 232 de 1977 y por las disposiciones legales que lo modifiquen o complementen" (artículo - 64 del Decreto 612 del 5 de marzo de 1977), por las disposiciones legales vigentes" (artículo 69 del Decreto 089 de 18 de enero de 1984), "conforme a las cuantías y porcentajes que fije el Gobierno, sobre la materia" (parágrafo del artículo 71 del Decreto 95 de 1989 y por "las disposiciones legales vigentes" (artículo 73 del Decreto 1211 de 1990). (...) Siendo así y como quiera que el PRINCIPIO DE OSCILACION implica la variación de la asignación mensual, la administración podía modificar el quantum de la asignación de retiro del demandante tomando en cuenta las variaciones que introdujeron las normas expedidas con posterioridad a la Ley 4ª de 1992, entre ellas, los Decretos 921 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998 y 62 de 1999 que establecieron porcentajes para calcular la asignación mensual de los Coroneles que comprende el "sueldo básico mensual" y las primas, ítems que igualmente año por año fueron modificados. (...) Surge de lo precedente, como quiera que la asignación mensual tiene efectos para calcular el "sueldo básico" que es una de las partidas computables para determinar la asignación de retiro, la cual se determina también sobre la prima de actividad, la prima de antigüedad, la prima de Estado Mayor, la doceava parte de la prima de navidad, la prima de vuelo, los gastos de representación y el subsidio familiar, acorde con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 325 de 1959 invocado por la entidad demandada, para efectuar el reconocimiento de la mentada prestación social y cuyo tenor literal es reiterada en el Decreto 188 de 1968, se observa que la administración no desconoció derechos adquiridos".



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Además de lo anterior, se ha de traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, cuando mediante sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), en el expediente Radicado con el número interno. 0112-2009. Actor: Luis Mario Velandia, dijo:

*"...Ahora bien, en consecuencia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los **factores que constituyen salario**, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado..."*

...Con base en lo anteriormente expuesto, en el caso concreto el actor tiene derecho a la reliquidación del beneficio pensional que le fue reconocido incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios y que la entidad accionada no tuvo en cuenta a liquidar su prestación..."

Nótese que el cambio de posición de nuestro órgano de cierre sobre un tema que guarda similitud al que se esta resolviendo, a todas luces es garante de los derechos de los trabajadores que se encuentran dentro del régimen ordinario; más aún debemos acoger dicha posición entratándose el sub examine de un régimen especial, el cual no puede tratarse con desigualdad o ser desfavorable para quien prestó sus servicios al estado en condiciones especiales, se reitera.

Tendencia que ha tomada auge ante esta jurisdicción, puesto que se trata de derechos que le han sido desconocidos a un sector minoritario de los miembros de la fuerza pública, cuando para otros, las mismas normas los han reconocido como una compensación para mitigar en algo los bajos salarios que devengan; razón que se une a las anteriores para acceder en esta instancia al reconocimiento del derecho reclamado, en virtud del derecho constitucional a la igualdad.

En conclusión, por cuanto la norma que modificó el régimen de la asignación más benéfica para el demandante y en virtud del principio de oscilación, favorabilidad e igualdad, es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

CASO CONCRETO

La Asignación del AG ® La Asignación del AG ® FILEMÓN DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, no le fue liquidada por la entidad accionada incluyendo el monto porcentual señalado en precedencia, por concepto de prima de actividad.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

En conclusión, por cuanto la norma que modificó el régimen de la asignación más benéfica para el demandante y en virtud del principio de oscilación, favorabilidad e igualdad, es viable acceder a las pretensiones de la demanda.

Corolario de la anterior declaración, se condenará a la entidad demandada a reajustar la sustitución de la asignación de retiro al señor FILEMÓN DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, en los términos previstos en el artículo 3, numeral 3.1.3. de la Ley 923 de 2004 y el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.

Por lo tanto LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL reajustará la asignación de retiro del demandante conforme a los aumentos que autorizan las normas citadas en el párrafo anterior.

En efecto, la entidad demandada se servirá pagar la diferencia que resulte entre lo que efectivamente le canceló por concepto de asignación de retiro y lo que debía pagar a partir del 2005, es decir, de conformidad con el art. 23 del Decreto 4433 de 2004, reajuste efectivo o a partir del 1 de enero de 2005.

Reajustada la asignación de retiro en los términos antes indicados, a la mesada pensional, en lo sucesivo, se les harán los ajustes legales a que haya lugar.

El pago de las diferencias que resultaren de la sustitución de la mesada pensional del señor AG ® FILEMÓN DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, se efectuará, a partir del 19 de septiembre de 2007, ya que sobre el cobro de las mesadas pensionales anteriores a esta fecha ha operado el fenómeno de la prescripción de conformidad con el decreto 4433 de 2004, cuyo término es de cuatro años, en razón a que la solicitud de revisión fue presentada por el demandante el 19 de septiembre de 2011.

La suma que deberá cancelar la entidad demanda por concepto del reajuste de la asignación se actualizará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adecuada, por el guarismo que resulte de dividir el INDICE FINAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Las diferencias en favor del demandado, en el evento que se llegaren a presentar, serán actualizadas a la fecha en que se realice el pago, tal como lo establece el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Finalmente, frente a la pretensión de reconocimiento y pago de intereses moratorios, se tiene que no puede prosperar ésta toda vez que al ordenar el reconocimiento de la prima de actividad manera indexada, se busca prevenir la devaluación, y por



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

consiguiente, obtener el valor real de las sumas no reconocidas, al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido. Teniendo en cuenta esto, si ordenara el reconocimiento de interés por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.

En consecuencia, este Juzgado estima que el acto acusado está incurso en causal de nulidad por las razones ya indicadas, de manera que se declarará la nulidad del mismo, ordenando como restablecimiento del derecho lo indicado en precedencia.

DESCUENTOS POR APORTES

Respecto a los aportes derivados de la inclusión de la prima de actividad –como factor computable de la asignación de retiro del señor FILEMÓN DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, la entidad demandada debió haberlo descontado. No obstante, en el supuesto que no lo hubiera hecho, se ordena se realicen dichos descuentos del monto total de la reliquidación, pues el hecho de no haberlo efectuado en su oportunidad, no restringe el derecho que tiene el demandante a que se le incremente el porcentaje de la prima de actividad en su mesada pensional, tal como se indicó en precedencia.

De otra parte, a folio 292 del expediente, se observa que el doctor EDISON FABIAN MURCIA OYOLA –apoderado del demandante-, sustituye el poder a él otorgado, al doctor FABIAN ARMANDO TORRES ARANZAZU; razón por la cual se reconocerá personería adjetiva para actuar en nombre de la parte actora, al último de los mencionados, en los términos mencionados en el escrito de sustitución.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del oficio No. 182/GAG-SDP de 17 de enero de 2012 -31/01/2012, según adhesivo adjunto-, proferido por el Director General (E) de la CAJA de SUELDOS de RETIRO de la POLICIA NACIONAL, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNESE** a la entidad demandada a reajustar la asignación de retiro de AG ® FILEMON DEL CARMEN CUBILLOS MORENO; conforme a los aumentos que se autorizan en el artículo 3. Numeral 3.1.3 de la Ley 923 de 2004, y el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, debidamente ajustado su valor, con aplicación de la formula dicha en la parte motiva de esta providencia. Reajuste efectivo a partir del 1 de enero de 2005.

TERCERO: DECLARESE la prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de septiembre de 2007.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

CUARTO: CONDÉNESE a la entidad accionada, a pagar las diferencias que por este concepto se haya causado entre lo efectivamente pagado y lo ordenado en esta condena a partir del 19 de septiembre de 2007.

QUINTO: ORDÉNESE la actualización de la condena en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adecuada, por el guarismo que resulte de dividir el INDICE FINAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

SEXTO: ORDENAR que a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, realice el descuento de los aportes del monto total de la reliquidación derivada del inclusión de la prima de actividad –como factor computable de la asignación de retiro del señor FILEMON DEL CARMEN CUBILLOS MORENO.

SEPTIMO: ORDÉNESE al ente demandado dar cumplimiento al artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: RECONOZCASE personería adjetiva al doctor FABIAN ARMANDO TORRES ARANZAZU, para actuar en nombre del señor FILEMON DEL CARMEN CUBILLOS MORENO, conforme a la sustitución del poder a él hecha.

DECIMO: En firme ésta decisión, expídanse copia con destino a las partes de acuerdo con el artículo 115 del C.P.C., LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en los libros radicadores.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
JUEZ