



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, dieciséis (16) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Medio de control: Nulidad Y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 70-001-33-33-003-2014-00191-00
Demandante: ROSA CRISTINA ACOSTA MÚÑOZ
Demandada: NACIÓN-POLICÍA NACIONAL- TESORERÍA GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL "TEGEN"

Tema: REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO (PRIMA DE ACTIVIDAD)

SENTENCIA N° 38

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el art. 179 de la Ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LA DEMANDA:

1.1.1. Partes.

- Demandante: **ROSA CRISTINA ACOSTA MÚÑOZ**, identificada con la C.C. N° 33'083.408, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandada. **NACIÓN-POLICÍA NACIONAL- TESORERÍA GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL "TEGEN"**.

1.2. PRETENSIONES:

PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio N° 259023 de fecha 07-09-2013 proferido por el Director General de **POLICÍA NACIONAL - TESORERÍA GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL "TEGEN"** mediante el cual se negó al actor el reajuste de la Asignación de Retiro por concepto de la variación del porcentaje de la Prima de Actividad.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se ORDENE a la entidad demandada, ACREDITAR, CERTIFICAR, RECONOCER, RELIQUIDAR Y PAGAR la Prima de Actividad del 20% al 50% del sueldo básico en la asignación de retiro, a partir del 28 de julio de 2003, en cumplimiento a los Decretos 2070/03, 4433/04, art.23 num. 23.1.2 y Decreto 2863 de 2007, *arts. 2 y 6* en virtud del **principio de oscilación, art. 34 ley 2ª de 1945, art. 110 del Decreto 1213/90**

TERCERA: Que se pague lo dejado por percibir por concepto de no reajustar la Prima de Actividad del 20% al 82% del sueldo básico en la Asignación de Retiro a partir de la vigencia de los Decretos 2070/03, 4433/04 y Decreto 2863 de 2007 hasta la inclusión en nómina.

CUARTA: Que se condene a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adecuadas de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, con fundamento en el art. 187 y ss. del C.P.A.C.A. y desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.

QUINTA: Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los art. 187 y ss. del C.P.A.C.A. desde que el derecho se hizo exigible hasta cuando se haga efectivo su pago.

1.3. HECHOS:

- Indica que, prestó sus servicios en la Policía Nacional, en el grado de **AGENTE** y recibe asignación de retiro en virtud de la Resolución N°. 03051 de fecha 12-06-1996; con un tiempo total de servicios de 06 años, 7 meses 8 días, siendo su última unidad en **SINCELEJO**, emanada de la **TESORERÍA GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL “TEGEN”**.
- Argumenta que, el Congreso de la República, mediante las Leyes 797/03 y 923/04 señaló al Gobierno Nacional los criterios, objetivos y principios a seguir para la fijación del régimen de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública. El Gobierno Nacional expidió los Decretos Reglamentarios 2070/03, 4433/04 que en su art. 23 introdujo modificaciones en las partidas computables de la Asignación de Retiro y pensión, num. 23.1.2 (Prima de Actividad), así:
 - a) Salario Básico
 - b) **Prima de Actividad** (suprimió los rangos y porcentajes)
 - c) Prima de Antigüedad
 - d) Subsidio familiar
 - e) Academia Superior
 - f) Una duodécima (1/12) parte de la prima de Navidad)
- Menciona que, con la expedición del Decreto 2863 de 2007 por parte del Gobierno Nacional se decidió Incrementar en un cincuenta por ciento (50%), el porcentaje de

la prima de actividad de que tratan los art. 84 del Decreto-Ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-Ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-Ley 1214 de 1990, de igual manera se reglamentó el hecho que ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto.

- A partir de la Ley 2ª de 1945 el art. 34 **Principio de oscilación**, ha estado vigente, tomándose como referencia las variaciones que en todo tipo se introduzcan en las asignaciones de los miembros de la fuerza pública.
- Los rangos y porcentajes fijados en el art. 101 del Decreto 1213/90 para liquidación y computo de la prima de actividad, en la asignación de retiro o pensión, fueron suprimidos, conforme el art. 23 num. 23.1.2, de los Decretos 2070/03 y 4433/04, que dispone el computo de dicha prestación en la **totalidad** del porcentaje que la devenga el personal en actividad; por consiguiente el art. 45, al ser contrario a la citada norma; por tanto, se accionó el **principio de oscilación del art. 110 del Decreto 1213/90**.
- Que en vigencia de los Decretos 2070/03 y 4433/04, recibía como Prima de Actividad el 20% del sueldo básico, cuando le correspondía el 50%, a partir del 28 de julio de 2003, conforme a lo dispuesto en el art. 23 num. 23.1.2 del Decreto 4433/04, en virtud del **Principio de Oscilación**, Ley 2ª de 1945 art. 34; Decreto 1213/90 art. 110, Decreto 4433/04 art. 42, ya que en los factores prestacionales de mi poderdante se le está liquidando la prima de actividad en un 20%, y no teniendo en cuenta como se liquidó en los factores salariales en un 50%.

1.4. NORMAS VIOLADAS:

Señaló el desconocimiento de la Constitución Nacional: arts. 2, 6, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90, 229 e inc. 2º del art. 346; Código Civil arts. 10, 18; Ley 153 de 1887 art. 3; Ley 2ª de 1945 art. 34; Código de Procedimiento Civil art. 23 num. 1, 18 y 20, 115, 116, 117, y 175; Código Contencioso Administrativo arts. 45, 57, 61, 84, 85, 132, 134 a 139, 141, 168, 176, a 178, 206 y 267; Decreto 1213/90 art. 110; Leyes 797/03, 923/04 arts. 2 y 3 en especial el art. 3 num. 3.13; Decretos Reglamentarios 2070/03 y 4433/04 art. 23 num. 23.1.2 y art. 24; Decreto 2863 de 2008 que modifica parcialmente al Decreto 1515 de 2007 arts. 2º y 6º.

1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Indica que los Decretos 2070/3, 4433/04 art. 23 num. 23.1.2 y 2836/07 arts. 2 y 6 con relación a la Prima de Actividad, consagran que para los efectos de Asignación de Retiro o Pensión la liquidación y computó en la totalidad por porcentaje que la devenga el personal en la actividad, por lo tanto, a la actora debe darse aplicación al Decreto 1213/90 art. 110 “Oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones: Las asignaciones de retiro y pensiones

de que trata el presente decreto, se liquidaran tomando en cuenta las VARIACIONES QUE EN TODO TIEMPO SE INTRODUCAN, EN LAS ASIGNACIONES (...)",

Así mismo indica que para el caso en cuestión se debe dar aplicación a lo consagrado por el Decreto 2863 de 2007, *Artículo 2° el cual modifica* el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 con relación al incremento en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007 del porcentaje de la prima de actividad de que tratan los arts. 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990.

Y que como consecuencia, la parte tiene derecho al reajuste de la Prima de Actividad del 20% al 50% a partir del 28 de julio de 2003, por cuanto los porcentajes previstos en el art. 101 del Decreto 1213/90 fueron derogados de conformidad con el art. 45 de los Decretos 2070/03 y 4433/04.

Arguye que el legislador ha garantizado que a las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la fuerza pública se les aplique el Principio de Oscilación, que no es más que las asignaciones y pensiones se incrementen en la misma proporción o porcentajes establecidos para los miembros de la fuerza pública en actividad de acuerdo con el grado que ostenten, posición que ha sostenido el Consejo de Estado, la cual se expresó mediante Sentencia de fecha 31 de mayo de 2007 siendo consejera ponente la Doctora BERTHA LUCIA RAMIREZ, en proceso de FIDEL ROJAS GONZÁLEZ contra CASUR.

Con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado se considera que el accionar de la entidad accionada, ampara legalmente la nulidad a decretar, con fundamento en el desconocimiento que esta ha hecho de las directrices fijadas en la Ley 4ª de 1992 teniendo en cuenta, que esta ordenó nivelar las asignaciones de los militares en servicio activo y en retiro y en este sentido se dispuso:

"ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2°."

Lo descrito, conlleva no solo a la equivalencia de los emolumentos que corresponden a los miembros de la Fuerza Pública en actividad, sino también la nivelación de la remuneración percibida por el personal activo en retiro.

Aunado a lo anterior el Decreto 2070/03 art. 13 num. 13.1.2 y ratificado por el Decreto 4433/04, suprimió los rangos y porcentajes fijados en la liquidación computo de la Prima de Actividad, para efectos de asignación de retiro o pensión, reconociéndola en la totalidad del porcentaje que la devenga el personal en servicio activo.

Así las cosas, el principio de Oscilación del art. 110 del Decreto 1213/90 para los retirados, era inmediatamente su aplicación a partir del 28 de julio de 2003, toda vez que efectivamente

se modificó la partida prima de actividad, contenida en el art. 100 del Decreto 1213/90, situación prevista en el art. 110 de la norma citada; por cuanto el demandante había adquirido el derecho tanto a la asignación como a la aplicación del principio de oscilación, por consiguiente se constituye la clara violación del art. 34 de la Ley 2ª de 1945; art. 3 num. 3, 13 ley 923/04; art. 42 del Decreto 4433/04 y el Art. 110 del Decreto 1213/90.

La reiterada Jurisprudencia de los Tribunales como del Consejo de Estado frente al Principio de Oscilación han sostenido que es el mecanismo único aplicable para que las Asignaciones y Pensiones de la Fuerza Pública conserven y sigan la directa proporcionalidad entre estas y se paguen en directa relación entre las mismas, así las cosas, mi mandante tiene derecho al reajuste de la Prima de Actividad del 20% al 50% a partir del 28 de julio de 2003, el no cumplimiento a esta disposición viola flagrantemente al art. 3º numeral 3.13 de la Ley 923/04, art. 42 de Decreto 4433/04, consistente en que “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 en todo momento”.

Indica que en el art. 13 de la C. N. preceptúa: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, (...) La igualdad es uno de los fundamentos del principio de Oscilación, la Constitución y la ley disponen un trato prestacional igual, el cual la administración le negó al actor a no acceder a otorgarle el reajuste de la Asignación de retiro por la variación en la liquidación y computo de la Prima de Actividad en aplicación de la principio de oscilación; el actor devenga el 20% de dicha prima, correspondiéndole el 50% del sueldo básico, en igualdad de condiciones con un agente retirado en vigencia de los Decretos 2070/03 y 4433/04 art. 23 num. 23.1.2. Ante un acto discriminatorio se desconoce el Estado Social de Derecho por favorecer a un grupo singular en detrimento de otros del mismo rango y condiciones laborales prestacionales del demandante, creando desigualdad y diferencia salarial. La entidad demandada viola flagrantemente la norma Constitucional del art. 13.

En el art. 53 C.N. establece principios mínimos fundamentales aplicables a los trabajadores y ordena tener en cuenta la “IRRENUNCIABILIDAD A LOS BENEFICIOS MINIMOS ESTABLECIDOS EN LAS NORMAS LABORALES (Decreto 1213/90 Art. 110) SITUACION MAS FAVORABLE EL TRABAJADOR EN CASO DE DUDA EN LA APLICACION E INTERPRETACION DE LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO...” La administración debió aplicar este principio; el art. 10 de C. C.; el art. 3 de la Ley 153 de 1887, la Ley 2 de 1945.

El art. 58 de la C. N., Ley 4ª de 1992 ORDENAN perentoriamente preservar los derechos adquiridos, la INMODIFICABILIDAD DE LOS REGIMENES ESTATUIDOS, Y QUE EN NINGUN CASO SE PODRA DESMEJORAR CUALQUIER TIPO DE PRESTACIONES o régimen salarial allí creado y que estos no podrán ser desconocidos ni vulnerados, disponen la carencia de efectos de los regímenes que contravengan los anteriores ordenamientos al igual que el

Principio de Oscilación del art. 110 del Decreto 1213/90 han estado vigentes durante el tiempo de servicio del actor, al momento de su retiro y a la fecha de su petición. Su desconocimiento por la administración tipifica la violación de los derechos adquiridos art. 2 Leyes 797/03 y 923/04, Decretos reglamentarios 2070/03 y 4433/04 art. 2, Ley 4 de 1992 art. 2º, 10º y 13º. 2863 de 2007, art. 2

El art. 6 del Decreto 2836 de 2007 establece de manera taxativa que ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido, en concordancia con lo establecido en el art. 10 de la Ley 4ª de 1992 y en el art. 5º de la Ley 923 de 2004, y plantea el hecho que cualquier disposición en contrario carecerá de efectos jurídicos y no creará derechos adquiridos

Se ha violado el régimen especial de la Fuerza Pública consagrado en la norma constitucional antes citada “(...régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio...)”, precepto constitucional desarrollado a partir de la Ley 2 de 1945 hasta los estatutos actuales consiste en “las variaciones de todo tiempo se introduzca en las asignaciones de actividad según el grado...”, precepto que no se ha cumplido para mi poderdante.

El acto administrativo demandado adolece del vicio de FALSA MOTIVACION por lo siguiente:

Como se desprende de la petición del actor ante la entidad demandada, solicita la aplicación del Principio de Oscilación y la demandada hace caso omiso y en su lugar le afirma que su Asignación debe regirse y continúa por las normas aplicadas a la fecha de reconocimiento de la Asignación de Retiro, desconociendo el art. 110 del Decreto 1213/90 y el art. del Decreto 4433/04 “oscilación de las Asignaciones de Retiro y Pensiones: Las Asignaciones de Retiro y Pensiones de que trata el presente decreto, se liquidaran tomando en cuenta las VARIACIONES QUE EN TODO TIEMPO se introduzca en las asignaciones de actividad para un agente...”. Respuesta contraria la norma transcrita, a través de la historia de Oscilación en las asignaciones de retiro, cada vez que se ha modificado los porcentajes en esta partida (Prima de Actividad), también se ha dado esta variación para quienes gozan de la prestación social de asignación de retiro.

Desviación de poder: En la respuesta de la demandada, incurre en la causal de NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO consistente en la DESVIACION DEL PODER que se presenta en este caso como quiera que hay una indebida aplicación del arbitrio administrativo por la entidad demandada, pues al dar respuesta de lo peticionado dice dar la aplicación a las normas vigentes al momento del reconocimiento de la prestación social, pero guarda silencio al principio de oscilación estipulado en el Decreto 1213/90 Art. 110, principio fundamental en el reconocimiento de los derechos de quienes han obtenido la prestación social de Asignación de Retiro.

1.6. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 05 de septiembre de 2014 fue presentada en la oficina judicial la demanda².
- Mediante auto del 22 de septiembre de 2014 fue admitida la demanda³.
- La demanda fue notificada a las partes el 22 de octubre de 2014⁴.
- El 24 de febrero de 2015 la entidad demanda contestó la demanda, dentro del término legal proponiendo excepciones⁵.
- El 07 de mayo de 2015 se corrió traslado de las excepciones propuestas, ante lo cual la parte demandante guardó silencio⁶.
- A través del auto del 26 de junio de 2015 se fijó fecha para audiencia inicial⁷.
- El día 01 de diciembre de 2015 se llevó a cabo audiencia inicial, se decretaron pruebas y se fijó fecha para audiencia de pruebas⁸.
- El 16 de marzo de 2016 se realizó audiencia de pruebas y se dio el término de 10 días para que las partes presentaran alegatos de conclusión por escrito, así como también al Ministerio Público⁹.
- La parte demandante presentó alegatos de conclusión¹⁰, de la misma forma la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión¹¹.

1.7. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹²:

Sobre los hechos indicó:

En consideración a los hechos expresó: el hecho primero, tercero, cuarto y quinto indica que de conformidad con la resolución 03051 del 12 de junio de 1996, es cierto; el hecho segundo, manifiesta que es una apreciación subjetiva de parte de la demandante

En cuanto a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas y solicita que se nieguen las súplicas, conforme a los siguientes argumentos:

Que conforme a la norma los beneficiarios no podrán acogerse a pautas que ajustes prestacionales de otros sectores de la administración pública, por lo que la norma vigente para el caso en concreto y que no ha sido derogada o modificada es el Decreto 1212 de 1990.

Indica que, existe una diferencia entre CAGEN hoy TEGEN y CASUR, la primera hace referencia a los pagos destinados a la pensión de invalidez o sobrevivencia, y la segunda a las de asignación de retiro, además de que esta goza de personería jurídica y no depende

² Folio 21.

³ Folio 25.

⁴ Folios 32 - 39.

⁵ Folios 48 - 56.

⁶ Folio 73.

⁷ Folio 75.

⁸ Folios 82 - 84.

⁹ Folio 103 - 103v.

¹⁰ Folios 120 - 123.

¹¹ Folios 128 - 131.

¹² Folios 48-56

administrativamente ni presupuestalmente al Ministerio de Defensa - Policía Nacional, lo que se está frente a un caso de una pensión de sobrevivencia, al momento que murió su esposo.

Para el caso en particular, le es aplicable el Decreto 1213 de 1990, toda vez que el esposo – Sr. Darío de Jesús Giraldo García- se realizó un ascenso póstumo, al grado de Suboficial Cabo Segundo, por lo que se aplica el régimen de suboficiales y oficiales, y no el que detentaba como agente, cuando estaba activo, el cual era el Decreto 1212 de 1990.

Por otro lado explica que, la demandante no se le reconoció un 20% de la prima de actividad y que a éste no se le debe incrementar en un 50%, sino que en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de sobreviviente se le hizo un reconocimiento del 15% al haber laborado menos de 20 años, y que en cumplimiento del Decreto 2863 de 2007, se incrementó este en 50%, esto es 7,5%, que sumado a lo reconocido, da un total del 22,5%, de esta manera no es lo mismo aumentar en un 50% a aumentar hasta un 50%, como lo pretende la parte actora.

Expone que, una vez revisada la hoja de vida del occiso, este laboró 6 años 7 meses y 8 días, lo que conforme al art. 141 del Decreto 1213 de 1990, la prima de actividad debía tasarse en un 15% del sueldo básico.

Explica que la parte demandante, esta errada, al decir que el art. 141 del Decreto 1213 de 1990 está derogado por el Decreto 4433 de 2004, como tampoco se observa que en dicha normativa diga que la prima pasará de 20% al 50%, indicando a su vez que la pensión se reconoció en vigencia del Decreto 1213 de 1990 y no del Decreto 4433 de 2004, y que este no tiene efectos retroactivos.

De esta manera, no indica de que manera fue vulnerado el derecho de igualdad a aquellos que pertenecen al grado de suboficiales u oficiales, al no ser incluidos en la normativa demandada, cuando estos pertenecen a un régimen diferente, por lo que en algunos eventos la jurisprudencia ha hecho ver que se consagren unos beneficios y a otros no, por lo que las personas vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos, sin que se pueda someter a otras garantías más favorables de otros regímenes.

Argumenta que no le asiste razón a la parte demandante, al referirse en este caso a lo señalado en el Decreto 4433 de 2004, mediante el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, dicho Decreto 4433/2004 tiene vigencia hacia futuro y en ningún momento consagra efectos retroactivos a situaciones consolidadas en vigencia de normas anteriores en lo que tiene que ver con la prima de actividad.

Indica que, el acto administrativo demandado, se encuentra revertido de legalidad, toda vez que no solo se encuentra sujeta a la ley, sino a todo el sistema normativo institucionalizado en la Constitución Nacional

Propuso como excepciones: COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA PARCIAL DEL DERECHO INVOCADO POR LA PARTE DEMANDANTE.

Expone que, conforme a los arts. 96 del num. 3º del C.G.P., 175 num. 3º, 180 num. 6º y art. 189 inc. 5 y 6 de la Ley 1437 de 2011, por el siguiente argumento, y es que lo pretendido por el demandante, esto es, el incremento del 20% al 50%, no se ajusta al Decreto 1212 de 1990 y al Decreto 2863 de 2007, dejándole claro que a ella no se le liquidó con el 20% por prima de actividad, sino que se hizo en un monto del 15% por haber laborado menos de 20 años, y que dicho porcentaje fue aumentado en su 50%, con retroactividad a partir del 01 de julio de 2007 en cumplimiento del Decreto 2863 de 2007.

1.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.8.1. Parte demandante¹³:

Se mantiene en los mismo argumentos esbozados en la demanda, así como aduce que de las pruebas documentales aportadas al proceso, existen los elementos necesarios para efectuar la valoración fáctica, jurídica y probatoria para, determinar que efectivamente mediante el oficio acusado, y mediante el cual se dio respuesta negativa a la solicitud, y en el que solicitaba el incremento de la asignación de retiro tomando como partida computable la prima de actividad de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 4433 de 2004 en su art. 23.1.2, en concordancia con el art. 42 ibídem, que trata el principio de oscilación, no sólo se expidió con violación de las normas en que debería fundarse, sino que, además, vulneró el preámbulo de la Constitución Nacional, en especial en lo que hace referencia a la justicia e igualdad, así como los arts. 1, 2, 4, 6, 13, 29, 48 y 53 ibídem.

Solicita la aplicación al principio de igualdad de derechos contenido en el art. 13 de la Constitución Política, por cuanto en su respuesta sin ninguna justificación jurídica que manifieste que al momento de entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, norma que reglamenta la escala de porcentajes no regulaban los anteriores decretos, que por el hecho de ostentar la calidad de retirada no accedían favorablemente a lo solicitado, desconociendo el derecho a la igualdad.

1.8.2. Parte demandada¹⁴:

Presenta en igual orden, los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.8.3. Ministerio Público: Guardó Silencio.

¹³ Folios 120 - 123.

¹⁴ Folios 128 - 131.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 3 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **Nro. 106299/ ARPREGRUPE -22 del 25 de abril de 2012**, proferido por la Secretaría General de la Policía Nacional mediante el cual se negó al actor el reajuste de la Asignación de Retiro por concepto de la variación del porcentaje de la Prima de Actividad.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Dentro del presente proceso se busca determinar, tal como se constató en la fijación del litigio, si ¿hay lugar al reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro de la Señora Rosa Cristina Acosta Muñoz, por concepto de la variación del porcentaje de la prima de actividad?

Para resolver lo planteado, este estrado judicial, seguirá el siguiente hilo conductor: I) Antecedente Normativo - Jurisprudencial; II) Caso en concreto.

2.4. ANTECEDENTES NORMATIVO

2.4.1. La prima de actividad de los miembros de las fuerzas militares a partir de 1990.

Los Decretos 1211 de 1990 en su art. 84, 1212 de 1990 art. 68 y 1214 de 1990 art. 38, previeron la prima de actividad no solamente para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, sino también para los de las Fuerzas Militares, para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, así:

Decreto 1211 de 1990 (...) Artículo 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Decreto 1212 de 1990 (...) Artículo 68. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Decreto 1214 de 1990 (...) Artículo 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de

actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.

En el Decreto 1212 de 1990, se hace alusión a los factores que son computables al momento del reconocimiento de la asignación de retiro, de la pensión y demás prestaciones sociales, y de los porcentajes en que la prima de actividad debía tasarse en esas eventualidades, y en lo que su tenor jurídico es:

Artículo 140. BASES DE LIQUIDACIÓN. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas, así:

1. Sueldo básico
2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto
3. Prima de antigüedad
4. Prima de oficial diplomado en academia superior de Policía, en las condiciones indicadas en este estatuto.
5. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad
6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este decreto
7. Gastos de representación para oficiales
8. Subsidio familiar. En caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 82 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.

Adicionado: Ley 420 de 1998, Art. 1o.

Artículo 141. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los oficiales suboficiales que se reiteren 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 de les computará de la siguiente forma:

- a. Para oficiales y suboficiales con menos de quince (15) años de servicios, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- b. Para oficiales y suboficiales con quince (15) años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- c. Para oficiales y suboficiales con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.
- d. Para oficiales y suboficiales con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%) del sueldo básico.
- e. Para oficiales y suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico.

Posteriormente, se sancionó la Ley 923 del 30 de diciembre 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”*, la cual señaló en sus arts. 1 y 2:

“ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

...

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas. ...”

Así mismo, el art. 3º de la precitada ley, señala que 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”.

El Presidente de la República de Colombia en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, en el que claramente quedó determinado que la asignación de retiro se liquidaría en adelante sobre las siguientes partidas:

“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. 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 asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Y sobre el tema de la oscilación, se dispuso en su art. 42 lo siguiente:

“Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.” (Resaltado fuera de texto)

Así entonces, se tiene que las asignaciones de retiro se reajustan teniendo en cuenta el principio de oscilación; es decir, que su incremento se realizará atendiendo el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones para quienes se encuentran en servicio activo, dependiendo cada grado. Con lo anterior, se establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración exclusivamente del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo.

Respecto del principio de oscilación, el Consejo de Estado ha señalado que las prestaciones de retiro se liquidan tomando en cuenta las variaciones que se produzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de acuerdo con los factores de liquidación: (ad litteram).

“En efecto, 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 liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales”¹⁵

De igual forma, se abrió a la posibilidad a través de la expedición del Decreto Ley 2863 de 2007 “*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones.*” a través de sus arts. 2 y 4 de que el personal de las Fuerzas Militares tuvieran un incremento en la prima de actividad en los siguientes términos:

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

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07), Actor: Jaime Antonio Manjarrez Gutiérrez. ¹⁴ Por conflicto temporal de leyes, entendemos “... los que nacen a raíz de la expedición de leyes sucesivas con capacidad o competencia para regir situaciones jurídicas determinadas provenientes de actos o hechos jurídicos.” NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Conflicto de leyes en el tiempo. Colombia: editorial Universidad Sergio Arboleda, 2001. p. 5.

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, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.

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

Artículo 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.*

De tal suerte, que hay que comprender que con esta norma el Gobierno Nacional lo que pretendió fue dar un tratamiento excepcional mediante este Decreto en lo referente a los retirados con anterioridad al 2007 a título de compensación y con efectos retroactivos para de alguna manera retribuir los desfases entre lo devengado por concepto de prima de actividad en servicio activo y el porcentaje reconocido en la respectiva pensión o asignación de retiro a partir de julio de 2007.

2.4.2. El principio de oscilación:

Conforme a los aspectos fácticos acreditados en el *sub lite* y a la normativa traída a colación, se puede concluir que, inicialmente tal como se ha advertido la disposición vigente y aplicable a la parte demandante para el reconocimiento y liquidación de su asignación de retiro fue el Decreto 1212 de 1990, en razón a que era está la norma vigente para cuando adquirió el derecho a partir del 13 de marzo de 1996¹⁶, preceptiva legal que como se vio establecía que las asignaciones de retiro o pensiones de los suboficiales u oficiales de la Policía Nacional se liquidaban con el cómputo entre otras partidas del sueldo básico, la Prima de actividad, la prima de antigüedad, Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad una prima de actividad del 15% del sueldo básico y Subsidio familiar tal como efectivamente lo hizo la administración al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.

La Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, lo único que hicieron estas preceptivas fue modificar las condiciones o requisitos para acceder a la asignación de retiro, fijando un aumento en el tiempo de servicio y de contera un aumento en el porcentaje del monto de las partidas computables, estableciendo implícitamente como punto de partida que la persona sujeta a este nuevo régimen se encontrara en servicio activo y, por tanto, no gozara de la prestación de retiro, así debe entenderse de su propio tenor literal cuando especialmente se señala que estas prestaciones “se liquidarán”, lo que no puede significar otra

¹⁶ Folios 7 - 8.

cosa que el monto y las partidas nuevas ahora computables serían aplicables sólo para quienes se retiraran en vigencia de dichas normas, mas no para quienes ya ostentaban asignación de retiro, pues es bien sabido que las asignaciones de retiro en aplicación del principio de oscilación se incrementan o aumentan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad, y no en la forma como se liquidan las asignaciones de retiro para quienes vayan a adquirir este derecho; ninguna de estas normas referidas modifica ni determina la aplicación o extensión del principio de oscilación para el incremento de las asignaciones de retiro para quienes la perciben con efectividad anterior en la forma como se liquiden éstas en adelante, no debe perderse de vista que en ello no se traduce el principio de oscilación.

El principio de oscilación contemplado en el Decreto 4433 de 2004 (art. 42) tienen por objeto que el reajuste de las asignaciones de retiro sea igual al aumento de las asignaciones pero de **actividad** de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración exclusivamente del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación que es bien distinta a la entendida por la parte demandante en el libelo que refiere a la aplicación de éste principio entre asignaciones de retiro adquiridas en regímenes diferentes y en aspectos como la base de liquidación y partidas computables como la prima de actividad, lo cual no es susceptible de equiparación en este principio, toda vez que, éste principio en la forma en que es concebido -se recalca- sólo es predicable entre el reajuste anual que se efectúa al personal en actividad y las asignaciones ya reconocidas, claro está que una interpretación en este sentido sería factible a menos que las disposiciones pertinentes lo expresaran así puntualmente, lo que no hicieron el Decreto 2070 de 2003, la Ley 923 de 2004 y menos aún el Decreto 4433 de 2004.

Al respecto, el H. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A”, con ponencia del consejero: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, explicando el principio de oscilación de las asignaciones de retiro expresó que, las prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que se produzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de acuerdo con los factores de liquidación; esto se dijo allí:

“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 liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales.”¹⁷

De igual forma, recientemente el H. Consejero de Estado, con ponencia del Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, expresó lo siguiente:

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección “A”, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil siete (2007), radicación número: 25000-23-25-000-2003-09765-01(8068-05), Actor: Álvaro Humberto Melo Buitrago, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

“En efecto, 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 liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales”

18

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas y jurisprudenciales para abordar el caso en estudio.

3. CASO EN CONCRETO

En el sub júdece están demostrados los siguientes supuestos de hecho:

- Que a la señora ROSA CRISTINA ACOSTA MÚÑOZ, le fue reconocida pensión de sobreviviente, mediante Resolución 03051 del 12 de junio de 1996¹⁹, tras la muerte del ex agente GIRALDO GARCÍA DARÍO DE JESÚS, quien falleció en actos especiales del servicio.
- Que la actora mediante petición radicada el 16 de agosto de 2013 bajo el número 109584 ante la Dirección General de la Policía, solicitó el reajuste de la prima de actividad que venía devengando y la consecuente reliquidación de su asignación de retiro con inclusión de tal partida²⁰.
- Que la entidad demandada mediante el oficio N° 259023 ARPRE-GRUPE-1.10 del 07 de septiembre de 2013 negó a la actora la solicitud objeto de esta Litis²¹.

Ahora bien, si a la actora se le reconoció su asignación de retiro mediante 03051 del 12 de junio de 1996, se infiere que su derecho pensional lo adquirió con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, por tanto tal normatividad no le es aplicable, pues las mismas no tienen efectos retroactivos.

A contrario sensu, el régimen aplicable era el vigente a la ocurrencia de su retiro, que para la época era el Decreto 1212 de 1990, el cual consagraba la prima de actividad como partida computable para liquidación la asignación de retiro, y con fundamento en la cual se le reconoció al actor su pensión de retiro.

En efecto, al revisar la Resolución 03051 del 12 de junio de 1996, por medio de la cual se le reconoció la asignación de retiro a la actora, se constata que dentro de las partidas computables se incluyó la prima de actividad en un porcentaje del 15% del salario básico, tal

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(093207), Actor: Jaime Antonio Manjarrez Gutiérrez.

¹⁹ Folios 7 - 8.

²⁰ Folios 2-4

²¹ Folios 5-6

y como lo establecía el Decreto 1212 de 1990, vigente para la época en que la demandante adquirió su derecho pensional.

Lo expuesto permite concluir al despacho, que en el sub lite, no se ha desconocido el principio de oscilación, pues a la actora se le reconoció la asignación de retiro en la forma prevista en las disposiciones legales vigentes para la época de su retiro.

De donde se tiene, que para el caso particular no es aplicable el Decreto 4433 de 2004, que empezó a regir a partir de su publicación; que por tanto, sólo cubre las situaciones particulares de los miembros de la Fuerza Pública que se consoliden con posterioridad a su vigencia, es decir 31 de diciembre de 2004.

Sumado a lo anterior, el propio Decreto 4433 de 2004 precisó en su artículo 45 que su vigencia comenzaba a partir de la fecha de su publicación (31 de diciembre de 2004), hacia el futuro, por lo que mal puede pretenderse su aplicación retroactiva, so pretexto de guardar una igualdad que no es tal entre los retirados con posterioridad a dicha fecha y aquellos que como la aquí demandante ya habían consolidado la prestación, según lo marcó la Corte Constitucional.

De igual forma, es de expresarse acerca del Decreto 2863 de 2007 en su art. 2º, mediante el cual modifica el Decreto 1515 de 2007, y en el cual de manera textual indica que surte efectos a partir del 1º de julio del 2007, lo que no existe una brecha a interpretaciones, cuando la norma de manera expresa indica, desde cuando comienza sus efectos jurídicos.

En un caso similar al estudiado, el Tribunal Administrativo de Antioquia, llegó a la misma conclusión, la cual se comparte; de esta manera se tiene que, el Decreto 2863 de 2007, no se puede aplicar al presente proceso, para ello se transcribe lo dispuesto por el mencionado Tribunal:

“En este sentido, es preciso indicar que los efectos fiscales contenidos en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, rigieron a partir de la fecha de la publicación de la norma, según se desprende del artículo 7 *ibidem* (publicación 27 de julio de 2007):

“Decreto 2863 de 2007, artículo 7. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso tercero del párrafo del artículo 2º y el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 y las demás normas que le sean contrarias y surte efectos fiscales a partir del 1º de julio de 2007.”

Así las cosas es claro que el reconocimiento de la pensión de jubilación de la señora Damaris Campos Campos constituye una situación definida y consolidada conforme a normas anteriores a la vigencia del Decreto 2863 de 2007, y sus efectos no pueden aplicarse de manera retroactiva, por ende no corresponde aplicar el Decreto 2863 de 2007, toda vez que esa norma empezó a regir a partir del 27 de julio de 2007 y no consagra ningún incremento en las asignaciones de retiro del personal retirado antes de la vigencia de la mencionada norma.

En consecuencia, estima la Sala que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad, conforme a lo solicitado en la demanda, debido a que

en la fecha de su retiro se encontraba vigente el Decreto 1214 de 1990, y para la misma fecha, los porcentajes a liquidar las prestaciones sociales, en vigencia de la norma, aún no habían sido modificadas.

Esta circunstancia en modo alguno implica vulneración al derecho a la igualdad, invocado por la demandante, pues es claro que el Decreto 2863 de 2007 rige hacia futuro y se aplica a los hechos ocurridos a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma, ni pueda predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos, tal como lo manifestó la Corte Constitucional la sentencia C-924 del 06 de septiembre de 2005, pues no puede desconocerse que el derecho a la igualdad sólo aplica entre iguales, así lo indicó:

“La inconstitucionalidad que se propone por el actor se orienta a que se declare que, por un imperativo del principio constitucional de igualdad, los integrantes de la fuerza pública o sus beneficiarios cuya situación jurídica estaba vinculada al régimen pensional previo a la Ley 923 de 2004, tienen derecho de acceder a la pensión en las condiciones en ella previstas.

Sin embargo esa apreciación es equivocada, puesto que entre los dos conjuntos de sujetos entre los cuales se plantea la comparación hay una diferencia en las circunstancias fácticas que tiene consecuencias jurídicas. El momento en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable. Se trata, por consiguiente, de conjuntos de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente. Quienes con anterioridad a la promulgación de la Ley 923 de 2004 hubiesen perdido parcialmente su capacidad laboral por actos de misión del servicio o en simple actividad, tenían, para el momento en el que la nueva ley empezó a regir, una situación jurídica consolidada, la cual no puede verse afectada por leyes posteriores. En principio ello significa que tal situación no puede ser desconocida ni desmejorada por la nueva normatividad, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos”. (Resaltos fuera de texto)

Adicional a ello, es preciso indicar que a la señora Damaris Campos Campos le aplicaba un régimen totalmente diferente al que corresponde al personal de oficial y suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, situación que conlleva a que el principio de oscilación aplicable a los miembros uniformados de las Instituciones Castrenses no tenga incidencia, por incompatibilidad de regímenes, en el régimen aplicable a la demandante.

Como bien se señaló anteriormente, debe entenderse que el derecho de igualdad se aplica solamente entre iguales, y como quiera que la señora Damaris Campos Campos perteneció al personal civil, la disposición contenida en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 no le es aplicable, en razón a que el espíritu del precepto normativo reguló una situación concreta y particular aplicable solamente al personal oficial y suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, sin extensión de aquel beneficio a favor del personal civil de las Instituciones señaladas. Al respecto el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 señala:

“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. (Negrilla fuera de texto)

Respecto del campo de aplicación del Decreto 4433 de 2004 el artículo 1 ibídem señaló:

“Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto.”

Nótese que el Decreto 4433 de 2004 por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no aborda el régimen pensional del personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Las conclusiones extraídas imponen la confirmación de la sentencia proferida por la jueza de primera instancia, quien acertó al negar las pretensiones de la demanda.”

Luego no tiene recibo el argumento según el cual, en virtud del principio de oscilación, a la actora debe liquidársele la pensión de sobreviviente con base a los Decreto 1212 y 1213 de 1990, pues sumado al hecho de que en él se regula la prima de actividad del personal en actividad y no el personal civil, la aplicación de aquél principio presupone la existencia de una norma *posterior* que varíe precisamente el porcentaje reconocido como prima de actividad de dicho personal, hipótesis que no tuvo lugar con ocasión del Decreto 4433 de 2004, ni del Decreto 2863 de 2007, según se explicó.

Así las cosas se negarán las pretensiones de la demanda, pues no se logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado. Por lo cual no se entrara a resolver la excepción propuesta.

4. CONCLUSIÓN

El interrogante inicial es negativo puesto que, en el sub lite se logró tener certeza que la Sra. Rosa Acosta no le asiste el derecho a reliquidarse su asignación pensional de sobreviviente puesto que, la norma en que finca su petitum es posterior a la adquisición de su derecho.

5. CONDENAS EN COSTAS.

El art. 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los arts. 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

6. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NIÉGUENSE las súplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del art. 361, 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ