



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, seis (6) de mayo del dos mil diecinueve (2019)

Radicado:	73001-33-33-010-2018-00209-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	LUIS OVIDIO ZAPATA ZAPATA
Demandado:	CAJA SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL CASUR
Asunto:	PRIMA DE ACTIVIDAD
Sentencia:	00055

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia inicial adelantada el pasado diecinueve (19) de marzo del dos mil diecinueve (2019), donde se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda, el Despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenidos en el oficio **No E-02663-2017-00389-CASUR id:199618 del 17 de enero del 2017** mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó reajustar la asignación de retiro del accionante, teniendo en cuenta para ello el Decreto 4433 del 2004.

1.2 Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer, reajustar y pagar en forma actualizada (indexación) la asignación de retiro aplicando el reajuste de la prima de actividad del 20% hasta alcanzar el 50% (30% faltante) como partida computable, de conformidad con lo dispuesto en el decreto 4433 del 2004.

1.3 Que se ordene el pago indexado de las diferencias que resulte de lo pagado y lo dejado de pagar.

1.4 Que se condene al pago de las costas procesales.

1.5 Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178, 187, 188, 192 y 195 del CPACA.

1.6 Que se declare la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 140, 141, 142 y 144 del decreto 1212 de 1990 y en consecuencia su no aplicación.

2. HECHOS

2.1 Que al señor **Luis Ovidio Zapata Zapata** se le reconoció asignación de retiro mediante resolución No. **0344 de fecha 10 de febrero de 1982** efectiva a partir del 3 de marzo del 1982, con tiempo total laborado de 20 años 9 meses y 2 días.

2.2 Que mediante petición radicada el 27 de noviembre del 2016, el accionante solicitó a CASUR la reliquidación de su asignación de retiro, para que se le tuviera en cuenta el 50% de la prima de actividad y no el 20% como lo ha venido haciendo la entidad accionada.

2.3 Que a través de acto administrativo contenido en el oficio No E-02663-2017-00389-CASUR id: 199618 del 17 de enero del 2017, la caja demandada negó la solicitud elevada por el actor.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a todas y cada una de las pretensiones en razón a que el Decreto 4433 del 2004 entró en vigencia el 31 de diciembre del 2004 y que de acuerdo con el artículo 45 rige a partir de su publicación y no puede ser aplicado en forma retroactiva a situaciones anteriores consolidadas, porque los beneficios de la norma o condiciones establecidas en ella, no se hacen extensivas a los vinculados en regímenes anteriores, es decir, no hay retroactividad alguna.

Propuso la excepción de "*inexistencia del derecho*".

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

4. PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de determinar si ¿efectivamente el accionante tiene derecho al reconocimiento del reajuste de su asignación de retiro en virtud de lo preceptuado por el Decreto 4433 de 2004, es decir, tomando en cuenta la prima de actividad en el 100% como partida computable para la determinación de su asignación de retiro, o si por el contrario, esta norma sólo tiene efecto hacia el futuro, esto es, a partir del 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de dicha normatividad.

5. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

5.1 Tesis de la demandante

Señala que el desconocimiento por parte de la Entidad, del reajuste del factor de la prima en actividad implica un detrimento patrimonial en su asignación de retiro, afectando de manera directa el derecho a la igualdad frente a los demás miembros policiales, a quienes se les ha reconocido este derecho, teniendo las mismas condiciones de grado, tiempo de servicios y fecha de retiro transgrediendo así los principios de oscilación y de favorabilidad laboral.

5.2 Tesis de la demandada

El principio general de aplicación de la ley dispone que solo rige hacia el futuro y en consecuencia no podrá tener efectos retroactivos, salvo que el legislador lo disponga,

por lo tanto, las situaciones jurídicas consolidadas, se rigen por la ley vigente en el momento en que se adquiera el derecho, o sea, al cumplir los requisitos exigidos para el retiro del policial por lo tanto no es posible aumentar el porcentaje de la prima de actividad.

5.3 Tesis del despacho

Considera que deberán negarse las pretensiones de la demandante, pues no hay lugar al reajuste de la asignación del actor conforme al decreto 4433 de 2004, por cuanto este no puede extender sus efectos a situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio y vigencia de una ley o normativa anterior.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que al señor Luis Ovidio Zapata Zapata, le fue reconocida la asignación de retiro.	Documental: Copia resolución No 0344 del 10 de febrero de 1982 (fl. 22 - 23)
2. Que al liquidarse la asignación de retiro del accionante, se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad.	Documental: Copia resolución No 0344 del 10 de febrero de 1982 (fl. 22 - 23)
3. Que el accionante solicitó a la demandada la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta la prima de actividad en un 50%.	Documental: Petición radicada el 27 de noviembre del 2016 (fl. 160 – 161 CD antecedentes administrativos).
4. Que la solicitud fue resuelta negativamente por la accionada.	Documental: Copia de acto administrativo No. E - 02663 - 2017 - 00389 - CASUR id: 199618 del 17 de enero del 2017,)

7. DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD

La prima de actividad fue creada inicialmente a favor de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, correspondiente a un porcentaje adicional de su sueldo básico y por expreso mandato normativo como un factor para efectos de liquidar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, por parte de la Caja de Retiro.

En cuanto a la consagración de la prima de actividad a favor de los miembros de la Policía Nacional, el decreto 1213 de 1.990, "*Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional*" establece en su artículo 30 la prima de actividad personal en servicio activo¹ y el artículo 23 señaló las partidas computables para la liquidación².

De manera que, en relación con su inclusión en la asignación de retiro, su porcentaje en relación al tiempo servido se reguló en los artículos 100 y 101 del **Decreto 1213 de 1990**, así:

"ARTÍCULO 100. BASES DE LIQUIDACIÓN. A partir de la vigencia del

¹ "**ARTICULO 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".

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.

(...)"

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

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

- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.

- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico."

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004³ estableció las partidas computables y lo atinente a los porcentajes de las mismas para liquidar las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía en actividad.

Adviértase que el Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, es explícito y claro en señalar el ámbito de aplicación temporal y material de sus disposiciones. En efecto, todos los Decretos que vienen enunciados con posterioridad al 1213 de 1990, determinan, que la regulación en ellas contenidas desde el punto de vista material y personal, comprenden a aquellos Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional **que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos, o que se encuentren en servicio activo a la entrada en vigencia y sean retirados.**

De particular importancia reviste el contenido del artículo 45 del Decreto 4433 de 2004 que reguló el tema de su vigencia y derogatoria. En efecto, esta disposición de manera expresa señaló que derogaba las disposiciones que le fueran contrarias y en especial, el artículo **125 del Decreto 1213 de 1990.**

Respecto del artículo 125 del **Decreto 1213 de 1990** derogado, debe decirse que este hacía referencia a la forma de liquidar la pensión de los beneficiarios en el evento de *la muerte de un oficial o suboficial por accidente en misión de servicio o por causas inherentes* al mismo, con doce (12) años o más de servicio pero con menos de quince (15), que no a la forma ni los porcentajes de inclusión de la prima de actividad en las

³ **"ARTICULO 23. Partidas computables.** *La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

asignaciones de retiro, por cuanto respecto de este punto en particular nada dijo el Decreto 4433 de 2004, quedando a salvo las disposiciones que sobre la materia trae el Decreto 1213 de 1990.

Así las cosas, el Decreto 4433 de 2004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo al cómputo total porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo tanto, sigue en plena vigencia y eficacia, el contenido de los artículos **30, 100 y 101 y concordantes del Decreto 1213 de 1990**.

Para los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el status de retirado antes de la expedición y vigencia del Decreto 4433 del 2004, esto es, diciembre 31 de 2004, debe estarse a la norma vigente, tanto si son agentes, oficiales o suboficiales que alcanzaron el reconocimiento de la prestación, normas que no se oponen al contenido del decreto.

En el mismo sentido puede agregarse que tampoco se viola el *principio de oscilación*, que se constituye como instrumento especial para mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones, porque el actor no demostró, que la misma no se haya reajustado año por año, de conformidad con la variación introducida a las asignaciones del personal en actividad teniendo en cuenta el respectivo grado, desestimando de paso también, cualquier posibilidad de violación al derecho de igualdad del accionante.

En cuanto al *derecho a la igualdad* se tiene que este debe predicarse entre iguales, entre situaciones fácticas similares y frente a condiciones jurídicas idénticas. No puede alegarse violación al derecho de igualdad respecto de situaciones jurídicas de personas que están en servicio activo y sus posibilidades de retirarse con eventuales mayores prebendas que los que se retiraron bajo el amparo de normas anteriores. Es factible que el legislador, en su amplia capacidad de configuración legislativa, haya considerado circunstancias de hecho o de otra índole, que no operaban en el momento en que se dictaron los estatutos y normatividades bajo los cuales se adquirió el status de retirado del actor para hacer diferenciaciones en materia prestacional, sin que ello implique violación del derecho a la igualdad, en razón a no ser beneficiarios de las normas, por cuanto el legislador, así lo dispuso de manera expresa.

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, se tiene que más recientemente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, el cual en su artículo 2º dispuso:

“Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

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

*Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, **diferentes a la asignación de retiro o pensión**, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo”*

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

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

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

A partir de la expedición del Decreto Reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno Nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional obtenidas antes del 1º de julio de 2007 y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

Anótese que el Decreto 2863 de 2007 que modificó el decreto salarial del mismo año: D. 1515/07), en el cual se dispuso un aumento del 50% de la prima de actividad para el personal activo pero solo para los oficiales y suboficiales y personal civil de la Policía Nacional – sin cobijar al personal de agentes, y, en aplicación del principio de oscilación, ordenó un aumento en el mismo porcentaje - para las asignaciones de retiro de dicho personal, incluso las reconocidas con anterioridad a su vigencia.

Por lo anteriormente expuesto, no se puede predicar igualdad entre el grupo de los Agentes de la Policía Nacional – activos y retirados - con el grupo de Oficiales y Suboficiales de la Policía y de las Fuerzas Militares, puesto que no están en el mismo rango, jerarquía, grados, responsabilidades, ni están gobernados por la misma normatividad salarial y prestacional a pesar de que todos pertenecen al conjunto unitario de los miembros de la Fuerza Pública.⁴

8. CASO CONCRETO

Revisado el expediente encontramos probados presupuestos de hecho suficientes para tomar una decisión.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA: Sentencia del 26 de marzo de 2009, con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro del radicado número: 25000-23-25-000-2008-00128-01(0897-10). SUBSECCION “B”. Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).

Que al señor **Luis Ovidio Zapata Zapata** se le reconoció asignación de retiro en el grado de agente mediante la **Resolución No. 0344 del 10 de febrero de 1982**, teniendo en cuenta como partidas computables el sueldo básico, la prima de actividad, la prima de antigüedad, el subsidio familiar y la prima de navidad. (fl.22 - 23)

El actor mediante petición radicada el 27 de noviembre del 2016, solicitó a la demandada, el reajuste de la asignación de retiro con base en el incremento de la prima en actividad contemplada en el decreto 4433 del 2004

En respuesta a la solicitud la demandada mediante oficio No E - 02663 - 2017 -00389 - CASUR id: 199618 del 17 de enero del 2017, informó al accionante que con oficios No **7094** del 30 de junio del 2006, **10172** del 15 de noviembre del 2007, **3013** del 19 de julio del 2012 y **7057** del 12 de diciembre del 2013 se había decidido de fondo sobre el reajuste pensional, que la entidad no le adeuda valor alguno no siendo procedente atender la petición de reajuste de la asignación de retiro.

En armonía con la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, no es factible dar aplicación retroactiva a la ley, y como efecto de esa decisión, no puede el Decreto 4433 de 2.004 extender sus efectos, sus consecuencias jurídicas o, sus disposiciones a situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio y vigencia de una ley o normatividad anterior.

Debemos tener en cuenta que el reajuste del sueldo básico a los agentes activos de la Policía nacional ordenado por el **Decreto 2863 del 2007**, no fue hecho extensivo por el Legislador a los pensionados o agentes en retiro y recordamos que el principio de oscilación se produce entre activos y retirados con el mismo grado, beneficio que el legislador no extendió a los agentes.

Así las cosas, de acuerdo con los argumentos expuestos y el precedente jurisprudencial relacionado, en el problema jurídico planteado no existe posibilidad alguna de interpretar, que las normas en las cuales se fundamentan las pretensiones de la demanda y en especial, el Decreto 4433 de 2.004 conduzca a afirmar que la prima de actividad debe ser reajustada con inclusión de un porcentaje mayor del que le fue reconocido en la asignación de retiro respectiva por la prestación se liquida de conformidad a lo establecido en la norma vigente para la fecha del retiro y en la forma que ella, lo ordene⁶.

De manera que, amparado en los argumentos expuestos, en los precedentes jurisprudenciales y la normatividad que constituye el fundamento jurídico de la demanda, no se evidencia efecto o consecuencia jurídica que lleve al operador judicial a considerar el concepto de violación a las normas pretendido en la demanda, por lo tanto, no es procedente computar un porcentaje mayor de la prima de actividad en la asignación de retiro, distinta a la que le fue reconocida en el acto de liquidación y reconocimiento y así se consignará en la parte resolutive de esta providencia, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

⁵Sentencia del 11 de mayo de 2.000, Consejero Ponente NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, expediente No.16.114.-

⁶Sentencia del 11 de junio de 2.009 Magistrado Ponente Ilvar Nelson Arévalo Perico radicado 2007-00367.-

9. RECAPITULACIÓN

De acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia, se negarán las pretensiones de la demanda, porque no es posible interpretar, que la asignación de retiro del accionante deba ser reajustada hasta el 50% de lo devengado como prima de actividad del agente activo, de conformidad con lo establecido en el Decreto 4433 de 2.004, teniendo presente que la norma en mención fue promulgada y entró en vigencia con posterioridad al momento en que el accionante adquirió su status de pensionado y el legislador no hizo extensivo sus beneficios al personal de agentes de la Policía Nacional

Aunado a lo anterior y teniendo en cuenta que el Decreto 2863 del 2007, estableció explícitamente que *“el reajuste del 50% de la partida computable de la prima en actividad para las asignaciones mensuales de retiro para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y la Policía, por lo que no era procedente acceder a su petición”* y en ese orden de ideas, se negarán las pretensiones de la demanda

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

10. COSTAS

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma de doscientos mil (**\$200.000**) pesos.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte accionante de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma de **doscientos mil (200.000) pesos** como agencias en derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicación: 73 001 33 33 010 2018 00209 00

Demandante: Luis Ovidio Zapata Zapata

Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR

Decisión: Niega pretensiones

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: Archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN

Juez

(ORIGINAL FIRMADO)