

Señor
JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN
E. S. D.

REFERENCIAS:

Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

DESIGNACION DE PARTES Y SUS REPRESENTANTES:

DEMANDANTE: Orlando Suspes Celis, mayor de edad, domiciliado en Manizales, identificado con la cédula 19.196.232

APODERADO DEL DEMANDANTE: José Luis Tenorio Rosas, mayor de edad, domiciliado en Cali, cédula 16.685.059 de Cali, abogado titulado con tarjeta profesional 101016 del C.S.J.

DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

REPRESENTANTE DEL DEMANDADO: La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, estará representada legalmente por su Director General o quien haga sus veces.

LO QUE SE PRETENDE

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., pido a la Justicia Contencioso Administrativa representada por ese Juzgado, acceder a las siguientes pretensiones:

PRIMERA. Declare la nulidad del oficio No. 10628/ GAG - SDP de mayo 23 de 2016 y la nulidad parcial del oficio No. 7225/ GAG – SDP de noviembre 1° de 2011, por los cuales la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó al actor el incremento de la prima de actividad, que es una de las asignaciones básicas computables de la asignación de retiro que devenga, así: del 25% que le fue reconocida desde que percibió la pensión al 33%, a partir del 1° de enero de 2005 al 30 de junio de 2007, dando aplicación al Decreto 4433 de 2004, incrementándola en el 8% más.

A partir del 1° de julio de 2007, la entidad reajustó el 50% de lo que estaba devengando (25%), lo que es igual al 12.5%, cuando debió realizar el reajuste en el 16.5% dando aplicación al artículo 2° inciso primero y artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, quedando insoluto el 4% más.

SEGUNDA. Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento, condenase a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a expedir un nuevo acto administrativo por el cual reajuste la asignación básica de prima de actividad que hace parte de su prestación en el 8%, desde el 1° de enero de 2005 al 30 de junio de 2007, dando aplicación al Decreto 4433 de 2004, y en 4% más, a partir del 1° de julio de 2007 en adelante, en aplicación al artículo 2° inciso primero y artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 y la reliquidación de la prestación a partir del 1° de enero de 2005 en adelante.

TERCERA. Al pago de las sumas dejadas de percibir resultante entre la diferencia del pago realizado por la demandada frente a la nueva liquidación, desde el 1° de enero de 2005 a la fecha en que sea incluido en nómina.

CUARTA. Las sumas que sea obligada la demanda a pagar a mi patrocinado serán actualizadas tomando como base el índice de precios al consumidor certificado por el DANE y al reconocimiento de los intereses a que hubiere lugar en los términos de los artículos 187 y 195 – 4 del C.P.A.C.A.

HECHOS U OMISIONES FUNDAMENTOS DE LA ACCION

1. El actor viene devengando asignación mensual de retiro pagadera por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional con anterioridad al año 2004, como lo confirma la propia demandada en el acto que se impugna.
2. El presidente de la República mediante el artículo 23 - numeral 23.1.2 del Decreto 4433 de 2004, incrementó el porcentaje de la partida básica de prima de actividad computable para las asignaciones de mensuales de retiro y pensiones del personal activo y retirado de la Policía Nacional, siendo beneficiario mi cliente.
3. Posteriormente, con el Decreto 2863 de 2007, artículos 2º inciso primero y artículo 4º, se realiza otro ajuste a la partida básica de prima de actividad en el 50% al personal activo, haciéndolo extensivo al personal que devenga asignación de retiro y pensiones con anterioridad al año 2004.
4. De conformidad con lo anterior, el actor solicitó a la demandada los reajustes a la partida básica de prima de actividad, la cual le fue negada mediante el acto que aquí se impugna, porque considera la entidad que en el primer Decreto mencionado el reconocimiento fue establecido para el personal activo que se jubile o pensione en vigencia de esa norma; y con respecto al segundo Decreto, realizó el aumento a la prima en menos porcentaje con relación a lo ordenado, quedando agotada la vía gubernativa.

NORMAS VIOLADAS:

Artículos 2, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política
Artículo 3 Numeral 3.13 de la Ley 923 de 2004
Artículos 23 y 42 del Decreto 4433 de 2004
Artículos 2 inciso 1º y 4º del Decreto 2863 de 2007
Artículo 137 del C.P.A.C.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

1. El párrafo del artículo 2º de la C.P. preceptúa los deberes y responsabilidades de las autoridades, dentro de las cuales está la de proteger a las personas en su vida, honra y bienes. Resulta que uno de los pocos bienes materiales con que cuenta el actor para su subsistencia es el sueldo de retiro, el cual se ha visto menguado con la negativa de la entidad de aplicar la norma que corresponde, no obstante aparecer clara la obligación.
2. El trabajo se encuentra garantizado plenamente en los artículos 25 y 53 de la Carta dado que el sueldo de retiro de que goza el actor es una consecuencia de la relación laboral que existió con el Estado; la entidad demandada se niega a concretar las garantías consagradas en las normas citadas, en especial aplicando un criterio favorable en la interpretación de las normas que regulan el derecho reclamado.
3. El artículo 68 del Decreto 1212 de 1990, regula que el personal de Oficiales y Suboficiales en servicio activo percibirán como partida computable en su salario el 33% de prima de actividad, miremos:

“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.”

El mismo Decreto, en el artículo 144 estableció que la asignación mensual de retiro y pensión se reconoce en el porcentaje establecido según el tiempo laborado:

Con 15 años servidos, 15%, más un 4% por cada año laborado, sin que llegara a superar el 85%.

El artículo 144 remite a las partidas que fueron consignadas en el artículo 140 de la misma norma:

“BASES DE LIQUIDACION. 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, ...

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

8. Subsidio familiar. (...)

Para el cómputo de la partida básica de prima de actividad en la asignación de retiro y pensión el numeral 2º del artículo 140 remite a los porcentajes establecidos en el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, en el cual se ordena descontar un porcentaje de dicha prima de actividad percibida en servicio activo según el tiempo laborado, miremos:

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

a. Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.

b. Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o más 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.”

3.1. El actor ostentaba el grado de Sargento Segundo y su retiro del servicio activo ocurrió el 6 de julio de 1991, con un tiempo laborado de 24 años, 4 meses y 12 días, por ello, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional mediante resolución No. 5169 de septiembre 26 de 1991 le reconoció asignación mensual de retiro en el 85% de la suma de las siguientes partidas básicas:

- Sueldo básico	
- <u>Prima de actividad</u>	25%
- Prima de antigüedad	24%
- Subsidio familiar	39%
- Prima de navidad	1/12

En este orden de ideas, mi patrocinado había cumplido 24 años de servicio y por ello la Policía Nacional le cancelaba el 33% del sueldo básico como prima de actividad; una vez retirado del

servicio la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconoció asignación mensual de retiro y dentro de las partidas base establecidas en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, le computó el 25% como prima de actividad, descontando el 8% de esta prima en aplicación del artículo 141 de la misma norma.

3.2. Con 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*”; se estableció en el artículo 23 las partidas computables para asignación mensual de retiro y pensiones para el personal Oficiales y Suboficiales en servicio activo:

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

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido (...)

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada”

Como se observa, el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, era dual, regulaba las partidas para las prestaciones unitarias, estas son: cesantías, indemnizaciones, etc., lo que significa que son pagos por una sola vez; al mismo tiempo estableció las prestaciones periódicas, las que comprenden asignaciones de retiro, pensiones de invalidez y pensiones de sobrevivencia.

La Ley marco 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 de 2004 sólo se ocupan del sistema pensional del personal de la Fuerza Pública, es decir, de las prestaciones periódicas (*asignaciones y pensiones*); por esta razón a partir de su vigencia las prestaciones unitarias continúan rigiéndose por los artículos 140 y 141 del Decreto 1212 de 1990.

Así las cosas, tenemos que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 23 consigna las partidas computables para las asignaciones de retiro y pensiones de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, derogando la expresión “*periódicas*” del artículo 140 del Decreto 1212 de 1990 y como el numeral 2° del mismo canon remite a los porcentajes del artículo 141 para reconocimiento de la prima de actividad, ya no es aplicable a partir de la vigencia del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.

Aclarado este punto, que es crucial para comprender los cambios que se realizaron en el cómputo del factor base prima de actividad para asignaciones de retiro y pensiones que realizó el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004; de igual manera para clarificar las razones jurídicas que tuvo el Gobierno Nacional, cuando realizó la regulación de la prima de actividad en el artículo 2° y 4° del Decreto 2868 de 2007.

3.3. En cumplimiento a las modificaciones establecidas en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, a partir del 31 de diciembre del mismo año, el personal de oficiales y suboficiales que percibieron asignación mensual de retiro o pensión se le reconoció el 33% de prima de actividad como partida base computable, esto es, en el mismo porcentaje que devengaba en el servicio activo, porque la nueva norma no le impuso descuentos y así la aplica la entidad demandada.

Teniendo en cuenta que a mi defendido se le reconoció la asignación de retiro en vigencia del Decreto 1212 de 1990, el cual estableció en el artículo 151:

“ARTICULO 151. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y las 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 cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de este Decreto...

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y Coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 de este Decreto.”

Artículo 140 del Decreto 1212 de 1990:

“BASES DE LIQUIDACION. 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, ...*
- 5. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.*
- 8. Subsidio familiar. (...)*

El artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, ordenó que las partidas básicas consignadas en el artículo 140 y reconocidas en la asignación de retiro del actor, fueran oscilantes en todo tiempo con las modificaciones que se introdujeran a los porcentajes de las mismas partidas del personal activo para pensión y se pagarían con relación a los mismos; como se observa la partida básica de prima de actividad computada en la asignación de retiro del actor se encuentra entre las partidas básicas oscilantes, por lo que la entidad en aplicación del sistema de oscilación ha debido reajustar oficiosamente dicha la partida en el 33% como lo estableció el artículo 23 del mismo Decreto 4433, en igual porcentaje que se le ha venido computando al personal activo que obtuvo su asignación de retiro o pensión en vigencia de la norma en comento.

Así las cosas, a mi cliente inicialmente se le computó el 25% como partida base de prima de actividad en su asignación de retiro, la entidad debió haberla reajustado en el 8% más, para igualarla al 33% a partir del 1° de enero de 2005 hasta el 30 de junio de 2007 en cumplimiento del sistema de oscilación, toda vez que ese porcentaje es la variación introducida en el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, pero no lo ha realizado, por esta razón se ha violado el artículo 137 del C.P.A.C.A, por infracción de las normas en que debería fundarse, el cual se configura por la inobservancia de las normas que constituyen el marco jurídico del acto y surge de la confrontación entre la previsión del artículo 151 del Decreto 1212 de 1990 y el acto administrativo infractor, pues la norma jurídica estableció que las partidas básicas reconocidas como parte de la asignación de retiro quedaban sometidas al sistema de oscilación en todo tiempo, esto es, cada vez que la normatividad sea modificada en el futuro y se disponga la variación a cualquier título de alguna de las partidas base del personal activo, deberá reflejarse oficiosamente en la misma partida que hace parte de su asignación de retiro.

Porque el sistema o principio de oscilación opera de forma autónoma, es decir, debe ser aplicado de manera oficiosa e inmediata cada vez que la norma posterior modifique el porcentaje computable de las partidas base para asignación de retiro o pensión porque está ordenado en los decretos prestacionales.

No siendo requisito indispensable que se expida una norma complementaria o adicional que disponga a quiénes se les realizará la modificación en la partida base y cuál porcentaje será tenido en cuenta, porque de no dictarse la norma complementaria o adicional como en el caso que nos ocupa, se pensaría erróneamente que no se tiene derecho a beneficiarse de la modificación de la partida base hasta tanto eso ocurra.

3.4. Teniendo en cuenta que el principio o sistema de oscilación es exótico (si me permite el adjetivo), por esta razón y para mayor claridad en su interpretación y aplicación, traigo a colación la regulación que se ha venido dando en el tiempo, al igual que el precedente vertical pacífico, reiterado y consolidado de la Sala Plena del Consejo de Estado y la Sección Segunda:

3.4.1. Regulación legal:

-Ley 2ª de 1945 (febrero 19) artículo 34:

“A partir de la sanción de la presente Ley, el reconocimiento de las asignaciones de retiro a que se refiere el artículo anterior no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes, tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos.” (Subrayado mío)

-Decreto 756 de 1971, artículo 1º:

“Acláranse los artículos 11 y 9o de los Decretos-leyes números 2418 y 2419 de 1970, respectivamente en el sentido de que las asignaciones de retiro y pensiones del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y de los Agentes, no se causan por cantidades estables sino en forma oscilante, tomando como base la fluctuación de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado, incluyendo únicamente las partidas señaladas en los artículos 115, 93 y 54 de los Decretos-leyes números 3071, 3072 y 3187 de 1968 respectivamente.”

-Decreto Ley 2062 de 1984, por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, artículo 153:

“OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decretó, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de este decreto...”

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 141 de este decreto.

-Decreto Ley 1212 de 1990, por el cual se reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, artículo 151:

“Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, se liquidarán teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de este Decreto; ...

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y Coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 de este Decreto.”

Artículo 140 del Decreto 1212 de 1990:

“BASES DE LIQUIDACION. 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, ...*
- 5. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.*
- 8. Subsidio familiar. (...)*

-Igualmente se reguló el principio o sistema de oscilación en los Decretos 2070 de 2003, artículo 42; Ley Marco 923 de 2004, artículo 3 numeral 3.13 y Decreto 4433 de 2004, artículo 42.

3.4.2. Jurisprudencia:

- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹:

“Con estos supuestos, la Sala procede a estudiar lo concerniente a la cuantía de la prestación y a la manera como habrá de liquidarse.

Y afirma la sentencia de 2 de octubre de 1991, en su desarrollo:

"De la aplicación del expresado principio al caso en estudio se tiene que en la actualidad se encuentran vigentes los artículos 169 y 195 del Decreto Ley 1211 de 1990 que contienen el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los cuales expresan lo siguiente:

"Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las 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 cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública a menos que así lo disponga expresamente la ley.

¹ Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo; Actor: María Helena La Rotta Torres; Demandado: Ministerio de Defensa Nacional; Referencia: recurso extraordinario de súplica contra la Sección II de esta Corporación; Expediente No. S - 185; sentencia de marzo 9 de 1994

"Parágrafo. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

"Ahora bien, para efectos del pago de la pensión y como lo solicita la parte actora en la demanda, se deberá tener en cuenta el postulado de la oscilación de las pensiones y asignaciones de retiro, a que se refiere el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990 y la jurisprudencia.

"En cuanto a este punto, la Sala acoge lo expuesto en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 16 de febrero de 1959, caso de Isabel Brigard vda. de Ortiz Borda, citada en sentencia de la misma Sala, de fecha marzo 28 de 1960. Consejero Ponente: doctor Guillermo González Charry, Anales del Consejo de Estado, año XXXV, Tomo LXII, 1958 a 1960, Nos. 387 - 391, págs, 659 a 668, en la cual se expresa:"

"Se pregunta ahora: ¿Son fijas las asignaciones de retiro? Es incuestionable que hoy no lo son. Y no lo eran tampoco cuando el Ministerio de Guerra se pronunció para reconocer por primera vez el derecho de la demandante, por medio de la Resolución número 358 de 8 de febrero de 1957. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2a. de 1945 manda que "A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior (las de retiro), no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes, tomando en todo el tiempo como base el sueldo de actividad vigente para todo grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos.

" Y posteriormente, el artículo octavo de la Ley 100 de 1946 estatuyó que "El reconocimiento de las asignaciones de retiro para los suboficiales de la Fuerzas Militares no se hará por cantidades fijas sino mediante porcentajes, tomando como base el sueldo de actividad correspondiente a cada grado, en forma tal que las asignaciones sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad y se paguen con relación directa a los mismos."

Aun cuando este precepto no se refiere a Oficiales, la repetición casi textual del principio, sobre un derecho para gentes del mismo cuerpo, indica que se trata ya de una norma general. Y finalmente, el artículo 107 del Decreto 3220 de 1953 reprodujo lo dicho en el que se citó primeramente, cuando estableció que "Las asignaciones de retiro de que trata el presente estatuto, no se causarán por cantidades estables, sino en forma oscilante, tomando como base las fluctuaciones de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado."

"Las anteriores razones serían bastantes para estimar que, puesto que los sueldos de retiro son fluctuantes, también deben serlo las prestaciones periódicas que toman su cuantía de aquellos, puesto que, podría decirse que el efecto participa de la naturaleza de la causa.

Lo que permite concluir no solamente en la fluctuabilidad de las pensiones de acuerdo con la variación que vayan sufriendo los elementos fijos y variables de las asignaciones militares, sino, además, el derecho a que el reajuste que ello implica, se haga para los beneficios en todo tiempo, es decir, con motivo de cada oportunidad en que la ley modifique las mencionadas asignaciones. (Subrayado mío)

En el mismo sentido puede consultarse también la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado:

- Expediente No. S – 025 - C.P.: Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez; Actor: Isabel Ovalle viuda de Salcedo; Demandado: Ministerio de Defensa Nacional; Sentencia de octubre 2 de 1991.

- La Sección Segunda del Consejo de Estado acogiendo la jurisprudencia reiterada y consolidada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, resolvió las demandas de Generales, Coroneles en retiro y beneficiarios, en las cuales solicitaban la aplicación del sistema o principio de oscilación para incrementar sus asignaciones de retiro o pensiones con la prima de servicios, creada por el Gobierno Nacional para Generales y Coroneles en servicio activo mediante Decreto 107 de 1996 y los siguientes anualmente, manteniendo la línea jurisprudencial vertical, así:

² “Para establecer si el actor tiene derecho a que se le reajuste su asignación de retiro con base en la normatividad transcrita, es preciso establecer que ésta le fue reconocida mediante la Resolución No. 6750 de 28 de noviembre de 2008, con fundamento en el Decreto 2062 de 1984, vigente para ese momento.

El mencionado Decreto fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983, para regular la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y sus prestaciones, estableciendo como base de liquidación para el reconocimiento de las asignaciones de retiro el siguiente:

*“Artículo 141. **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 liquidarán las prestaciones sociales sobre, las siguientes partidas, así: (...)*

b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

- 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...*
- 5. Doceava parte (1/12) de la prima de navidad*
- 6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este decreto*
- 7. Gastos de representación para Oficiales Generales*
- 8. Subsidio familiar, liquidado conforme 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.”

Ahora bien, la Resolución No. 6750 de 28 de noviembre de 1984, expedida por la demandada, liquida la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta los factores relacionados

² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” - Consejero Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Actor: Antonio Reyes Aragón Mondragón; Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; Radicación: 25000 2325 000 2007 00922 - 01(1851 – 08); sentencia de julio 9 de 2009

anteriormente, entre otros: el sueldo básico de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de actividad, prima de academia superior y prima de navidad.

De acuerdo con lo anterior, la prima mensual a que se refieren los decretos dictados por el Gobierno Nacional, para fijar las asignaciones básicas de los miembros de la Fuerza Pública, no se encontraba contemplada como factor salarial computable para liquidar la asignación de retiro.

No obstante, éste mismo Decreto, en el artículo 153, establece la oscilación de las asignaciones de retiro, así:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decretó, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

De la normatividad en cita se vislumbra que, a efectos de liquidar las asignaciones de retiro de los miembros de la Policía Nacional, se debe tener en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones en actividad, sujetándolo a lo dispuesto en el artículo 141 del Decreto 2061 de 1984, que establece la base de liquidación de las mismas.

Es importante aclarar que la oscilación aplicable a las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública se refiere a la variación porcentual que podrían sufrir los factores básicos de liquidación y no a la creación de un nuevo factor computable, pues como se puede observar en el artículo 153 del Decreto 2062 de 1984, se deben tener en cuenta todas las variaciones introducidas a las asignaciones básicas de los miembros activos para cada grado relacionadas con el artículo 141 ibidem, es decir: sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, prima de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía, prima de navidad, prima de vuelo, gastos de representación y subsidio familiar. (Subrayado y diferenciado no original)

Al no encontrarse la prima mensual dentro de los factores contemplados en el artículo 141 del Decreto 2062 de 1984, no es susceptible de oscilación.”

- Continúa la Sección Segunda³ en otro caso con la misma argumentación:

“De la normatividad en cita se infiere que, a efectos de liquidar las asignaciones de retiro de los miembros de la Policía Nacional, se debe tener en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones en actividad, sujetándolo a lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 613 de 1977, que establece la base de liquidación de las mismas.”

Es importante aclarar que la oscilación aplicable a las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública se refiere a la variación porcentual que podrían

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A” - Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Actor: Ismael Enrique Talero Suárez; Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; Radicación: 25000 2325 000 2007 00900 01(1615 – 08); sentencia de enero 28 de 2010

sufrir los factores básicos de liquidación y no a la creación de un nuevo factor computable, pues como se puede observar en el artículo 120 del Decreto 613 de 1977, se deben tener en cuenta todas las variaciones introducidas a las asignaciones básicas de los miembros activos para cada grado relacionadas con el artículo 113 ibidem, es decir: sueldo básico, prima antigüedad, subsidio familiar, prima de actividad, prima de navidad, gastos de representación y prima de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía.” (Subrayado mío)

- En otro pronunciamiento la Sección Segunda⁴ del Consejo de Estado, ratifica el precedente jurisprudencial sobre la oscilación:

“(II) Del caso concreto

Concretamente, en el presente asunto, se discute la viabilidad de liquidarle y reajustarle la asignación de retiro de la que es beneficiaria la señora Martha Rodríguez de Matiz, como cónyuge supérstite del Coronel (r) Álvaro Matiz Cortés, con la inclusión de la prima mensual consagrada a partir del año 1996, en el Decreto 107.

Con el ánimo de atender dicho asunto procede resaltar que la asignación de retiro reconocida al señor Álvaro Matiz Cortés se sustentó en el Decreto 096 de 1989, vigente a la fecha en que consolidó su derecho, y que, en consecuencia, para su liquidación debieron incluirse las partidas específicamente ordenadas por la misma norma, esto es por el artículo 139 ibidem:

“Artículo 139. BASES DE LIQUIDACION. 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 sobre las siguientes partidas, así:

a) (...)

b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

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 ...
5. Doceava (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 Generales.
8. Subsidio Familiar, liquidado conforme a lo dispuesto en el artículo 82...”

A la luz de dicha norma, y de conformidad con la certificación obrante a folios 7 y 8 del expediente, se establece que las partidas que devengó el Coronel (r) durante su último año de servicios fueron: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, prima de actividad, academia superior y prima de navidad.

Al respecto, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, de 28 de enero de 2010, C.P. doctor Gustavo Gómez Aranguren, radicado interno No. 1615-2008, en un asunto con contornos fáctico-similares se afirmó:

⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” - Consejero Ponente: Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila; Actor: Martha Rodríguez de Matiz; Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; Radicación: 25000 2325 000 2008 90149-01(0333 – 2009); sentencia de abril 15 de 2010

“Es importante aclarar que la oscilación aplicable a las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública se refiere a la variación porcentual que podrían sufrir los factores básicos de liquidación y no a la creación de un nuevo factor computable, pues como se puede observar en el artículo 120 del Decreto 613 de 1977, se deben tener en cuenta todas las variaciones introducidas a las asignaciones básicas de los miembros activos para cada grado relacionadas con el artículo 113 ibidem, es decir: sueldo básico, prima antigüedad, Subsidio familiar, prima de actividad, prima de navidad, gastos de representación y prima de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía.

Al no encontrarse la prima mensual dentro de los factores contemplados en el artículo 113 del Decreto 617 de 1977, no es susceptible de oscilación.”

- En otro caso con ribetes similares al que nos ocupa, la Subsección “B” de la Sección Segunda⁵ del Consejo de Estado, explica la forma y los requisitos que deben cumplirse para ser beneficiario del sistema o principio de oscilación:

“Para establecer si el actor tiene derecho a que se le reajuste su asignación de retiro con base en la normatividad transcrita, es preciso establecer que ésta le fue reconocida mediante la Resolución No. 02708 de 9 de junio de 2004, con fundamento en el Decreto Ley 1212 de 1990.

El mencionado Decreto fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, para regular la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales, estableciendo en su artículo 140, como base de liquidación para el reconocimiento de las asignaciones de retiro el siguiente:

“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 Generales.***
- 8. Subsidio familiar. En el 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.***
- 9. La bonificación de los Agentes del Cuerpo Especial, cuando sean ascendidos al grado de Cabo Segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como Agentes, sin contar los tiempos dobles.***

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo,

⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” - Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez; Actor: Álvaro Botero Mejía; Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; Radicación: 25000 2325 000 2011 00414 01(2235 – 12); sentencia de abril 18 de 2013

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.”.

De acuerdo con lo anterior, la prima mensual a que se refieren los Decretos dictados por el Gobierno Nacional cada año para fijar las asignaciones básicas de los miembros de la Fuerza Pública, no se encontraba contemplada como factor salarial computable para liquidar la asignación de retiro.

No obstante éste mismo Decreto, en el artículo 151, establece la oscilación de las asignaciones de retiro, así:

“Las asignaciones de retiro y las 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 cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de este Decreto. En ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley. ...”.

De la normatividad en cita se vislumbra que a efectos de liquidar las asignaciones de retiro de los miembros de la Policía Nacional, se deben tener en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones en actividad, sujetándolo a lo dispuesto en el artículo 140 del Decreto Ley 1212 de 1990, que establece la base de liquidación de las mismas.

Es importante aclarar que la oscilación aplicable a las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública se refiere a la variación porcentual que podrían sufrir los factores base de liquidación y no a la creación de un nuevo factor computable que no constituye factor salarial.

En tal sentido, el artículo 151 del Decreto Ley 1212 de 1990 establece que se deben tener en cuenta todas las variaciones introducidas a las asignaciones básicas de los miembros activos para cada grado relacionadas con el artículo 140 ibídem, siempre que constituyan factor salarial, es decir: sueldo básico, gastos de representación, subsidio familiar y primas de actividad, antigüedad, estado mayor, navidad y vuelo.

Al no encontrarse las primas solicitadas por el demandante dentro de los factores contemplados en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, no son susceptibles de oscilación, máxime si se tiene en cuenta que las mismas fueron creadas sin carácter salarial.”

- La Sección Segunda⁶ del Consejo de Estado, ratifica una vez más el precedente jurisprudencial vertical respecto del sistema o principio de oscilación:

“Ahora bien, para efectos de establecer si el señor Garavito Martínez tiene derecho a que se le incluya la prima mensual en la liquidación y pago de su asignación de retiro, es conveniente resaltar que la entidad demandada

⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A” - Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero; Actor: Jaime Garavito Martínez; Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares; Radicación: 25000232500020090046601 (2238 – 11); sentencia de mayo 2 de 2013

le reconoció esa prestación mediante la Resolución No. 0397 de 1983, con fundamento en el Decreto 612 de 1977, norma vigente para ese momento. En consecuencia, para su liquidación debieron incluirse las partidas señaladas por esa norma, a saber.

“ARTÍCULO 131. BASES DE LIQUIDACIÓN. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

(...)

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre; sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos liquidados conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava parte de la prima de Navidad; prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto; gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto.”

Conforme al acto por medio del cual se le reconoció la asignación de retiro al actor, la entidad demandada liquidó la asignación de retiro teniendo en cuenta los emolumentos que el actor efectivamente devengó y que se encuentran relacionados dentro de los factores antes reseñados, estos son: el sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, prima de Estado Mayor, subsidio familiar y prima de navidad.

De lo establecido en el artículo 131 del Decreto 612 de 1977, se desprende que la prima mensual se encuentra excluida como factor salarial computable para liquidar la asignación de retiro.

Aclarado lo anterior, la Sala comparte el criterio del Tribunal según el cual las pretensiones formuladas por el actor están encaminadas a la aplicación del principio de oscilación. Al respecto es preciso recordar que se trata de un mecanismo especial de actualización de la asignación de retiro, mediante el cual se consigue el reajuste periódico de las pensiones de los miembros de la fuerza pública, teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad y sujetándose a las partidas computables antes señaladas.

Ahora bien, al no encontrarse contemplada la prima pretendida como un factor de liquidación de la asignación de retiro según lo dispuesto en el artículo 131 del citado

Decreto, mal puede pretender el actor su inclusión.

Al respecto, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, de 28 de enero de 2010, C.P. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 1615-2008, en un asunto similar al aquí planteado, se afirmó:

“Es importante aclarar que la oscilación aplicable a las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública se refiere a la variación porcentual que podrían sufrir los factores básicos de liquidación y no a la creación de un nuevo factor computable, pues como se puede observar en el artículo 120 del Decreto 613 de 1977, se deben tener en cuenta todas las variaciones introducidas a las asignaciones básicas de los miembros activos para cada grado relacionadas con el artículo 113 ibídem, es decir: sueldo básico, prima antigüedad, Subsidio familiar, prima de actividad, prima de navidad, gastos de representación y prima de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía.

*Al no encontrarse la prima mensual dentro de los factores contemplados en el artículo 113 del Decreto 617 de 1977, no es susceptible de oscilación.
(...)*

3.4.2. El Consejo de Estado – Sección Segunda, con los mismos argumentos traídos a colación en precedencia resolvió por lo menos 150 casos similares en los cuales se reclamaba la prima mensual, lo que generó precedente pacífico, reiterado y consolidado en la misma línea, es decir, establece la forma y los requisitos para aplicar el principio o sistema de oscilación a los beneficiarios; sería antitécnico traer toda esa cantidad de sentencias al presente asunto, consideramos que con las citadas es suficiente para que el Operador de justicia tenga claridad sobre la justicia de las pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas, en el acto administrativo demandado se omitió aplicar el sistema o principio de oscilación, regulado en los artículos 151 del Decreto 1212 de 1990, artículo 3º numeral 3.13 de la Ley marco 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 de 2004, los cuales ordenan que a las asignaciones de retiro y pensiones reconocidas al personal retirado con anterioridad al año 2004, se le compute el mismo porcentaje que se decretó en la partida base de prima de actividad a las asignaciones de retiro y pensiones del personal de oficiales y suboficiales en servicio activo, lo que permite establecer la violación del artículo 137 del C.P.A.C.A, porque se obró con desviación de poder, que es la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el Legislador, en la búsqueda de un fin opuesto a la norma que debe someterse.

De la misma manera, por infracción de las normas en que debería fundarse, como era el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, el cual estableció el reajuste de dicha prima para las asignaciones de retiro y pensiones del personal oficiales y suboficiales en servicio activo, quedando como insoluto el 8% para que se dé cumplimiento a lo ordenado; la causal se configura por la inobservancia de las normas que constituyen el marco jurídico del acto y surge de la confrontación entre la previsión de la norma y el acto administrativo infractor.

4. Posteriormente el Gobierno Nacional, promulga el Decreto 2863 de 2007, regulando en el artículo 2° inciso 1° lo siguiente:

“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.

Tenemos que el artículo 68 del Decreto 1212 de 1990, establecía el factor base de prima de actividad en el 33% que se computaba en el salario del personal de Oficiales y Suboficiales en servicio activo; por mandato del inciso primero del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 se le adiciona el 50% más, esto es, el 16.5%, quedando el porcentaje de la partida base de prima de actividad en el 49.5% a partir del 1° de julio de 2007 para computar en el salario mensual del personal activo; en los decretos de aumento anual Nos. 673/08, 737/09, 1530/10, 1050/11, 842/12, 1017/13, 187/14, 1028/15, 214/16, 984/17, inciso 1° de los artículos 31, 30, 30, 30, 30, 30, 30, 30, 30, 30 todos con la misma redacción, se consigna lo siguiente:

“La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-Ley 1211 de 1990 y 68 del Decreto-Ley 1212 de 1990 será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).”

4.1. En el inciso segundo del artículo 2° del 2863 de 2007, se ordenó:

“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%).”

Con la aclaración que se realizó en el numeral 3.2 de la demanda, tenemos que el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 derogó la expresión “periódicas” del artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, y como el numeral 2° de ese artículo remite a los porcentajes del artículo 141 de la norma en cita para reconocimiento de la prima de actividad, ya no es aplicable a partir de la vigencia del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que las partidas para asignación de retiro, pensiones de invalidez y pensiones de sobrevivencia del personal de oficiales, suboficiales y agentes en servicio activo se regulan por separado en artículo 23 del Decreto 4433 de 2004..

Así las cosas, los artículos 140 y 141 del Decreto 1212 de 1990, continúan regulando las partidas para tener en cuenta en las prestaciones sociales unitarias (éstas no cuentan con el beneficio del principio de oscilación), es la razón jurídica por la cual en el artículo 2° Inciso segundo del Decreto 2863 de 2007, se realiza la precisión que el reajuste será del 50% según el tiempo de servicio para las prestaciones diferentes a la asignación de retiro o pensión.

Nótese que el Legislador ordinario, para el personal en retiro de la Fuerza Pública estableció como único mecanismo de aumento de las asignaciones de retiro o pensiones el sistema o principio de oscilación, que consiste en que toda modificación que se realice a los factores base del salario del personal activo de la Fuerza Pública deberá reflejarse automáticamente en el mismo factor base de las asignaciones de retiro y pensiones; como característica especial tenemos que la oscilación opera en forma automática, esto es, no requiere de la expedición de un decreto adicional o complementario que la aplique o reconozca y que establezca cuál será el porcentaje a reconocer, porque de hacerlo se estaría extralimitando la competencia y al mismo tiempo se le estaría dando una interpretación diferente a la establecida en las normas y la copiosa jurisprudencia reiterada y consolidada que desarrolla dicho sistema.

4.2. La entidad certifica que a mi defendido se le computó el 25% de la partida base de prima de actividad en la asignación de retiro, y en aplicación del Decreto 2863 de 2007, reajustó dicha prima en el 50% más, del porcentaje que percibía, esto es, en el 12.5%, quedando en el 37.5% a partir del 1° de julio de 2007 en adelante.

Aunque la entidad manifiesta en forma general que dando cumplimiento del Decreto 2863 de 2007, incrementó en el 50% la prima de actividad de mi cliente que corresponde al 12.5%, lo cierto es que aplicó el artículo 2° inciso segundo del Decreto 2863 de 2007, porque es en la única parte de la norma que ordena incrementar el 50% según el tiempo de servicio para las prestaciones unitarias y es claro el inciso segundo cuando manifiesta: “Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, **diferentes a la asignación de retiro o pensión,**”

Como queda demostrado, la entidad ha incurrido en error de interpretación de la norma sustancial y error por aplicación indebida del inciso 2° del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, lo que permite la nulidad del acto administrativo.

4.3. Luego en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, se dispone:

“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.”

En el artículo anterior, se autoriza que la variación al porcentaje a la prima de actividad realizado en el inciso primero del artículo 2°, se hace extensivo al personal con asignación de retiro o pensión, lo que se constituye en una disposición ilegal, porque el principio de oscilación es autónomo y se encuentra en todas las normas prestacionales de carácter periódico de la Fuerza Pública, por esta razón, cuando se modifica el porcentaje de las partidas base del salario del personal activo, en forma automática debe reflejarse en las mismas partidas base reconocidas en la asignación de retiro y pensión del personal retirado, por ello, no es necesario expedir una norma que haga extensiva dicha modificación a las asignaciones de retiro o pensiones, porque genera confusión y daría a entender que si no se regula por norma adicional o complementaria como se hace en el presente caso, el sistema de oscilación no puede operar en forma automática y por esta razón no puede ser aplicado oficiosamente, a petición de parte o por sentencia judicial porque se presenta omisión legislativa extraordinaria, interpretación que desnaturalizaría la oscilación.

Como se mostró en precedencia, el activo correspondiente y los que percibieron asignación de retiro y pensión a partir del 1° de enero de 2005 hasta el 30 de junio de 2007 devengaban el 33% como prima de actividad, y con el ajuste del artículo 2° inciso primero del Decreto 2863 de 2007, a partir del 1° de julio de 2007, se les aumentó la mentada prima en el 16.5% más, quedando su total en el 49.5%.

Debiéndose establecer el porcentaje de prima de actividad en el 49.5% al personal en retiro que devenga asignación de retiro, como lo fijan los Decretos 2863 de 2007, artículo 2 inciso primero; *inciso 1° de los artículos 31, 30, 30, 30, 30, 30, 30, 30, 30* de los Decretos Administrativos Nos. 673/08, 737/09, 1530/10, 1050/11, 842/12, 1017/13, 187/14, 1028/15 y 214/16, dando aplicación al artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y al sistema o principio de oscilación.

En este orden de ideas, en el acto administrativo demandado al aplicarse el artículo 2° inciso 2° del Decreto 2863 de 2007 y decretar el aumento del 50% = 12.5% a la partida base de prima de actividad que venía percibiendo mi cliente en la asignación de retiro, se ha violado el artículo 137 del C.P.A.C.A, porque se obró con desviación de poder, que es la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el Legislador, en la búsqueda de un fin opuesto a la norma que debe someterse.

De la misma manera, por infracción de las normas en que debería fundarse, como era el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, (canon ilegítimo pero vigente) el cual estableció el reajuste de dicha prima en el 16.5% más, quedando como faltante el 4% para que se dé cumplimiento a lo ordenado, el cual se configura por la inobservancia de las normas que constituyen el marco jurídico del acto y surge de la confrontación entre la previsión de la norma y el acto administrativo infractor.

5. Tenemos que el Consejo de Estado - Sala Plena y la Sección Segunda, en reiterado precedente jurisprudencial establecieron la forma como debe aplicarse el sistema o principio de oscilación, pero podría existir criterios encontrados pero razonables respecto al tema; en estos eventos al Juez le corresponde aplicar directamente la Constitución Política en su artículo 53, es decir, el criterio más favorable al trabajador, veamos la jurisprudencia:

5.1. Corte Constitucional en sentencia T – 783 de 2014, argumentó:

*“En sentir de esta Sala de Revisión, el Tribunal Administrativo del Cauca **no incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de precedente** al no acceder a las pretensiones del actor de ordenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la prima de actualización correspondiente a los años 1993 a 1995.*

En este evento, se recuerda que la Sección Segunda del Consejo de Estado no tiene una posición pacífica y única frente al tema del fenómeno de la prescripción para reclamar dicha prestación ante los jueces competentes, sino que el tema ha sido analizado de forma distinta entre las Subsecciones de dicha Corporación.

Como se indicó en precedencia, la Subsección A considera que no se debe aplicar por segunda vez el término de prescripción si la prima de actualización se reclamó oportunamente en sede gubernativa. Por su parte, la Subsección B sí da aplicación a un segundo plazo para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar el pago de la prestación, considerando que la prescripción se interrumpe por un término igual al inicialmente contemplado en la norma (4 años).

En tal virtud, no es posible hablar de la existencia de un precedente que obligue a los jueces a resolver bajo esos parámetros casos similares, a efectos de garantizar los derechos involucrados. Adicionalmente, el Tribunal cuestionado justificó su inclinación hacia la posición de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, explicando, entre otras razones lo siguiente: (...)

4.8.2. En segundo lugar, sin perjuicio de lo expuesto, si bien no se incurrió en un desconocimiento de precedente – por no existir posición única frente al tema – el Tribunal Administrativo del Cauca sí desatendió principios constitucionales al resolver el caso puesto a su consideración por el actor, razón por la que se configura la causal de violación directa de la Constitución.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, los jueces y las autoridades administrativas, en ejercicio de sus funciones, no deben apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución, pues de hacerlo, se constituye una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada, lo anterior, se reitera, por cuanto nuestro ordenamiento constitucional “reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, y ellos contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares”.⁷ Así, la aplicación de la Constitución debe asegurarse en todo proceso ya sea judicial o administrativo, aún cuando el interesado no lo hubiere solicitado.

En este caso, el Tribunal Administrativo del Cauca ha debido tener presente que la Carta Política, en su artículo 53, plantea la aplicación del principio de favorabilidad para resolver los conflictos normativos en materia laboral. Principio que se encuentra desarrollado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. Igualmente dispone, que la que se adopte deber ser aplicada en su integridad.

En este contexto, resulta reprochable que ante la existencia de dos posiciones contrarias pero razonables frente al tema de la prescripción para reclamar la prima de actualización, el Tribunal Administrativo del Cauca no hubiera hecho uso de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales de los que goza para considerar las circunstancias más favorables existentes sobre la materia sometida a su juicio.

De manera que, para esta Sala de revisión, el Tribunal ha debido acudir a la interpretación más favorable al trabajador entre las dos que se ponían de presente a la hora de resolver el recurso de alzada. Lo anterior porque, en efecto, de acogerse esta posición, el accionante habría sido favorecido con el goce de su derecho prestacional.

Así las cosas, es claro para esta Sala que se ha configurado la causal de violación directa de la Constitución al no tener en cuenta principios de rango superior como el consagrado en el artículo 53, relacionado con la favorabilidad en materia laboral.”

5.2. El Consejo de Estado⁸, acogiendo la posición anterior de la Corte Constitucional, ha sentado precedente vertical reiterado y consolidado en casos similares:

⁷ Sentencia T- 518 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta; C.P. (E): Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia; Demandante: Segundo Cavedo Velásquez Aza; Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión Laboral; Radicación: 11001-03-15-000-2016-00009-01; sentencia de octubre 3 de 2016

“Sin embargo, para esta Sala la posición asumida por el Tribunal demandado sí viola en forma directa la Constitución, al no aplicar el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, cuando asumió la tesis menos favorable para decidir el caso del actor.

En este orden de ideas, la Sala concederá el amparo de los derechos fundamentales cuya protección invoca el señor Segundo Cevedeo Velásquez Aza.

Como resultado del amparo se dejará sin efectos la sentencia del 22 de junio de 2015 y, en su lugar, se ordenará a la Sala Laboral del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación de este fallo, profiera una nueva decisión en la que, al resolver el recurso de apelación dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del señor Segundo Cevedeo Velásquez Aza contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), radicado con el No. 76-001-33-31-701-2012-00097-01, aplique el criterio más favorable sobre el tema, de los dos existentes en la Sección Segunda del Consejo de Estado.”

De manera que la cuestión se encuentra definida ya por la máxima instancia contenciosa administrativa. Situación que se pone en evidencia la justicia de las pretensiones de la demanda y refuerzan las esperanzas de una decisión favorable por parte de ese despacho, sin desconocer, desde luego, la autonomía de cada instancia.

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

En el presente asunto la parte demandante no convocó a la entidad para realizar Conciliación Prejudicial, como quiera que el derecho fundamental que se reclama está consagrado en el Decreto Reglamentario 4433 de 2004 y 2863 de 2007, su fin es mantener el poder adquisitivo de la pensión, por lo que estamos frente a un derecho cierto e indiscutible, protegido por los artículos 48 y 58 de la Carta Política, el cual no puede ser objeto de conciliación por prohibición expresa del artículo 53 de la Constitución Política

PRUEBAS:

Como medios para probar los hechos de la demanda, solicito tener los siguientes:

- Poder para actuar
- Oficios cuya nulidad se demanda
- Oficio 3912 de marzo 3 de 2016, al que anexa:
 - Resolución por la cual le reconoce asignación de retiro
 - Hoja de servicios policiales
 - Certificación última unidad laborada
 - Certificaciones salariales
- Petición inicial

Jurisprudencia:

- Sentencia de julio 9 de 2009 – Antonio Reyes Aragón Mondragón Vs. CASUR
- Sentencia de enero 28 de 2010 – Ismael Enrique Talero Suárez Vs. CASUR
- Sentencia de abril 15 de 2010 – Martha Rodríguez de Matiz Vs. CASUR
- Sentencia de abril 18 de 2013 – Álvaro Botero Mejía Vs. CASUR
- Sentencia de mayo 2 de 2013 – Jaime Garavito Martínez Vs. CREMIL

COMPETENCIA Y CUANTÍA

Es competente el señor Juez Administrativo para conocer en primera instancia de esta demanda, conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 152 del C.P.A.C.A., la cuantía que en forma razonada es inferior a 50 salarios mínimos. La entidad certifica que la última unidad laborada por el actor fue la Policía de Cauca.

La cuantía se estima en la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (2.800.000), según el siguiente cuadro:

Año	Diferencia no Pagada
2005	834.351
2006	875.643
2007	1.143.811
TOTAL	2.853.805

NOTIFICACIONES

- Al Agente del Ministerio Público, en la secretaría de la Corporación

- Al actor y al apoderado, en la carrera 9 No. 9 - 49 Cali – Teléfono: 300 609 03 73

Nota: solicito que toda notificación se realice al correo electrónico: terojo@hotmail.com

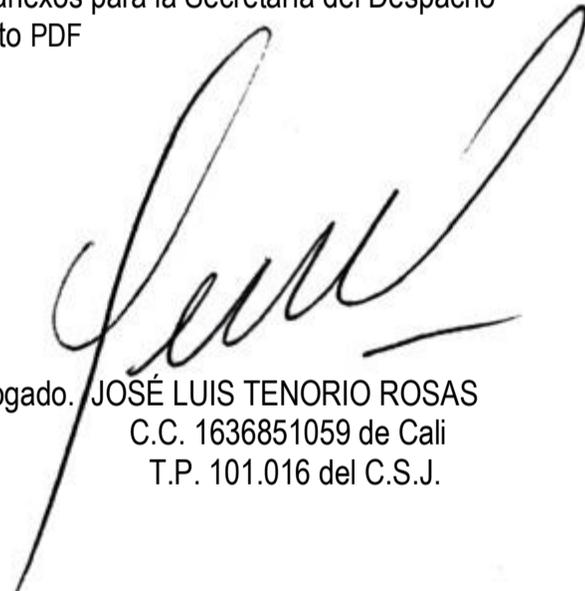
- A la Caja de Sueldos de Retiro, en la carrera 7 No. 12 B 58 Bogotá. D. C. – correo electrónico: www.judiciales@casur.gov.co

- A la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en la carrera 7 No. 75 - 60 Bogotá. D. C. – correo electrónico: dir_defensa@mij.gov.co

ANEXOS

- Copia de la demanda con sus anexos para el traslado de la demandada
- Copia de la demanda con sus anexos para el traslado del MINPUBLICO
- Copia de la demanda con sus anexos para el traslado de la Agencia de Defensa del Estado
- Copia de la demanda con sus anexos para la Secretaría del Despacho
- Copia de la demanda en formato PDF

Atentamente,



Abogado. JOSÉ LUIS TENORIO ROSAS
C.C. 1636851059 de Cali
T.P. 101.016 del C.S.J.