



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015).

Medio de control: Nulidad Y Restablecimiento del Derecho.
Radicación: 70-001-33-33-003-2013-00222-00
Demandante: MARI MARGOTH MERCADO DE BALDOVINO
Demandada: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL- CAJA GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL (CAGEN).

Tema: REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO (PRIMA DE ACTIVIDAD)

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el artículo 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: **MARI MARGOTH MERCADO DE BALDOVINO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.174825, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandada. **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL- CAJA GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL (CAGEN).**

1.2. PRETENSIONES:

PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio **No 106299 de fecha 25-04-2012** proferido por el Director General de **LA CAJA GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL "CAGEN"** 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.

¹Folio 1

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se ORDENE a la entidad demandada, RECONOCER, RELIQUIDAR Y PAGAR la Prima de Actividad del 20% al 82% 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 numeral 23.1.2 y Decreto 2863 de 2007, *Artículos 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 artículos 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 la parte que la señora MERCADO DE BALDOVINO sus servicios en la Policía Nacional, en el grado de **AGENTE** y pensión de invalidez en virtud de la Resolución número 06833 de fecha 14-12-1973; con un tiempo total de servicios de 23 años, 1 mes y 26 días, siendo su última unidad en **SINCELEJO**, emanada de la **CAJA GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL "CAGEN"**.
- 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 artículo 23 introdujo modificaciones en las partidas computables de la Asignación de Retiro y pensión, numeral 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 la parte 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 artículos 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 numeral 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 y que por tanto se accionó el **principio de oscilación del Art. 110 del Decreto 1213/90**.
- La demandante a la vigencia de los Decretos 2070/03 y 4433/04 como Prima de Actividad tenía el 20% del sueldo básico, correspondiéndole el 82%, a partir del 28 de julio de 2003, conforme a lo dispuesto en el Art. 23 numeral 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 82%.

1.4. **NORMAS VIOLADAS:**

Señaló la parte actora el desconocimiento de la Constitución Nacional: artículos 2, 6, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90, 229 e inciso 2º del Art. 346; Código Civil artículos 10, 18; Ley 153 de 1887 Artículo 3; Ley 2ª de 1945 Art. 34; Código de Procedimiento Civil Art. 23 numeral 1, 18 y 20, 115, 116, 117, y 175; Código Contencioso Administrativo Artículos 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 artículos 2 y 3 en especial lo contenido en el artículo 3 Numeral 3.13; Decretos Reglamentarios 2070/03 y 4433/04 Art. 23 numeral 23.1.2 y Art. 24; Decreto 2863 de 2008 que modifica parcialmente al decreto 1515 de 2007 artículos 2º y 6º.

1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Indica que los Decretos 2070/3, 4433/04 Art. 23 numeral 23.1.2 y 2836/07 Art. 2 y 6 con relación a la Prima de Actividad, consagran que para los efectos de Asignación de Retiro o Pensión la liquidación y computo en la totalidad por porcentaje que la devenga el personal en la actividad, por lo tanto, el actor 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 2º el cual modifica* el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 con relación al incremento en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007 del 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.

Y que como consecuencia, la parte tiene derecho al reajuste de la Prima de Actividad del 20% al 82% 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.

Ahora bien, 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 GONZALEZ 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 2º.”

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 numeral 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. En el artículo 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 numeral 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 82% 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”.

Adicionalmente, 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 ala 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 33% de dicha prima, correspondiéndole el 74% del sueldo básico, en igualdad de condiciones con un agente retirado en vigencia de los Decretos 2070/03 y 4433/04 Art. 23 numeral 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, Artículo 2

El artículo 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 artículo 10 de la Ley 4a de 1992 y en el artículo 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 petitionado 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 25 de julio de 2013 fue presentada en la oficina judicial la demanda.²
- Mediante auto del 08 de agosto de 2013 fue inadmitida la demanda.³
- La demanda fue admitida mediante auto del 23 de septiembre de 2013.⁴
- La demanda fue notificada a las partes el 22 de octubre de 2013.⁵
- La entidad demanda contesto la demanda dentro del término conferido, proponiendo excepciones.⁶
- En virtud de lo anterior el 20 de febrero de 2014 se corrió traslado por secretaria de las excepciones propuestas, ante lo cual la parte demandante guardo silencio.⁷
- A través de auto del 06 de marzo de 2014 se fijó fecha para audiencia inicial.⁸
- El día 26 de junio de 2014 se llevó acabo audiencia inicial, se decretaron pruebas y se fijó fecha para audiencia de pruebas.⁹
- El 11 de septiembre de 2014 se realizó audiencia de pruebas en la cual se incorporaron pruebas documentales, y se fijó nueva fecha para audiencia de pruebas.¹⁰
- El 27 de octubre de 2014, se llevó acabo la continuación de la audiencia de pruebas, en la cual se incorporaron los documentos y se ordenó correr traslado para alegatos, los cuales deberían ser presentados por escrito.¹¹
- La entidad demandada presento sus alegatos de conclusión¹², lo propio hizo la parte demandante.¹³

² Folio 27

³ Folio 29

⁴ Folio 35

⁵ Folios 41-53

⁶ Folios 54-75

⁷ Folio 76

⁸ Folio 78

⁹ Folios 266-272

¹⁰ Folio 279-282

¹¹ Folio 288-291

¹² Folios 295-298

¹³ Folios 299-304

1.7. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹⁴:

Sobre los hechos indico:

En consideración al hecho primero indica que de conformidad con la resolución 06833 del 14 de diciembre de 1973, es cierto.

En cuanto a los hechos segundo, tercero indica no ser hechos sino normas que no son aplicables en el presente caso.

Respecto al hecho cuarto, indica que el decreto 4433 de 2004 no tiene efectos retroactivos.

Sobre el hecho quinto, afirma que la liquidación de la prima de actividad se realizó de acuerdo con la normatividad vigente.

Como razones de la defensa, argumenta la entidad que la parte solicita la reliquidación y reajuste de la mesada pensional otorgada por la POLICIA NACIONAL, en lo concerniente a la llamada PRIMA DE ACTIVIDAD, que como su nombre lo indica se otorga al personal ACTIVO de la POLICIA NACIONAL.

Adiciona, que el reconocimiento y pago de las pensiones, asignaciones de retiro, pensiones por invalidez o sustituciones pensionales se efectúan con base en lo señalado en el decreto 1213 de 1990.

Así mismo clarifica, en el sentido de señalar que el reconocimiento de la pensión a favor de la parte demandante se surtió mediante resolución expedida por la Policía Nacional, acto administrativo elaborado con base en su hoja de servicios y con las partidas previstas en el decreto 2340 de 1971, para efectos de prestaciones sociales y aspecto que trata del cómputo de la prima de actividad, norma vigente para la materia en el momento de la expedición del mencionado acto administrativo.

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.

Por lo cual concluye la entidad demandada, que la mesada pensional que hoy recibe la señora MERCADO DE BALDOVINO, en calidad de cónyuge supérstite del extinto agente ISRAEL BALDOVINO DÍAZ, se encuentra correctamente liquidada y no hay lugar a reajuste,

¹⁴ Folios 54-61

por la simple razón de que las interpretaciones hechas por la parte no tienen ningún tipo de sustento jurídico.

Propuso como excepciones: PRESCRIPCIÓN, INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES.

Sobre la excepción de INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES, la misma fue resuelta en la audiencia Inicial, por lo cual sobre este tema no se entrara a discutir.

En consideración a la excepción de PRESCRIPCIÓN, indica la parte que en el decreto 2340 de 1971 artículo 61, las asignaciones de retiro y demás prestaciones sociales a que se refiere este Decreto, no son embargables judicialmente, salvo el caso de juicio de alimentos conforme a las disposiciones vigentes sobre la materia, de obligaciones con la Policía Nacional, con el Ministerio de Defensa y los organismos adscritos o vinculados a éste.

El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas prescribe a los cuatro (4) años.

1.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.8.1. Parte demandante¹⁵:

Argumenta que de las pruebas documentales aportadas al proceso junto con la demanda a las cuales se le concedió valor probatorio, existen los elementos necesarios para efectuar la valoración fáctica, jurídica y probatoria para, de esta forma, probar que efectivamente mediante el oficio acusado, a través del cual se le dio respuesta negativa a la solicitud del actor, quien 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 artículo 23.1.2, en concordancia con el artículo 42 ibídem, que trata el principio de oscilación, evidenciándose que el referido acto administrativo no sólo se expidió con violación de las normas en que debería fundarse, sino que, además, está vulnerando claras garantías fundamentales como son las contenidas en el preámbulo de la constitución nacional, en especial en lo que hace referencia a la justicia e igualdad, así como los artículos 1,24,6,13,29,48 y 53 ibídem.

Indica que para el caso que ocupa solicita la aplicación al principio de igualdad de derechos contenido en el artículo 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.

¹⁵ Folios 299-304

1.8.2. Parte demandada¹⁶:

Presenta los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.8.3. Ministerio Público: Guardo Silencio.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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/ ARPRE-GRUPE -22 del 25 de abril de 2012**, proferido por la Secretaria 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 tiene derecho el demandante a que se reajuste la asignación de retiro, por concepto de la variación del porcentaje de la prima de actividad de conformidad a lo planteado en el Decreto 4433 de 2004?

Para resolver lo planteado, este estrado judicial, seguirá el siguiente hilo conductor: i) Prima de Actividad-Recuento Normativo; ii) Caso en concreto.

2.4. DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD- RECUENTO NORMATIVO.

La prima de actividad fue concebida inicialmente como parte de la asignación de retiro y luego como factor salarial computable para determinar la asignación de retiro, siempre constituida por un porcentaje aplicado sobre el salario básico del miembro activo de la fuerza pública.

En su regulación legal, encontramos entre otras las siguientes normas:

- **Decreto 2340 de 1971.** Mediante el cual se reorganiza la carrera de Agentes de la Policía Nacional, dispone:

¹⁶ Folios 295-298

“Artículo 11. Prima de Actividad. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una Prima de Actividad que será del treinta por ciento 30% del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplidos, sin que sobrepase el cuarenta y cinco por ciento (45%).

...

Artículo 52. Prestaciones por retiro. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

(...)

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre: Sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casados o viudos con hijos legítimos; un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%), del sueldo básico, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente y una doceava parte de la prima de navidad.”

- **Decreto 609 de 1977**, el cual indica:

“Artículo 11. Prima de Actividad.- Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima de actividad que será del 30% del sueldo básico y se aumentará en un 5% por cada cinco (5) años de servicios cumplidos.

(...)

Artículo 55. Prestaciones por retiro. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

(...)

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casados o viudos con hijos legítimos, un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%), del sueldo básico, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente y una doceava parte de la prima de navidad.”.

- **Decreto 2063 de 1984**, el cual menciona:

“Artículo 40. 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 cumplidos.

(...)

Artículo 98. Bases de la liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo, se les liquidarán las prestaciones sociales, sobre las siguientes partidas así:

(...)

b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

- Sueldo básico

-Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

-Prima de antigüedad

-Doceava parte (1/12) de la prima de navidad

-Subsidio familiar, liquidado conforme lo dispuesto en el artículo 41 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico. (...).

Artículo 99. Cómputo de 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 (25%) del sueldo básico.”

- **Decreto 097 de 1989**, el cual argumenta:

“Artículo 30. Prima de actividad. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido.

...

Artículo 98. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales, sobre las siguientes partidas, así:

...

b) Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:

-Sueldo básico

-Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

-Prima de antigüedad

-Una doceava (1/12) parte de la prima de navidad

-Subsidio familiar, liquidado conforme lo dispuesto en el artículo 45 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

(...)

Artículo 99. Cómputo prima de actividad. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

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

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

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

Artículo 100. Reconocimiento prima de actividad. Los Agentes de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 24 de agosto de 1984 se les computarán la prima de actividad de acuerdo en lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

-En vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

-En vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

-En vigencia fiscal de 1992 hasta el veinticinco por ciento (25%).

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

- **El Decreto 1213 de 1990, así:**

“ARTÍCULO 100. BASES DE LIQUIDACION. A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

c. Prima de antigüedad.

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

e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 53 de este Decreto.

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.*

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

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

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

De las normas citadas se advierte que la prima de actividad ha sido consagrada como factor computable para determinar la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional, pero limitando la aplicación de los porcentajes determinados en cada una de las normas reseñadas a el personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de la vigencia de la norma que regula el porcentaje de la prima de actividad.

- **Decreto 2070 de 2003**

Este decreto fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el art. 17 del numeral 3° de la Ley 797 del 2003¹⁷.

Pues bien, la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004 M.P. DR. Rodrigo Escobar Gil, declaró inexecutable el Decreto 2070 de 2003 y por unidad normativa el art. 17 numeral 3° de la Ley 797 de 2003. Bajo el argumento que al Congreso de la República con fundamento en el art. 150, numeral 19, literal e, artículos 217 y 218 de la C.P. le asiste la competencia para fijar a través de una ley marco el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública y la competencia del Presidente de la República se ejerce dentro del marco trazado por el órgano legislativo, de tal suerte que no puede el Gobierno Nacional mediante un decreto ley regular tal materia, por ser contrario a la Carta Política.

¹⁷ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

Así mismo la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y el art. 17 numeral 3° de la Ley 797 de 2003, trajo como consecuencia que las normas anteriores relativas a la asignación de retiro, derogadas por tal decreto, recobraron vigencia para no dejar un vacío legal. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia citada precisó:

“(…) Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que “la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta”¹⁸.

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia”.

- **Decreto 4433 de 2004.**

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

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

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

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

¹⁸ T-024Ade 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

(...)

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 la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.”

De la lectura de esta norma, se advierte una relación taxativa de las partidas computables para liquidar la asignación de retiro, sin que haya lugar a la inclusión de ninguna otra, al momento de liquidar tal prestación periódica. Empero no contiene ninguna disposición que haga referencia al cómputo total porcentual de la prima de actividad, lo cual permite al despacho inferir que se deben aplicar los porcentajes señalados en los estatutos aplicables para cada caso, que mantienen su vigencia al no ser contrarios al art. 23 del decreto 4433 de 2004.

Teniendo en cuenta el desarrollo normativo que ha tenido la prima de actividad se precisa lo siguiente:

- La prima de actividad inicialmente se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y luego se consagró como una partida computable de las asignaciones de retiro.
- La norma aplicable para determinar el porcentaje que corresponde por prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro, es la que se encontraba vigente a la época en que el miembro de la fuerza pública adquirió el derecho pensional.
- Que el porcentaje de la partida de prima de actividad está ligado al año en que el interesado estuvo en servicio activo.

3. CASO EN CONCRETO

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

- Que el ex agente ISRAEL MATEO BALDOVINO DÍAZ (q.e.p.d), se le reconoció pensión por invalidez, mediante resolución 06833 del 14 de diciembre de 1973.¹⁹
- Que mediante resolución Nro. 0931 del 4 de abril de 1974, se le sustituyo la asignación de retiro en favor de la señora MARI MARGOTH MERCADO DE BALDOVINO.²⁰
- Que el actor mediante petición radicada el 14 de marzo de 2012 bajo el número 036832 ante la Dirección General de la Policía- solicitó el reajuste de la prima de

¹⁹ Folios 10-12

²⁰ Folios 90-92

actividad que venía devengando y la consecuente reliquidación de su asignación de retiro con inclusión de tal partida.²¹

- Que la entidad demandada mediante el oficio No. 106299 ARPRES-GRUPE-22 del 25 de abril de 2012 negó al actor la solicitud objeto de esta Litis.²²

Ahora bien, si al actor se le reconoció su asignación de retiro mediante resolución 06833 del 14 de diciembre de 1973, se infiere que su derecho pensional lo adquirió con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, por tanto tales normatividades no le son aplicables, 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 2340 de 1971, los cuales 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 06833 del 14 de diciembre de 1973, por medio de la cual se le reconoció la asignación de retiro al actor, se constata que dentro de las partidas computables se incluyó la prima de actividad en un porcentaje del 15% del salario básico, tal y como lo establecía el Decreto 2340 de 1971, vigente para la época en que el demandante adquirió su derecho pensional.

Lo expuesto permite concluir al despacho, que en sub lite no se ha desconocido el principio de oscilación, pues al actor 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 y que por tanto solo cobija 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 el aquí demandante ya habían consolidado la prestación, según lo marcó la Corte Constitucional.

Luego no tiene recibo el argumento según el cual, en virtud del principio de oscilación, al actor debe liquidársele la asignación de retiro con base en el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990, pues sumado al hecho de que en él se regula la prima de actividad del personal en

²¹ Folios 2-4

²² Folios 5-6

actividad, 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 2.004, 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. CONDENAS EN COSTAS.

El artículo 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 del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas²³, equivalentes a la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$551.072,00), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

5. 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: NIEGANSE las suplicas 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 artículo 361, 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandada, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reclamadas, equivalentes a la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$551.072,00) conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

²³Estimada en \$55.107.236 Folio 23.

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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
JUEZ