



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
Sala de Decisión No. 005 - ORALIDAD**

Popayán, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Magistrado ponente JAIRO RESTREPO CÁCERES

Expediente 19001 33 31 007 2016 00330 01
Demandante BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO
Demandado CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL -
CASUR
Medio de Control NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No.

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia No. 034 del veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, que negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

El señor BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR, pretende se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 4700 / GAG-SDP del 10 de abril de 2015, suscritos por el Director General de CASUR, por medio del cual negó el reajuste y pago de la asignación de retiro con base en el incremento porcentual de la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a CASUR la reliquidación de su asignación de retiro, incrementando la prima de actividad del 37.5% al 49.5% a partir del 1 de julio de 2007 según lo ordena los artículo 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, según el principio de oscilación, al igual que reincorporar la prima de navidad en los términos de la norma referida.

Finalmente solicita el reconocimiento de intereses moratorios derivados de las

¹ Folios 12-31 del cuaderno principal.

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

sumas reconocidas, así como la condena en costas y agencias en derecho.

2.2. Los hechos

Como fundamento de sus pretensiones, el extremo demandante expuso los hechos que a continuación se resumen:

El señor BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO prestó sus servicios en la Policía Nacional, y mediante Resolución No. 5861 del 16 de noviembre de 1994 fue reconocida su asignación de Retiro en cuantía del 74% del sueldo de actividad correspondiente al grado de Sargento Viceprimero, teniendo en cuenta la prima de actividad en un porcentaje del 25%.

Aduce que a partir del 1 de julio de 2007 CASUR reajustó su prima de actividad del 25% al 37.5%, es decir, en un 12.5%; posteriormente mediante petición radicada el 17 de marzo de 2015 solicitó el incremento del porcentaje de su prima de actividad hasta el 49.5% a partir del 1 de julio de 2007, lo anterior, según las previsiones del Decreto 2863 de 2007.

Expone que su solicitud desestimada por la entidad mediante el oficio demandado, bajo el argumento que la prestación se encuentra ajustada a los porcentajes fijados en la normatividad aplicable.

2.3. Normas violadas y concepto violación

Constitucionales: Artículos 1,2, 3, 4, 6, 13, 29 y 53.

Legales:

Ley 4 de 1992.

Decreto 2863 de 2007: Artículos 2 y 4.

Ley 923 de 2004.

Decreto 4433 de 2004.

Aduce que la demandada vulneró el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 por falta de aplicación, y su artículo 2º por indebida aplicación, cuando, a partir de julio de 2007, reajustó la partida incrementándola del 25% al 37.5%, cuando debió aumentarla al 49.5%. Por ello, afirma, el acto administrativo se encuentra parcialmente viciado de nulidad, toda vez que el incremento debió hacerse sin tener en cuenta el tiempo de servicio ni los correspondientes porcentajes, como se desprende del artículo 2, inciso 2, del 2863, reiterado en los Decretos 673 de 2008, 737 de 2009 y 1050 de 2011.

Agrega que también se vulneró el artículo 3 numeral 3.13. de la Ley 923 de 2004 y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, conforme a los cuales el incremento de las asignaciones de retiro y pensiones del personal de la fuerza pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la fuerza pública en servicio activo.

2.4. La contestación de la demanda²

La CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, por intermedio de apoderada judicial, se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas;

² Folios 59- 63 del cuaderno principal.

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

para el efecto, inicialmente advierte que acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Seguidamente, afirma que el demandante prestó sus servicios en la Policía Nacional con reconocimiento de asignación de retiro en el año 1995, prestación que se ajusta a las previsiones contenidas en el Decreto 1212 de 1990, pues teniendo en cuenta su tiempo de servicios, el porcentaje de la prima de actividad ascendía al 25%, es decir, que se ajustó la misma al tope máximo permitido por el legislador para su situación particular.

Seguidamente señala que el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 en su artículo 2º previó un incremento en el porcentaje de la prima de actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al 50% de lo devengado por todo concepto, a partir del 1º de julio de 2007, y en el artículo 4º señaló expresamente que *"en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2 del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007"*.

Considera entonces que esta norma equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros –activos y retirados– en el equivalente a un 50% de lo devengado, pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación como equivocadamente asume el demandante, pues la normatividad mediante la cual se establecieron los porcentajes a incluir –como partida de prima de actividad– para liquidar la asignación de retiro, no fue modificada.

Y agrega que si se confronta el incremento efectivamente aplicado a la asignación de retiro del demandante con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, se encuentra plena correspondencia: como lo ordena la norma se aplicó un aumento del 50% de la partida, con lo que la misma (que era del 25% del sueldo) pasó al 37.5%, es decir, aumentó en la mitad de la que venía computándose (y que equivale al 12.5% del sueldo básico), pasando del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del demandante.

Como excepciones formuló las denominadas: *irretroactividad de la ley, inexistencia del derecho*.

2.5. El fallo impugnado³

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia No. 034 del veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019) negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión, la A quo hizo alusión a las normas que consagran la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, para

³ Folios 78-82 del cuaderno principal

señalar que el Decreto 4433 de 2004, siguiendo los parámetros establecidos en la Ley 923 de ese mismo año, reguló el tema de las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, indicando que la prima de actividad es partida computable para liquidar dicha prestación, pero sin establecer el porcentaje en que sería reconocida para tales efectos, razón por la cual, es del caso remitirse a los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990.

Además, señaló que el Decreto 2863 de 2007 estableció un reajuste del porcentaje de la prima de actividad del 50% para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que hubieren obtenido su asignación de retiro antes del 1° de julio de 2007, aumento que se calcula teniendo como base el porcentaje que por dicho concepto se venía reconociendo antes de la vigencia del mencionado decreto, es decir, en el mismo porcentaje del activo correspondiente a su grado.

Al revisar el caso concreto, destacó que al accionante se le reconoció asignación de retiro conforme al Decreto 1212 de 1990, norma legal vigente para la época en que se retiró del servicio, cuya prima de actividad se incluyó en un 25%, y para el año 2007 se incrementó dicha partida en el 50% de lo que había devengado, es decir, en un 12.5%, para un total de prima de actividad reconocida en 37.5%, circunstancia que encontró ajustada a la normatividad aplicable.

Concluyó entonces que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida que el actor adquirió su derecho a la asignación de retiro antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, y el reajuste establecido en el Decreto 2863 de 2007, se concretó de manera real y efectiva en las mesadas devengadas a partir del mes de julio de 2007.

2.6. El recurso de apelación⁴

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual, expresó que en el caso bajo estudio el reajuste previsto en los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007 no hace distinción sobre la aplicación del mismo conforme al tiempo de servicio, pues dice que el 50% debe aumentarse a la prima de actividad devengada por los Oficiales y Suboficiales activos o retirados.

Así mismo, hizo alusión a las normas que consagran la prima de actividad y el principio de oscilación como mecanismo para reajustar las asignaciones de retiro y las pensiones del personal referido, para sostener que aquellos que obtuvieron la prestación social respectiva con anterioridad al 1° de julio de 2007, tienen derecho a que se les ajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, interpretación que en su sentir, privilegia el principio de favorabilidad.

En ese sentido, dijo que al actor le resulta aplicable el incremento señalado, y que no se discute la aplicación del mismo, sino la forma como fue liquidado, ya que la entidad si bien aumentó la prima de actividad sobre el 25% que tenía reconocido, debió hacerlo sobre el 33% que es lo que devenga el activo correspondiente, aumentándole el 50% a dicho valor, que corresponde al 16.5%, lo cual daría un 49.5% como porcentaje final a reconocer por prima de actividad.

⁴ Folios 87-103 del cuaderno principal

2.7. Alegatos en segunda instancia

La apoderad de CASUR⁵ en su escrito de alegaciones finales, solicita que se confirme la decisión de primera instancia, pues la asignación de retiro en favor del actor se reconoció acorde los parámetros del Decreto 1212 de 1990, por ende, no le asiste el derecho a reclamar que dicha asignación se cobije bajo las previsiones del Decreto 4433 de 2004, aunado a que según el tiempo de servicios registrado, la prima de actividad inicialmente correspondía a un 25%, siendo posteriormente incrementada hasta el 37.5% en cumplimiento de las previsiones del Decreto 2863 de 2007, es decir, que en todo momento se respetaron las normas vigentes aplicables a la situación particular del actor.

2.8. El concepto del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso y el lugar de prestación del servicio⁶, el Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, de conformidad con lo establecido por el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. El ejercicio oportuno de la acción

Teniendo en cuenta que el derecho pretendido versa sobre la reliquidación de una prestación periódica, no está sujeto al término de caducidad, conforme el literal c del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

3.3. El asunto materia de debate

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que expone la entidad demandada en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.⁷

⁵ Folios 20-22 del Cuaderno de Segunda Instancia.

⁶ Folio 4 del cuaderno principal. Último lugar de servicios, DECAU, Departamento Policía Cauca.

⁷ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Rad. 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Rad. 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. En esta última se refirió que "...Previo a decidir, debe precisarse que conforme lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que expresen los recurrentes en sus escritos de apelación, de allí que, en el asunto sub examine esta Subsección se restringirá a los argumentos señalados por las partes, en sus recursos...".

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

Ello se atempera a lo dispuesto por el artículo 320 del Código General del Proceso⁸, según el cual el Juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos del recurso.

Así las cosas, la Sala procederá a resolver el recurso interpuesto por la parte demandante, a efectos de determinar si en su situación particular como beneficiario de asignación de retiro reconocida como Sargento Viceprimero (R) de la Policía Nacional, tiene derecho a que la entidad demandada reajuste la prima de actividad como partida computable en su asignación de retiro en el mismo porcentaje en que se ajustó la del personal activo del mismo grado, en los términos de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007, o si por el contrario, conforme se concluyó el fallo de primera instancia, es del caso negar las pretensiones incoadas confirmando el fallo apelado.

3.4. Lo probado en el proceso

Revisados los medios de prueba obrantes en el plenario, se tiene acreditado lo siguiente:

- Según la hoja de servicio No. 5227795 expedida el 25 de octubre de 1994 a nombre de BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO⁹, se comprueba que aquel ingresó a la Policía Nacional y desempeñó el cargo de Sargento Viceprimero, para un tiempo total de **21 años, 3 meses y 6 días** de servicio, cuando fue retirado con derecho a la asignación de retiro.

- Mediante Resolución No. 5861 del 16 de noviembre de 1994¹⁰, CASUR reconoció al demandante asignación de retiro, a partir del 8 de enero de 1995 en los términos del Decreto 1212 de 1990, en el equivalente al 74% del sueldo básico de actividad según grado, e incluyendo entre las partidas computables para efectos de liquidación, la prima de actividad en el **25%**.

- A través de oficio No. 557 del 1 de marzo de 1996¹¹, suscrita por el área de Prestaciones Sociales de CASUR, se verifica que el Sargento Viceprimero (R) MONCAYO MONCAYO devenga asignación de retiro, y la prima de actividad se computa en un **25%**.

- Copia de desprendibles de pago – nomina de la asignación de retiro en favor del señor BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO para los meses de junio a septiembre de 2016¹², en el cual se verifica que el porcentaje de la prima de actividad asciende al **37.5%**.

- A través del oficio No. 4700 / GAG-SDP del 10 de abril de 2015, suscrito por el Director General de CASUR¹³, se niega la petición incoada por el demandante el 17 de marzo 2015, relativa al reajuste de la asignación de retiro con reajuste en la prima de actividad como partida computable, y se informa que a partir del 1 de

⁸Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

⁹ Folio 4 del cuaderno principal

¹⁰ Folio 5 del cuaderno principal

¹¹ Folio 68 del cuaderno principal – CD expediente administrativo

¹² Folios 6 - 9 del cuaderno principal

¹³ Folio 3 del cuaderno principal

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

julio de 2007 dicha partida se incrementó hasta el **37.5%** de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

3.5 Marco legal de la prima de actividad para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

El Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional", consagró en sus artículos 140 y 141 la prima de actividad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, así:

*"ARTICULO 140 **Bases de liquidación.** A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas, así:*

1. Sueldo básico.

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

3. Prima de antigüedad.

4. Prima de Oficial Diplomado en Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Estatuto.

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

6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.

7. Gastos de representación para Oficiales 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.

ARTICULO 141. Cómputo 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."

Hecha la anterior precisión, conviene señalar que posteriormente con base en la Ley 923 de 2004 "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", el Gobierno Nacional profirió el Decreto 4433 del mismo año, que

estableció el régimen pensional y de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que en uno de sus apartes señaló las partidas computables (art. 13) y el principio de oscilación de la asignación de retiro y la pensión (art. 42), manteniendo en ella la denominada prima de actividad.

Ahora bien, tanto la Ley 923, como el Decreto 4433, fueron expedidos por el Legislador para regular las situaciones producidas a partir de su vigencia, y no para regular derechos consolidados y reconocidos con anterioridad, tal como se infiere de sus artículos 7¹⁴ y 2¹⁵, respectivamente, situación que no vulnera el principio de igualdad que asiste a los retirados bajo un régimen anterior, y los que se retiran en vigencia de las normas referidas, tal como lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2005, de la que se concluye que el establecimiento de un régimen prestacional posterior diferente al vigente hasta ese momento, que contemple prerrogativas más favorables hacia futuro, no vulnera el citado principio, dado que con ello se pretende asegurar la estabilidad del sistema jurídico, pues de no ser así, reinaría la más absoluta incertidumbre e inseguridad ante el desconocimiento de las leyes futuras que luego se habrían de aplicar a los hechos presentes y pasados.

Luego, el Decreto 1515 de 2007¹⁶ *"Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial"*, respecto de la prima de actividad precisó:

"Artículo 32. La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto-Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual".

Posteriormente, se advierte que el Decreto 2863 de 27 de julio de 2007, *"Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones"*, incrementó la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en un 50% del sueldo básico, tanto para los activos como para los retirados con asignación de retiro o pensión de invalidez, reconocidas a partir del 1º de julio de 2007. Los artículos 2, 4, 6 y 7 del mencionado Decreto, señalan lo siguiente:

"Artículo 2º. *Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así: Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.*

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

¹⁴ Artículo 7º. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias

¹⁵ Artículo 2º. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores

¹⁶ Decreto derogado por el artículo 37 del Decreto 673 de 2008

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

(...)

Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

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

(...)

Artículo 6°. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4° de 1992 y en el artículo 5° de la Ley 923 de 2004. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

(...)

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

Para la Sala resulta indispensable señalar que luego de la expedición de los Decretos 673 de 2008¹⁷, Decreto 1028 de 2015¹⁸ y Decreto 984 de 2017¹⁹, únicamente se encuentra vigente el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, que estableció que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro 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, entre otros, obtenida antes del 1° de julio de 2007, tienen derecho a que se les ajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje que se incrementó al personal activo, esto es en un 50%.

En relación con la interpretación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, H. Consejo de Estado²⁰ en sentencia de 25 de noviembre de 2014, al decidir una acción de tutela contra una sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia, en un caso análogo, hizo las siguientes precisiones:

"(...) De la lectura de las anteriores disposiciones se concluye claramente que el incremento de la prima de actividad tanto para el personal activo como para el retirado es del 50% y, que para los miembros activos de la Fuerza Pública dicho porcentaje se calcula sobre el sueldo básico [artículo 84 del Decreto 1211 de 1990].

Luego, si al personal activo se le liquida la prima de actividad de acuerdo con el salario básico y el rango, para el personal retirado ese factor salarial se liquidará de conformidad con el porcentaje que por ese concepto se reconoció en la asignación de retiro, sin que le sea posible al actor hacer otro tipo de interpretación.

Como se indicó en párrafos anteriores, al Sargento Segundo @ Luna Cervera se le liquidó la prima de actividad en la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, es decir, que debido al tiempo de servicio obtuvo el 25% por ese concepto y,

¹⁷ Artículo 37°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, **con excepción de lo dispuesto en el artículo 4°** y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2008.

¹⁸ Artículo 36°. **El artículo 4° del Decreto número 2863 de 2007 continúa vigente.**

¹⁹ Artículo 36°. **El artículo 4° del Decreto número 2863 de 2007 continúa vigente.**

²⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Tutela contra sentencia judicial. Fallo de 25 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02657-00(AC). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Actor: José Rómulo Luna Cervera. Demandado: Juzgado Diecisiete Administrativo de Descongestión de Bogotá y la Sala de Descongestión de la Sección Segunda, Subsección "F" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca..

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

en ese sentido, el reajuste del 50% de que trata el Decreto 2863 de 2007 correspondió al 12.5%, para total del 37.5%, como lo realizó oficiosamente CASUR y como lo concluyeron las autoridades judiciales demandadas.

(...) la Sala considera que en el caso sub examine la labor interpretativa realizada por las autoridades judiciales demandadas se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia, no es susceptible de ser calificada como en defecto sustantivo como pretende el actor, por cuanto la decisión de no decretar la nulidad del Oficio 5446 del 25 de agosto de 2011, que negó el reajuste de la prima de actividad del actor en el 41.5%, se fundamentó en un criterio jurídico admisible a la luz de la interpretación de las normas aplicables.

Se anota que no es posible aplicar el principio pro operario o de favorabilidad, por cuanto, en el presente caso, no existe duda alguna en relación con dos o más normas aplicables para la solución del problema jurídico planteado. Además, como se vio, la base sobre la que debe liquidarse el reajuste del 50% de la prima de actividad de que tratan los artículos 2º y 4 del Decreto 2863 de 2007 tienen el debido fundamento legal." (Negrilla y subraya por la Sala)

La decisión antes mencionada fue objeto de apelación, y fue confirmada íntegramente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 5 de marzo de 2015, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, considerando:

"(...) que las autoridades judiciales accionadas realizaron una labor interpretativa debidamente sustentada y razonada al indicar que al accionante se le liquidó en la asignación de retiro un 25% por concepto de "prima de actividad" de conformidad con el tiempo de servicio establecido en el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, la cual se ajustó en un 50% de acuerdo al principio de oscilación dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, correspondiente a un 12.5%, que computado al 25% de "prima de actividad" ya reconocida, arroja un porcentaje del 37.5%, por lo que, no se configura el defecto sustantivo alegado por el accionante."

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la prima de actividad y el aumento que se hizo en virtud del Decreto 2863 de 2007, fue un aumento porcentual equivalente al 50% de lo que cada retirado tiene reconocido, y que el artículo 2º aplica con exclusividad para el personal activo y el artículo 4º para el personal retirado, es decir, que la prima de actividad para el personal activo pasó de representar un 33% del sueldo básico previsto en el artículo 141 del Decreto Ley 1212 de 1990, a un 49.5% por virtud del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007; ahora, al personal retirado, por disposición del artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, le aumentó en un 50% del porcentaje que ya devengaba.

Finalmente, el Consejo de Estado se pronunció sobre la interpretación que merece el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, en los siguientes términos²¹:

"Para la Sala, cuando el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2º del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y no al resultado de aplicar el 50% al 33% de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990.

No sobra resaltar, que para el cómputo del aumento mencionado, la entidad obligada debía tener en cuenta el tiempo y porcentaje reconocido al momento en que se le reconoció la asignación de retiro, pues conforme a ello, es que se ajusta la prima de actividad equivalente al 50%, en tanto la disposición se refiere al aumento en el valor de una variable, lo cual hace referencia a que el reajuste tiene lugar respecto a la proporción reconocida al demandante al momento en que se consolidó el derecho.

Conforme a lo establecido en los artículos 2 y 4 del Decreto 2768 de 2007, en el cual se dispuso que los Oficiales y suboficiales con asignación de retiro reconocida por las Fuerzas

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, sentencia del 14 de junio de 2018, expediente No. 25000-23-25-000-2012-01653-01(1762-17)

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

Militares, tienen derecho a que se les reajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado al del activo correspondiente, lo que significa que se debe aplicar el 50% del incremento del porcentaje de la prima de activada que percibe como retirado, conforme así lo ha venido realizando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares desde el 1 de julio de 2007, conforme se encontró probado".

3.6. El caso concreto

La Juez de instancia denegó las pretensiones de la demanda, considerando que CASUR había ajustado adecuadamente el porcentaje de prima de actividad que correspondía a la asignación de retiro del Sargento Viceprimero (R) MONCAYO MONCAYO, pues al momento del reconocimiento pensional dicha partida se estableció en 25%, y luego de la aplicación del Decreto 2863 de 2007, aquella se incrementó en un 50%, hasta el 37.5%.

Por su parte, la parte actora, inconforme con la sentencia dictada por la *A quo*, manifestó que las pretensiones de la demanda han debido concederse, en tanto que se interpretó erróneamente las previsiones del Decreto 2863 de 2007, desconociendo la favorabilidad que le asiste al demandante, por ende, solicitó que la prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro, se incrementase en 50% de lo que devengaban el servicio activo para ese momento, es decir, un 16.5% adicional, para un total de 49.5% de prima de actividad.

A partir de los elementos probatorios obrantes en el legajo, la Sala encuentra probado que la CASUR mediante Resolución No. 5861 de 1995 reconoció al señor BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO, en su calidad de Sargento Viceprimero (R) de la Policía Nacional, una asignación mensual de retiro equivalente al 74% del sueldo básico de actividad para el grado y demás partidas computables, efectiva a partir del 8 de enero de 1995, teniendo en cuenta que prestó 21 años, 3 meses y 6 días de servicio a esa institución y fijó igualmente la prima de actividad en un 25%.

Igualmente, se probó que a través de petición radicada el 17 de marzo de 2015, ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el accionante solicitó el reajuste de la prima de actividad computada en la asignación de retiro, conforme al Decreto 2863 de 2007, en respuesta, el Director de la entidad demandada resolvió desfavorablemente la petición, a través del acto, objeto de esta demanda, expresándole que la asignación de retiro reconocida al accionante y la prima de actividad computada se reconoció y liquidó conforme lo preceptuado en las normas vigentes para la fecha de su retiro y teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestado; así mismo indicó, que en cumplimiento del Decreto 2863 de 2007, se reliquidó la asignación de retiro con el incremento del 50% de la prima de actividad y por ende se le viene liquidando en 37.5% a partir del 1° de julio de 2007, circunstancia que se ratifica a partir de Los desprendibles de pago de la asignación de retiro emitidos por CASUR a nombre del actor para los meses de junio a septiembre de 2016.

Así las cosas, observa la Sala que teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestados por el accionante (21 años, 3 meses y 6 días), se encuentra probado que el porcentaje en el que inicialmente se reconoció la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro del actor fue 25%, circunstancia que no fue controvertida por ninguna de las partes en litigio.

Hecha la anterior precisión, a partir de la normatividad y pronunciamientos jurisprudenciales aplicables, la Sala concluye que no le asiste razón a la parte actora cuando señala que en atención al principio de oscilación, su asignación de

retiro debe ser reajustada teniendo en cuenta todas las variaciones que surjan respecto de la asignación que percibe el personal activo de las Fuerzas Militares, toda vez que, como se expuso líneas atrás, cada una de esas asignaciones (en retiro, y en actividad) tienen preceptos normativos que indican los factores que deben tenerse en cuenta para su liquidación²², lo cual no vulnera el principio de igualdad, como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional.

En igual orden de ideas, la Sala destaca que el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 funda su aplicación en el principio de oscilación, entendido éste como una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y que consiste en una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro. Sobre el particular, el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990 dispuso:

“ARTICULO 151. Oscilación 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. 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.*

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.”*

En consecuencia, el principio de oscilación consiste básicamente en un método de actualización de la asignación de retiro que permite a los miembros retirados de la fuerza pública hacer extensivos los beneficios prestacionales del personal en servicio activo, cuyas variaciones porcentuales les han de resultar aplicables para el cómputo de la mencionada prestación, empero, tal metodología no impone igualar o equiparar los porcentajes que perciben por concepto de prestaciones los miembros activos frente al personal retirado, pues, se insiste, su finalidad única es la de ser un método de actualización que, en todo caso, pende de los porcentajes de liquidación empleados al momento de reconocer la asignación de retiro, pues son éstos los que van a verse afectados por el principio de oscilación.

En consecuencia, para la Sala, cuando el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 establece que los beneficiarios de asignación de retiro tienen derecho a que la prima de actividad “se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente”, habrá de entenderse que si en el artículo 2° de dicha norma, se ordenó un incremento del 50 % para el personal activo, será este mismo porcentaje el que habrá de aplicarse al personal retirado respecto del porcentaje de prima de actividad con el que fue reconocida la asignación de retiro.

Una interpretación distinta conllevaría a desconocer lo previsto en los artículos 68 y 141 del Decreto 1212 de 1990 que estableció de forma clara una diferenciación entre el porcentaje de la prima de actividad que devenga el personal activo de la fuerza pública y el porcentaje de ésta reconocido en la asignación de retiro del personal retirado. Nótese además que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 ordenó un reajuste de la prima de actividad para el personal en retiro, en un

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 250002325000192901(1650-00). C.P. Alberto Arango Mantilla. Actor: Guillermo Camelo Caldas.

| | |
|------------------|--|
| Expediente | 19001 33 31 007 2016 00330 01 |
| Demandante | BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO |
| Demandado | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR |
| Medio de Control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Asunto | SENTENCIA II INSTANCIA |

porcentaje equivalente al decretado para el personal activo, esto es, lo que quiso equiparar la norma fue el porcentaje de reajuste, más no, la prima de actividad que como tal devengan uno y otro beneficiario.

Por ello, resalta la Sala que, se debe tener en cuenta el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, toda vez que de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en vista que dicho ajuste tiene lugar respecto de la proporción reconocida al causante cuando consolidó su derecho, como se indicó. Para el caso sub examine como el porcentaje reconocido como prima de actividad fue el 25% para la fecha del reconocimiento de la asignación respectiva, y dicho porcentaje se aumenta en el 12.5% que corresponde al 50% de lo que tenía reconocido, en los términos del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007.

Entonces, al realizar la operación matemática, se comprueba que la prima de actividad se debía computar en un total del 37.5%, porcentaje que la entidad reconoció y viene liquidado a partir de julio de 2007, según lo indicado en el acto acusado, por lo anterior, es claro que la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el Decreto 2863 de 2007.

Corolario de lo expuesto, al verificar que CASUR efectuó el reajuste de la prima de actividad para efectos de la liquidación de la asignación de retiro del señor MONCAYO MONCAYO de conformidad con las normas vigentes, y en la proporción correcta, le asiste razón a la A quo para desestimar las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, la Sala confirmará la sentencia apelada

3.7. Costas en segunda instancia

En los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de General del Proceso.

Al cumplirse con las previsiones contenidas en el artículo 365-3 del C.G.P.²³, se condenará en costas a la parte demandante, fijándose en cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las pretensiones, las cuales al tenor del artículo 366 ibídem deberán liquidarse por el Juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el Superior, siguiendo las reglas allí previstas.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia sentencia No. 034 del veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

²³ "3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda."

Expediente
Demandante
Demandado
Medio de Control
Asunto

19001 33 31 007 2016 00330 01
BERNARDO ALEJANDRO MONCAYO MONCAYO
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA II INSTANCIA

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la **parte demandante**, fijándose en cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las pretensiones, conforme lo expresado en precedencia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha.

Los Magistrados,



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO