



143

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, ocho (8) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Demandante : Jaime Alfredo González Pinilla
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Radicación : 150013333011201500090-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La demanda (fl. 3-13)

El ciudadano Jaime Alfredo González Pinilla, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (en adelante CASUR).

Solicitó el demandante la declaratoria de nulidad de los oficios Nos. 26764 y 0198/GAG-SDP de fecha 22 de octubre de 2014 y 13 de enero de 2015, por los cuales CASUR negó la reliquidación de su asignación de retiro. A título de restablecimiento de derecho, reclamó la reliquidación de su asignación de retiro con el aumento de la prima de actividad del 37,5% al 49.5%, y que se condene al pago de las diferencias dejadas de percibir a partir del 1 de julio de 2007 y que dichas sumas sean indexadas.

Para el accionante, la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro, debe ser aumentada a partir del 1º de julio de 2007 del 37.5% al 49.5%, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 del Decreto 4433 de 2004 y 2, 4 del Decreto

2863 de 2007, sin tener en cuenta su grado o antigüedad en el escalafón de suboficiales.

Contestación (fol. 40-44)

La demandada Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR) compareció al proceso mediante apoderado, para oponerse a las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos: i) el demandante adquirió el derecho a percibir asignación de retiro en vigencia del Decreto 2062 de 1984, por lo que se le reconoció la asignación de retiro con el tiempo, partidas y porcentaje establecido en este decreto; ii) el Decreto 2863 de 2007 estableció que la prima de actividad debía incrementarse "*en un 50% y no hasta un 50% como lo pretende el demandante*"; iii) conforme al Decreto 2062 de 1984 en la asignación de retiro del actor se computo la prima de actividad en un 25% y en año 2007, en virtud del Decreto 2863 se le incrementó en un 50% ascendiendo al 37%; iv) alega el principio de irretroactividad que cobija a los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007. Con los anteriores argumentos formuló la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa.

Finalmente, propuso la excepción de "*prescripción de mesadas pensionales*".

Alegatos de conclusión

En audiencia de pruebas celebrada el 5 de mayo de 2016, una vez proferido el auto que corrió traslado para alegar de conclusión por escrito, la parte demandante presentó sus alegatos de forma oral (Min: 00:07:04 a 00:18:38) en los siguientes términos:

Se refirió a las normas que regulan la prima de actividad, señaló que con el Decreto 2863 de 2007 los activos y retirados quedaron con el 33% de la prima de actividad, que dicha disposición se aplicó a los retirados antes del 2007 que tuvieran pensión o asignación de retiro sin tener en cuenta el grado ni la antigüedad ni el tiempo de servicios. Hizo entrega de una sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Duitama de fecha 22 de enero de 2016 y señaló que el Tribunal Administrativo de Boyacá ha concedido la prima de actividad de forma incompleta. Reitera que para los oficiales la norma fue clara en establecer que aquellos retirados antes del 2007 debía aplicárseles el 50% del 33% que es el 16,5% que sumado da 49,5% y no el 50% del 25% como lo ha venido haciendo la Entidad que contraria lo ordenado por la norma.

AAA

En el término de traslado para alegar la parte demandada guardó silencio.

El Agente del **Ministerio Público** se abstuvo de emitir concepto.

II. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial (fol. 95), corresponde al Despacho el estudio de legalidad de los oficios Nos. 26764 del 22 de octubre de 2014 y 0198/GAG-SDP fechados del 13 de enero de 2015, proferidos por CASUR. Para el efecto se deberá determinar si procede el reajuste de la asignación de retiro del actor con el incremento de la prima de actividad de que trata el Decreto 2863 de 2007 en concordancia con el Decreto 4433 de 2004, en el 49,5% que reclama el actor.

Desde ya señala el Despacho que la parte accionada propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa alegando la improcedencia del aumento de la prima de actividad en el porcentaje que reclama la accionante. No procede pronunciamiento frente a la legitimación en la causa del demandante como quiera que los argumentos que fundamentaron la excepción serán abordados en el análisis jurídico de las normas que invoca el accionante como presupuesto de su pretensión.

Tesis del Despacho

Siguiendo la interpretación reiterada del Tribunal Administrativo de Boyacá de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, el Despacho ordenará el reajuste de la asignación de retiro del accionante con el aumento del factor prima de actividad en 41.5%, a partir del 1 de julio de 2007, así como el pago de las diferencias causadas desde el 30 de septiembre de 2010, por prescripción de las anteriores.

Lo anterior, en atención a que el aumento en el 50% de la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro que ordenan los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, se calcula sobre el 33% que en virtud del artículo 68 del Decreto 1212 de 1990 percibe el personal en actividad, para un 16,5%. Porcentaje que se suma al que 25% por prima de actividad con el que fue calculado el monto de la asignación de retiro y en atención al

tiempo de servicios en la institución, para un total de 41.5% de la asignación básica que por concepto de prima de actividad deberá ser computada como factor de liquidación de la asignación de retiro.

Hechos Probados

Mediante Resolución No. 0278 del 30 de enero de 1985, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció asignación de retiro al demandante, a partir del 21 de octubre de 1984. Como partida para la liquidación de la asignación de retiro se incluyó la prima de actividad en un 25% del sueldo básico (fl. 21 s).

Según la hoja de servicios 1220 expedida el 4 de octubre de 1984, el accionante Jaime Alfredo González Pinilla: i) prestó sus servicios a la Policía Nacional por 20 años 5 meses y 11 días; ii) se retiró del servicio a partir del 21 de octubre de 1984, como Suboficial en el grado de Sargento Viceprimero; iii) en actividad devengó prima de actividad en cuantía del 33% del sueldo básico.

Según órdenes de pago allegadas por CASUR, a partir del mes de julio de 2007 para la liquidación de la asignación de retiro del accionante se computó la prima de actividad en un 37.5% del sueldo básico (fol.64-82).

Certifica la Jefe de la Oficina Jurídica de CASUR que a partir del 1 de julio de 2005, en atención al Decreto 2863 de 2007, se reliquidó el porcentaje de la prima de actividad como partida de la asignación de retiro de Oficiales y Sub oficiales de la Policía Nacional, para el efecto, "se tuvo en cuenta lo devengado actualmente y se le aplicó el 50% " (fol.119, 122, 132). Para el rango de prestación de servicios entre 20 y 24 años se aplicó el aumento de la siguiente manera:

Rango por años de servicio	Porcentaje liquidado	Incremento Decreto 2863/07 %	Incremento Decreto 2863/07 Puntos	Porcentaje reajustado a partir del 1 de julio de 2007
Entre 20 y 24 años	25%	50%	12.5%	37.5%

El accionante presentó derecho de petición ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el 30 de septiembre de 2014.

MS

Solicitó el reajuste de la asignación de retiro, con la variación del cómputo de la prima de actividad del 25% al 33% a partir del 28 de julio de 2003 y del 37.5 al 49.5% a partir del 1 de julio de 2007 (fol.17).

CASUR dio respuesta a la anterior solicitud mediante el Oficio 26764/GAG SDP del 22 de octubre de 2014, señalando que a partir del 1 de julio de 2007 se incrementó la prima de actividad al 37.5% como partida de la asignación de retiro (fol.14-15).

El accionante presentó nueva petición ante CASUR el 4 de diciembre de 2014, solicitando *"reconocer, reajustar y pagar la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro del 25% al 33% en el lapso del 28 de julio de 2003 al 30 de junio de 2007 y a partir del 1º de julio de 2007 dicha prima debe reliquidarse del 37.5% al 49.5% ..."*(fl. 19).

A través del Oficio No. 0198/ GAG SDP de 13 de enero de 2015, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional señaló que ya le había dado respuesta a la solicitud mediante Oficio No. 26764/ GAG SDP de 22 de octubre de 2014 y en todo caso dicho reajuste no era procedente (fl.16).

De la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional

Conviene recordar el tratamiento que se le ha dado a la prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro para el caso de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional:

La Ley 131 de 1961 creó la prima de actividad a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del personal civil de las Fuerzas Militares, excluyéndola como factor de liquidación de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales.

El Decreto Extraordinario 188 de 1968 extendió sus beneficiarios y aumentó su cuantía, así: *"ARTÍCULO 3o. La prima de actividad para personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, será del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico y se aumentara en un uno y medio por ciento (1 ½ %) por cada año de servicio cumplido en el grado respectivo, sin que exceda del treinta por ciento (30%)."*

PARÁGRAFO: Cuando el Oficial o Suboficial sea ascendido al grado inmediatamente superior, nuevamente la prima de actividad con el treinta por ciento (30%) del sueldo básico, reajustándose anualmente, en la forma prevista en este artículo."

El Decreto 613 de 1977 reguló el régimen especial de carrera y prestaciones de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, consagrando la prima de actividad para el personal activo en un 33% del respectivo sueldo básico. Su artículo 113 enlistó como factor computable para la liquidación de la asignación de retiro, la prima de actividad en un 15% del sueldo básico correspondiente al grado.

El Decreto 2062 de 1984, por el cual se reguló la carrera profesional de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales, mantuvo la prima de actividad para el personal en servicio activo en un 33% del sueldo básico (art.81), sin embargo, varió la forma de computarla en la asignación de retiro. Así:

"ARTÍCULO 142. 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:

- Para Oficiales y Suboficiales con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (1.5%), del sueldo básico.*
- Para Oficiales y Suboficiales con quince (15) o mas años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%), del sueldo básico.*
- 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.*
- 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.*
- Para Oficiales y Suboficiales con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%), del sueldo básico." (Subraya fuera de texto)*

El Decreto 96 de 1989, por el cual se reguló la carrera profesional de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, se refirió en sus artículos 68 y 140 a la prima de actividad y a su cómputo como factor de la asignación de retiro y de la pensión, reproduciendo los artículos 81 y 142 del Decreto 2062 de 1984. Sin embargo, los referidos artículos del Decreto 96/89 fueron declarados inexecutable por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 31 de mayo de 1990, exp. 2069, con ponencia de Jaime Sanín Greiffenstein.

El Decreto 1212 de 1990, por el cual se reforma el estatuto de carrera y prestaciones sociales del personal de Oficiales y

AA6

Suboficiales de la Policía Nacional, reguló la prima de actividad y su cómputo en la asignación de retiro, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 68. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."

"ARTÍCULO 141. 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."*

"ARTÍCULO 142. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales 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 computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- a. En la vigencia fiscal de 1990 hasta el 18.5%.*
- b. En la vigencia fiscal de 1991 hasta el 22.5%.*
- c. En la vigencia fiscal de 1992 hasta el 33%.*

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 reajuste de las prestaciones unitarias."

En virtud de la Constitución de 1991 y la Ley 4ª de 1992 se profiere la Ley marco 923 de 2004, que dispuso que servirían como criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, entre otros: *"Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades"; "El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma"; "El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo" (art.2).*

Con fundamento en dicha ley, el artículo 23 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 dispuso que la asignación de retiro de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional se liquidaría, entre otras partidas, con la prima de actividad.

"Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

Así, la prima de actividad ha sido reconocida, entre otros, a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional como miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y a los retirados como factor para la liquidación del monto asignación de retiro. Par estos últimos, se ha reconocido de acuerdo a una escala porcentual que atiende la antigüedad en el servicio y siempre en función del salario básico

AA

percibido al tiempo del retiro y de acuerdo con la norma vigente al retiro¹.

Del Decreto 2863 de 2007

El Presidente de la República, invocando la Ley 4ª de 1992, profirió el Decreto 1515 de 2007 *"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"*.

Este decreto señalaba en su artículo 32 que la *"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"*.

Se profiere el Decreto 2863 del 2007 *"Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones"*, en cuyos artículos 2 y 4 se dispuso:

"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%)."

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

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Sentencia de 26 de marzo de 2009. Rad.: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07). Actor: Oscar Gómez Briñez. Demandado: Caja de Retiro De Las Fuerzas Militares.

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

El artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 ordena la aplicación del principio de oscilación² para el reajuste de la asignación de retiro con el incremento de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, que adquirieron la asignación de retiro o pensión de invalidez o para los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes con anterioridad al 1 de julio de 2007. Reajuste en la proporción establecida en el artículo 2 ibídem.

El artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 aumentó en un cincuenta (50%) el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, que venía siendo reconocido en un 33% del salario básico según los Decretos 1211 y 1212 de 1990, y para el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (Decreto 1214 de 1990).

Quien demanda reclama, en virtud de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, que el incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro que devenga debe ser del 49.5%, desde el 1 de julio de 2007. Entiende que el incremento del 50% que ordenan las normas debe operar sobre el 33% y aplicarse a este mismo porcentaje, es decir, $33\% + 16.5\% = 49.5\%$ como prima de actividad.

La parte demandada considera que el incremento del 50% en la prima de actividad, como partida de la asignación de retiro, que ordena el artículo 4 en concordancia con el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, se aplica respecto al porcentaje de la prima reconocido al momento de la adquisición del status de retirado y sobre este mismo porcentaje. En el caso del accionante, es el siguiente:

²Decreto 2062 de 1984 "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. 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.

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 4433/04 "Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente".

Rango por años de servicio	Porcentaje liquidado	Incremento Decreto 2863/07 %	Incremento Decreto 2863/07 Puntos	Porcentaje reajustado a partir del 1 de julio de 2007
Entre 20 y 24 años	25%	50%	12.5%	37.5%

Pues bien, el Tribunal Administrativo de Boyacá se ha pronunciado respecto a la interpretación artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, para el caso de los retirados de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, señalando:

“(…)

El primer inciso del artículo 2º hace relación a las siguientes normas: artículo 84 Decreto 1211 (prima de actividad del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares activos), artículo 68 del Decreto 1212 de 1990 que consagra la prima de actividad para Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional Activos y artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, que reconoce la prima de actividad para los empleados del Ministerio de Defensa; por tanto, en principio y de manera directa, el contenido normativo de este inciso está dirigido al personal en servicio activo.

El inciso segundo de la norma en comento regula el impacto de la prima de actividad en las demás prestaciones sociales, como quiera que la primera sirve de partida para computar las últimas (art. 158 D.L. 1211/90). En estos casos, se prevé un incremento de la prima de actividad, como partida computable, en un 50% según el tiempo de servicio. Ahora bien, el inciso en estudio dejó claro que tal incremento de la prima de actividad teniendo en cuenta el tiempo de servicio no se aplica para el cálculo de la asignación de retiro o pensión, pues fue expresamente excluido en dicha norma al consagrar que “... para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión...”.

Así las cosas, el contenido normativo del inciso segundo en comento tendría un campo de aplicación específico para las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión, como lo serían la indemnización por disminución de la capacidad sicofísica (art. 181), el auxilio de cesantía, la compensación por muerte en combate (art. 189) o en misión del servicio (art. 190) o simplemente en actividad (art. 191), entre otras.

En búsqueda del porcentaje de incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro del personal retirado de las Fuerzas Militares, se debe analizar el contenido del artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, que establece:

(...)

De la lectura de la norma en cita, se desprende que su objetivo es nivelar el porcentaje en que se incrementó la prima de actividad, tanto para el personal activo como el retirado, lo cual efectiviza el principio de oscilación.

Conforme a lo expuesto, es importante en este punto recordar que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares en el 33%, y dicho porcentaje fue aumentado en el 50% por disposición expresa del inciso 1 del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, a partir del 1º de julio de 2007.

A juicio de la Sala, debe entenderse que el incremento del porcentaje de la prima de actividad, para efectos del cálculo de la asignación de retiro, corresponde al 16.5% en todos los casos, el cual resulta al calcular la mitad del 33% (art. 84 D.L 1211/90), pues es claro que tratándose de este aumento no se previó condicionamiento alguno relacionado con el tiempo de servicios, como sí se hizo para las demás prestaciones sociales.

A la anterior conclusión se llega luego de realizar una interpretación lógico-gramatical, teleológica o finalista y constitucional de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

Así, desde un punto de vista literal, la Sala considera que los artículos 2º y 4º del citado Decreto 2863 tienen los siguientes alcances:

- ✓ El primer inciso del artículo 2º contempla un incremento del 50%, a partir del 1º de julio de 2007, en el porcentaje de la prima de actividad para el personal en servicio activo. Con fundamento en dicho incremento, la prima de actividad para este grupo de servidores públicos, se incrementa del 33% al 49,5%.
- ✓ El segundo inciso del artículo 2º prevé un incremento en un 50% de la prima de actividad, según el tiempo de servicio prestado, como partida computable para las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión. En este último caso, el creador

119

de la norma quiso que el incremento de la prima de actividad para el cálculo de la asignación de retiro no estuviere sometida al tiempo de servicio prestado.

- ✓ Precisamente, a fin de regular el impacto de la prima de actividad en la asignación de retiro, el Gobierno, en el artículo 4º ibídem, consideró que el personal retirado tendría derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º, el cual debe entenderse el previsto en el primer inciso, pues el señalado en el segundo inciso no resulta aplicable por la exclusión expresa contenida en dicha norma para tal prestación.

(...)”³

En este mismo sentido se han pronunciado las Salas de Decisión No. 2, 4, 6, providencias del 23 de mayo de 2016 exp. 150013333002201400097-01, 21 de abril de 2015, exp. 150013333002201300235-01, 12 de febrero de 2016 exp. 150013333010201400016-01.

Acogiendo la posición sostenida por el *ad quem*, la prima de actividad como factor de liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, aumentó en virtud de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 en un 50% del porcentaje que había sido fijado para el personal en actividad en el artículo 68 del Decreto – ley 1212 de 1990 (para el caso de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional), esto es, se aumentó en un 50% el 33% fijado en dicha norma. De esta manera, una interpretación favorable del artículo 4º del Decreto 2863/07 indica que la norma acude al principio de oscilación para i) señalar que el aumento de la prima de actividad también opera para los ya retirados y que adquirieron el derecho a la pensión en virtud de normas anteriores al Decreto 2863/07, lo cual no había ocurrido con otros aumentos de la prima de actividad que se había reconocido al personal activo y no al retirado y ii) para determinar el porcentaje de incremento de la prima de actividad, en cuanto, se aplica el mismo porcentaje que se aumenta al activo: 16.5%.

Ahora bien, considera este Despacho que la anterior interpretación no excluye del todo el criterio de antigüedad como determinante para establecer el monto de la prima de actividad que tiene incidencia en la asignación de retiro, en cuanto, el 16.5% se suma

³ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 1. Proceso 150013333005201300139-0 (M.P. Fabio Iván Afanador García; 9 de marzo de 2015).

al porcentaje reconocido al retiro del servicio y no al porcentaje que está devengando el activo en su asignación. Y es que la antigüedad resulta ser uno de los criterios que la Ley marco 923 de 2003 estableció para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, criterio que ha guiado el régimen prestacionales de las Fuerzas Públicas a lo largo del tiempo.

En los anteriores términos la suscrita Juez modifica su criterio frete al particular, como quiera que en sentencia proferida el 28 de septiembre de 2012, como Juez Tercera Administrativa de Descongestión del Circuito de Tunja había negado pretensiones como las originan el presente caso, al considerar que el incremento del 50% de que trata los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, correspondía al 50% del porcentaje de prima de actividad que venía devengando el retirado y a este último se sumaba el incremento de la norma.

Del caso concreto

Como se advirtió en líneas anteriores, al actor se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 6278 del 30 de enero de 1985 (fl. 21 s.), la cual incluyó el 25% de la prima de actividad, por cuanto para la fecha de retiro contaba con veinte (20) años, cinco (5) meses y once (11) días de servicio, porcentaje que fue incrementado al 37,5% a partir del 1º de julio de 2007.

Atendiendo a la interpretación atrás referida, para efectuar el reajuste ordenado en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, debió calcularse el 50% del porcentaje del 33% indicado en el artículo 68 del Decreto 1212 de 1990, esto es, el 16.5%. Porcentaje este último que debió sumarse al inicialmente computado en la asignación de retiro del demandante, este es, el 25%. Lo que arroja un aumento del 41.5% de la asignación básica de retiro, por concepto de prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro y no el 37,5% como lo efectuó la entidad.

Ahora bien, la parte actora considera que la prima de actividad debe reajustarse en un 49,5%, esto en cuanto el 16,5% se suma 33% que devenga el personal en actividad. Sobre la improcedencia de aceptar esa interpretación señaló Tribunal Administrativo de Boyacá⁴:

⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 3. Proceso 150013333008201400082-01 (M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; 1 de febrero de 2016), providencia citada en: Tribuna Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 2. Proceso 150013333002201400097-01 (MP. Luis Ernesto Arciniegas Triana; 23 de mayo de 2016)

“... en este caso no es posible adicionar el 16.5% a ese 37.5% como quiera que este último porcentaje, resultó del aumento que aplicó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del Decreto 2863 de 2007, como se explica en el acto censurado; así las cosas, el aumento del 50% ordenado por la norma debe ser adicionado al porcentaje que se le venía reconociendo al actor antes del 2007, esto es el 25%.

Pero la conclusión a la que se llega no implica condiciones diferentes entre el personal activo y retirado de la Fuerza Pública a quienes se les aumentó la prima de actividad al 49.5%, como quiera que la nivelación consagrada por la norma se refiere al 16.5%, porcentaje que debe adicionarse al reconocido en la pensión o asignación para cada caso; en manera alguna se estableció el aumento del 50% sobre el 49.5% en que se fijó la prima de actividad.

Obsérvese que si la prima era del 33% y pasó al 49.5% el **incremento para el personal en servicio activo fue del 16.5%, es decir igual al que se concluye debe aplicarse al demandante.** Acceder a reconocer el 49.5% implicaría que en el caso del demandante el aumento sería del 29.5%¹⁶ lo cual sí generaría un desequilibrio frente al personal en actividad y desacataría lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, sin fundamento legal alguno...” Resaltado fuera de texto

Finalmente, respecto a la providencia del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Duitama que aportó el apoderado del demandante, dirá el Despacho que i) no tiene ningún efecto vinculante para resolver el presente caso y eventualmente podría tener la connotación de criterio auxiliar de interpretación ii) el Despacho no acoge el criterio expuesto en la sentencia, en cuanto, es contrario a la interpretación que sobre el particular acogió el Tribunal Administrativo de Boyacá, Corporación de cierre en asuntos como el presente, en los que conoce como juez de segunda instancia, y sin que se encuentren razones suficientes para apartarse de dicha posición.

Por consiguiente, es procedente declarar la nulidad de los oficios Nos. 26764 y 0198/GAG-SDP del 22 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015 de CASUR y en consecuencia, ordenar el reajuste de la asignación de retiro del señor Jaime Alfredo González Pinilla con la inclusión del 41,5% de la asignación básica por concepto de

prima de actividad, a partir del 1º de julio de 2007, y el pago de las diferencias causadas y no afectadas por prescripción.

Prescripción

Teniendo en cuenta que en el plenario se acreditó que el señor Jaime Alfredo González Pinilla se desempeñaba como Suboficial de la Policía Nacional, le es aplicable lo dispuesto en los artículos 157 del Decreto 2062 de 1984 y 155 del Decreto 1213 de 1990, norma que establecen una prescripción de cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigibles las prestaciones que se reclaman.

El Despacho acoge los pronunciamientos del Consejo de Estado frente a la aplicación del término cuatrienal de prescripción, en el sentido que si bien el Decreto 4433 de 2004 estableció un nuevo término prescriptivo de tres (3) años, se debe continuar aplicando el término de prescripción de cuatro (4) años previsto en Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, en cuanto se consideró que en el citado Decreto 4433 el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, fijando un nuevo término prescriptivo (sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 12 de febrero de 2009 con radicación interna 2043-08 actor Jaime Alfonso Morales).

En el sub examine se encuentra acreditado que mediante petición presentada por el actor el día 30 de septiembre de 2014 (fol.17), solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reajuste de la asignación de retiro con el aumento de la prima de actividad a un 49.5% desde el 1 de julio de 2007. Obsérvese entonces que a la fecha de la presentación de la reclamación ya se encontraban prescritas las diferencias que resultan del reajuste de la asignación de retiro conforme a los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, con anterioridad al 30 de septiembre de 2010.

Las sumas que se ordena reconocer, serán ajustadas en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 *ibídem*.

DE LAS COSTAS

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente

107

acreditadas en el proceso con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió el demandante (gastos de notificación) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que lo representara en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho la suma del 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$ 46.111.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los oficios Nos. 26764 y 0198/GAG-SDP del 22 de octubre de 2014 y el 13 de enero de 2015, proferidos por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reajuste la asignación de retiro del señor Jaime Alfredo González Pinilla, con la inclusión del 41,5% de la asignación básica por concepto de prima de actividad, a partir del 1º de julio de 2007.

TERCERO: CONDENAR a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a pagar al señor Jaime Alfredo González Pinilla la diferencia originada en el reajuste de la prima de actividad como factor computable de su asignación de retiro, a partir del 30 de septiembre de 2010.

CUARTO: Las sumas que resulten en favor del accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

QUINTO: Las sumas que se ordena reconocer devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SÉPTIMO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la parte vencida como agencias en derecho la suma del 1% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$46.111.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


LAURA PATRICIA ALBA CALIXTO
Juez