

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2017.



Radicado: 250002342000201201126 01
No. Interno: 2773-2014
Actor: Héctor Guillermo Santos Solano.
Demandada: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR).
Trámite: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Ley 1437 de 2011).
Asunto: Determinar si es viable reconocer el reajuste de la asignación de retiro del actor con el incremento de la partida computable prima de actividad de que tratan los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 del 2007¹.

Ha venido el proceso de la referencia con informe secretarial de la Sección Segunda del 29 de septiembre del 2017², después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de febrero del 2014 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B³, que negó las

¹ "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones.

(...)

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

(...)"

² Folio 207.

³ Con ponencia del Dr. César Palomino Cortés. Por medio del Auto de 31 de julio del 2017 visible a folios 200 y 201, con ponencia de quien conoce de este asunto, se declaró fundado el impedimento manifestado por los Doctores Carmelo Perdomo Cuéter y César Palomino Cortés, y se conformó la Subsección B para dictar sentencia en el presente caso con los Magistrados de la Subsección A, los doctores William Hernández Gómez y Rafael Francisco Suárez Vargas.

pretensiones de la demanda incoada por el señor Héctor Guillermo Santos Solano en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en adelante CASUR.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Pretensiones⁴.

Héctor Guillermo Santos Solano, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 del 2011, presentó demanda encaminada a obtener la nulidad del Oficio 1638 GAG SDP del 19 de enero del 2012, proferido por el Director General de CASUR, por el cual le fue negado el incremento del 16.5% sobre la partida básica por concepto de prima de actividad, conforme a lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2863 del 2007⁵.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó la reliquidación, reajuste y pago de su asignación de retiro con la inclusión del incremento de la prima de actividad a partir del 1º de julio del 2007 hasta que se produzca el reconocimiento, con los correspondientes intereses moratorios y la indexación a que hubiere lugar.

1.2. Hechos⁶.

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera los hechos planteados por la parte demandante:

⁴ Folios 12 y 13.

⁵ "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones.

(...)

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%).

(...)

⁶ Folios 13 y 14.

Indicó que mediante la Resolución 3433 del 14 de agosto de 1990, proferida por el Director General de CASUR, se le reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro en cuantía equivalente al 70% del sueldo básico de actividad para el grado, teniendo en cuenta para el efecto las partidas legalmente computables en las que se incluyó la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 25%, efectiva a partir del 26 de marzo de 1990.

Manifestó que a través de petición del 26 de marzo del 2012, solicitó a CASUR “(...) se me **REVISE** el factor salarial prima de actividad y que como consecuencia seme reajuste y reliquide la pensión o asignación mensual de retiro, A partir de la vigencia del Decreto 2863 de 2007”, es decir, el reajuste y reliquidación de su asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, que señala:

“(...)

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.

(...)”

Señaló que la anterior petición fue negada a través del Oficio 1638/ GAG SDP del 19 de enero del 2012, proferido por el Director General de CASUR, bajo el argumento que la partida por concepto de prima de actividad fue incrementada al 37.5% dentro de su asignación mensual de retiro, con retroactividad al 1º de julio del 2007, la cual le fue cancelada en la nómina de agosto del mismo año y de conformidad con el Decreto 2863 del 2007.

1.3. Normas vulneradas y concepto de violación⁷.

Como disposiciones vulneradas, la parte demandante citó las siguientes:

Los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política; y ; 2º y 4º del Decreto 2863 del 2007.

⁷ Folios 14 a 18.

El concepto de violación, se explicó así:

Manifestó que le asiste el derecho a que su asignación de retiro sea reliquidada y reajustada con la inclusión del incremento del 16.5% de la prima de actividad, pues de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007 los miembros de la Fuerza Pública que la hubieren obtenido con anterioridad al 1º de julio del 2007, tendrán derecho a su reajuste en el mismo porcentaje en el que haya ajustado el del activo correspondiente, según los términos del artículo 2º del mismo, que dispone:

“(…)

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%).

(…)”

Sostuvo que CASUR negó la pretensión apoyándose en la tesis de la existencia de un régimen especial para la Fuerza Pública y adopta un tratamiento inequitativo, por cuanto no se ajusta a los principios fundamentales de igualdad, equidad y mínimos, dispuestos por el Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, agregó que en el presente asunto se debe tener en cuenta la norma más favorable y la que le genera la condición más beneficiosa, principios fundamentales del derecho del trabajo consagrados en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas, prevalece la más favorable al trabajador y deberá adoptarse en su integridad.

1.4. Contestación de la demanda.

CASUR dentro de la oportunidad legal para contestar la demanda, no efectuó manifestación alguna.

1.5. La sentencia de primera instancia⁸.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 20 de febrero del 2014 negó las pretensiones, con fundamento en los siguientes argumentos.

Concluyó, después de hacer un extenso y detallado análisis de la partida computable prima de actividad de los miembros de la Policía Nacional y de la situación fáctica del demandante, que la entidad demandada actuó conforme a derecho, por cuanto dio estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007, incrementando la partida computable prima de actividad en un 50% a partir del 1º de julio de 2007, quedando en un 37.5%, razón por la cual CASUR no adeuda incremento alguno al señor Héctor Guillermo Santos Solano.

1.6. Del recurso de apelación⁹.

La **parte demandante**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia buscando su revocatoria para que en su lugar, se acceda a las pretensiones, para lo cual sostuvo que la entidad demandada a 1º de julio 2007 venía liquidando una prima de actividad en 25% y al entrar en vigencia del Decreto 2863 de dicha anualidad, su asignación de retiro en el factor de prima de actividad debe corresponder al 16.5% que es el 50% de lo que devengaba a la fecha un suboficial activo que era del 33%, lo que conlleva a que para dar aplicación al decreto en mención el porcentaje a cancelar a partir de la vigencia de la norma corresponde al 25% que venía devengando más el 16.5% para un total de 41.5% y no del 37.5%, que es el que viene siéndole reconocido al demandante.

1.7. Concepto del Ministerio Público.

⁸ Folios 128 a 138.

⁹ Folios 132 a 139.

Dentro de esta atapa procesal la representante del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES.

Agotada como se encuentra la instancia, sin observar causales de nulidad que invaliden lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto, para lo cual se fija el siguiente:

2.1. Problema jurídico.

De acuerdo con el cargo formulado en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia en calidad de apelante único, el problema jurídico que deberá resolver la Sala, consiste en determinar si es viable reconocer al Mayor (R) Héctor Guillermo Santos Solano el reajuste de su asignación de retiro con el incremento de la partida computable prima de actividad de que tratan los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 del 2007, a partir del 1º de julio del mismo año.

Para dar solución a éste, se atenderá el siguiente estudio: i) de la asignación de retiro en la Fuerza Pública, ii) de la prima de actividad y iii) del caso en concreto.

I. De la asignación de retiro en la Fuerza Pública.

La asignación de retiro se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48¹⁰ y 53¹¹ de la Constitución Política. Es así como, una vez observados los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), tendrán derecho a

¹⁰ "(...) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social."

¹¹ En el inciso segundo de esta disposición, se consagran principios mínimos fundamentales, el de la "(...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. (...)".

su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales.

Es por disposición de la misma Constitución Política que los miembros de la Fuerza Pública gozan o se benefician de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas¹² que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial¹³. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993¹⁴ y en la Ley 797 de 2003.

ii. De la prima de actividad.

Previo a la expedición de la Constitución Política de 1991, se habían establecido en el ordenamiento jurídico, aplicable al personal en retiro de las Fuerzas Militares, distintos estatutos que consagraron la prima de actividad como parte de la asignación mensual y como factor salarial que serviría para el cómputo de las asignaciones en retiro.

Para el efecto, el Decreto 2337 de 1971¹⁵ en sus artículos 59 y 116, dispuso lo siguiente:

“(...)

Artículo 59. Prima de actividad. *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares 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 uno y medio por ciento (1 ½ %) por cada año de servicio cumplido el grado respectivo, sin que exceda del treinta y seis por ciento (36%).*

¹² (i) Defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216); (ii) velar por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217); y (iii) mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz (art. 218).

¹³ “(...) es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.” (Sentencia C-432/04).

¹⁴ Artículo 279.

¹⁵ “Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.”

Parágrafo. Cuando el Oficial o Suboficial sea ascendido al grado inmediatamente superior, iniciará nuevamente la Prima de Actividad con el treinta por ciento (30%) del sueldo básico, reajustándose anualmente en la forma prevista en este artículo”.

(...)

Artículo 116. *A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:*

a). Cesantía y demás prestaciones unitarias: Sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava parte de la prima de navidad, prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto, gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y prima de Estado Mayor en las condiciones indicadas en este Estatuto;

b). Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijo 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 de quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava parte de la prima de navidad, prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto, gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y prima de Estado Mayor en las condiciones en este Decreto.

(...)”

Posteriormente, los artículos 53 y 113 del Decreto 613 de 1977, por el cual se reorganizó la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, establecieron en su orden:

“(...)

ARTÍCULO 53. 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 a treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*

(...)

ARTÍCULO 113. BASES DE LIQUIDACIÓN. *Al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia del presente estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:*

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias, sobre: sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava (1/12) parte de

la prima de Navidad; gastos de representación para Oficiales Generales y prima de Oficial diplomado en la Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este estatuto;

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre: sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, liquidada conforme a lo dispuesto en el artículo 54 de este estatuto, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava (1/12) parte de la prima de Navidad; gastos de representación para Oficiales Generales, y prima de Oficial diplomado en la Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Decreto

(...)"

Seguidamente, en los artículos 81 y 142 del Decreto 2062 de 1984 se dispuso el derecho de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional a percibir la partida prima de actividad y su cómputo, así:

"(...)

ARTÍCULO 81. PRIMA DE ACTIVIDAD. *Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, que (sic) 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 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 mas años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%), del sueldo básico.*

(...)"

Por su parte el Decreto 96 de 1989¹⁶, con relación a la prima de actividad, estableció:

“(...)

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 140. 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:

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

--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.

--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.

Artículo 141. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. 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 en lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

--En la vigencia fiscal de 1990 hasta el 18.5%.

--En la vigencia fiscal de 1991 hasta el 22.5%.

--En la vigencia fiscal de 1992 hasta el 33%.

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.

¹⁶ “Por el cual se reforma el estatuto de carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.”

(...)"

Para el año de 1990, el Decreto 1212 reformó el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y en sus artículos 68, 140, 141 y consagró:

"(...)

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

(...)

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

(...)

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.*

(...)"

Posteriormente, el legislador expidió la Ley 797 de 2003¹⁷, normativa que en su numeral 3º del artículo 17, facultó al Presidente para expedir los estatutos especiales de la Fuerza Pública, en razón a ello expidió el Decreto Ley 2070 del 25 de julio de 2003¹⁸ (Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003), normas estas que fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, en sentencia C - 432 del 6 de mayo del 2004 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, toda vez que se desconoció lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, concretamente, porque *"(...) debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias. (...)"*.

El Presidente de la República de Colombia en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004¹⁹, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, cuyos artículos 23 y 45 consagraron:

"(...)"

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."*

¹⁸ *"Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares"*

¹⁹ *"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."*

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 2 Prima de actividad.

(...)

Artículo 45. Vigencia y derogatorias. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000.*

(...)"

Con respecto al principio de oscilación de asignaciones de retiro, en términos generales los artículos 62 del Decreto 609 de 1977, 109 del Decreto 2063 de 1984, 151 del Decreto 1212 de 1990, 109 del Decreto 1213 de 1990, 56 del Decreto 1091 de 1990, 42 del Decreto 2070 de 2003, 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 de 2004, consagran que las asignaciones de retiro se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.

Por otro lado, se tiene que mediante el artículo 32 del Decreto 1515 del 5 de mayo 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*", se estableció que la "*(l) 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.*"

Finalmente se expidió el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, "*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones*", en cuyos artículos 2º y 4º se consagró:

“(...)

Artículo 2°. *Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:*

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

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 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.

(...)”

De la anterior normativa se deduce lo siguiente:

- Los Decretos 613 de 1977, 2062 de 1984, 96 de 1989 y 1212 de 1990, establecieron que los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrían derecho a una prima mensual de actividad equivalente al 33% del respectivo sueldo básico.
- El Decreto 2062 de 1984 dispuso que el personal retirado del servicio activo que haya prestado sus servicios entre 20 y menos de 25 años, para efectos de asignación de retiro, tendrían derecho a la prima de actividad con el cómputo del 25% del sueldo básico.

- El Decreto 2863 del 2007 incrementó en un 50% el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

- Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrían 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 citado artículo.

- El principio de oscilación tiene como propósito permitir el incremento de las asignaciones de retiro con el fin de que no pierdan poder adquisitivo y nivelarlas con las variaciones que se dispongan en las asignaciones de actividad.

iii. Caso concreto.

Atendiendo lo antes expuesto, para efectos de resolver el punto de controversia, la Sala contará con los siguientes elementos probatorios.

a. Según la hoja de servicios 0149 del 15 de marzo de 1990²⁰, el Mayor (R) Héctor Guillermo Santos Solano prestó servicios en la Policía Nacional por 20 años, 3 meses y 4 días.

b. Mediante la Resolución 3433 del 14 de agosto de 1990²¹, CASUR dispuso el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del Mayor (R) Héctor Guillermo Santos Solano, en cuantía equivalente al 70% del sueldo básico en actividad para el grado y partidas legalmente computables, incluido

²⁰ Folios 6 y 7.

²¹ Folios 79 a 81.

el 33% de la prima de actividad²², efectiva a partir del 26 de marzo de 1990, al tenor de lo dispuesto por el Decreto 2062 de 1984.

c. El demandante elevó solicitud el 26 de marzo del 2012²³, ante CASUR, con miras a obtener el reajuste y reliquidación de su asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, que señala:

“(…)

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.

(…)”

d. A través del Oficio 1638 GAG/SDP del 19 de enero del 2012, proferido por el Director General (e) de CASUR, se dio respuesta a la petición anterior, despachándola desfavorablemente, bajo el argumento que la partida por concepto de prima de actividad se reconoció y pagó en la asignación de retiro con un porcentaje anterior del 25% y actual del 37.5%, dando cumplimiento al Decreto 2863 del 2007, que dispuso reliquidar el porcentaje de prima de actividad al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional teniendo en cuenta lo devengado aplicando el 50% adicional.

e. De conformidad con los comprobantes de pagos²⁴, al Mayor (R) de la Policía Nacional, Héctor Guillermo Santos Solano se le incrementó el porcentaje de la partida computable prima de actividad en un 37.5% a partir del 1º de julio del 2007.

Ahora bien, de lo anterior y de la lectura de las normas expuestas en el fundamento normativo de esta providencia, se observa que el Decreto 2863 del 2007 incrementó en un 50% el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y el Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

²² Según hoja de servicios 0149 del 15 de marzo de 1990 que reposa a folios 6 y 7.

²³ Folios 40 y 41.

²⁴ Folios 75 a 78.

De la misma manera, que a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de éstos obtenida antes del 1° de julio del 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 Decreto 2863 del 2007.

Lo anterior, dado que de conformidad con el artículo 142 del Decreto 2062 de 1984²⁵, a los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del citado decreto con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), les corresponde el veinticinco por ciento (25%), del sueldo básico por concepto de prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro, porcentaje que por efectos del artículo 2° del Decreto 2863 del 2007 fue incrementado en un 50%. Bajo ese entendido, se tiene que a partir del 1° de julio del 2007 la citada prestación sufrió un incremento adicional del 12.5%, si se tiene en cuenta que ese porcentaje es el resultado del 50% de aquél 25%, quedando en un 37.5%.

Así mismo, se puede colegir que la entidad demandada para reconocer la asignación de retiro del demandante lo hizo dando aplicación al Decreto 2062 de 1984 a partir del 26 de marzo de 1990, como quiera que el demandante prestó sus servicios a la Policía Nacional por 20 años, 3 meses y 4 días. Igualmente, CASUR en cumplimiento del Decreto 2863 del 2007 reliquidó el porcentaje de prima de actividad del demandante pasándolo del 25% al 37.5%.

Para el caso del Mayor (R) Héctor Guillermo Santos Solano, quien prestó sus servicios por 20 años, 3 meses y 4 días, CASUR le tuvo en cuenta para reconocer la asignación de retiro el 25% de la prima de actividad, porcentaje

²⁵ Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

que al multiplicarlo por el **50%** arrojaría un **12.5%** y que sumado equivaldría a un total del **37.5%**.

Para mejor claridad de lo expuesto anteriormente, la Sala establece la siguiente operación matemática:

$$25\%^{26} \times 50\%^{27} = 12.5\%^{28} + 25\% = 37.5\%^{29}$$

De lo anterior, se tiene que CASUR ha venido reconociendo y liquidando al actor a partir del 1º de julio del 2007 la partida computable prima de actividad un 37.5%, según se prueba de los comprobantes de pago³⁰. En ese sentido la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 del 2007, de modo tal que antes del mes de julio de 2007 la parte actora tenía una prima de actividad del 25% y a partir de julio de 2007 comenzó a devengar un porcentaje del 37.5%, por lo tanto la entidad no le adeuda suma alguna por dicho concepto.

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 25% de que trata el artículo 142 del Decreto 2062 de 1984.

Es de resaltar que para el cómputo del aumento referido debe observarse el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, por cuanto de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en tanto la disposición hace referencia al aumento en el valor de una variable, lo cual implica que el ajuste de la prima de actividad del 50% tiene lugar respecto de la proporción reconocida al demandante cuando consolidó su derecho.

En consecuencia, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia, ya que los artículos 2º y 4º del Decreto 2768 del 2007 establecen expresamente

²⁶ Porcentaje de la prima de actividad.

²⁷ Incremento que indica el Decreto 2863 del 2007.

²⁸ Porcentaje a incrementar en la asignación de retiro.

²⁹ Porcentaje que la entidad reconoció y viene liquidado a partir del 1º de julio de 2007.

³⁰ Folios 75 a 78.

que los Suboficiales con asignación de retiro de las Fuerzas Militares tienen derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, lo que no es nada diferente a que se le aplique el 50% de incremento del porcentaje de prima de actividad que percibe como retirado, que es lo que ha hecho la entidad demandada desde el 1º de julio del 2007.

Entonces, si bien es cierto el demandante tiene derecho a que se le incremente su prima de actividad, en el porcentaje consagrado en el Decreto 2863 del 2007, no es posible acceder a lo pretendido por el actor, por cuanto al revisar integralmente el expediente encuentra la Sala que la entidad demandada ya realizó el reajuste ordenado por dicho estatuto.

Así las cosas, se tiene que como el demandante no demuestra que su asignación de retiro haya sido reajustada por debajo del porcentaje de incremento efectuado al personal en actividad, debe confirmarse la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 20 de febrero del 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Héctor Guillermo Santos Solano contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

**Cópiese, notifíquese, y devuélvase el expediente al tribunal de origen.
Cúmplase.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
VARGAS**

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ