TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-008-**2014-00213**-01
DEMANDANTE:	MANUEL DARIO MOLINA
DEMANDADO:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR-

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 09 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, denegando a las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor MANUEL DARIO MOLINA contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[1].

El señor MANUEL DARIO MOLINA, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando:

a) Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 4689.13 del 14 de agosto de 2013, proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", mediante el cual

[1] Fol. 10 a 22. C.Ppal.

se negó al actor el reajuste de la asignación de retiro por concepto de la variación del porcentaje de la prima de actividad.

b) Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la entidad demandada a acreditar, certificar, liquidar, computar y pagar la prima de actividad del 25% al 90% del sueldo básico en la asignación de retiro, a partir del 28 de julio de 2003, en cumplimiento a los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004, articulo 23 numeral 23.1.2 y Decreto 2863 de 2007, artículos 2 y 6, en virtud del principio de oscilación, artículo 34 Ley 2a de 1945, artículo 110 del Decreto 1213 de 1990.

c) Pagar lo dejado por percibir por concepto de no reajustar la prima de actividad del 25% al 90% del sueldo básico en la asignación de retiro, a partir de la vigencia de los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 y Decreto 2863 de 2007 hasta la inclusión en nómina.

d) Condenar a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas de acuerdo a la variación del índice de Precios al Consumidor certificado por el DAÑE, con fundamento en el artículo 187 y ss. del C.P.A.C.A. y desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.

e) Ordenar a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 187 y ss. del C.P.A.C.A. desde que el derecho se hizo exigible hasta cuando se haga efectivo su pago.

1.1.2. DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA, Como supuestos facticos se tiene que, La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", mediante Resolución No. 001987 del 28 de abril de 1994, reconoció asignación de retiro al demandante, por haber prestados sus servicios a la Policía Nacional, en el grado de AGENTE, durante 26 años, 9 meses, 0 días.

El demandante percibía una prima de actividad que ascendía al 20% del sueldo básico, pero a partir del 28 de julio de 2003 le correspondía el 70% conforme a lo dispuesto en el artículo 23 numeral 23.1.2 del Decreto 4433 de 2004, en virtud del principio de oscilación, contemplado en el artículo 34 de la Ley 2a de 1945, artículo 110 del Decreto 1213 de 1990 y artículo 42 del Decreto 4433 de

2004; no obstante, en los factores prestacionales del actor, se le está liquidando la prima de actividad en un 25%, y no teniendo en cuenta como se liquidó en los factores salariales en un 90%.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte demandada, Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", contestó la demandada exponiendo que, los hechos señalados son trascripciones de normas y conceptos del apoderado de la parte demandante, excepto el hecho que trata de reconocimiento de la asignación de retiro del actor y se atiene a lo que se pruebe en el proceso, igualmente, respecto de las suplicas de la demanda, se opone a cada una de ellas.

Por ultimo Propone las excepciones de mérito **i)** Cobro de lo no debido, **ii)** Inexistencia del Derecho, **iii)** Falta de fundamento jurídico de las pretensiones.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral de Sincelejo profirió sentencia de fondo en la que denegó las pretensiones de la demanda, argumentando que, de ninguna manera se ha desconocido el principio de oscilación en comento, pues la negativa de la entidad demandada - y que este despacho considera acorde a ley - se centra en no acceder a aplicarle los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007, en atención a que estos contemplan regímenes pensiónales aplicables a situaciones consolidadas durante su vigencia y no posteriores a ellos, que es la situación del actor.

Igualmente afirmó que de conformidad con las pruebas recaudadas, el demandante al haber completado más de 25 años de servicio, se le computó la prima de actividad con un porcentaje del 25% del sueldo básico, como se señala en la norma antes transcrita, y así lo reconoce el actor en el libelo demandatorio.

Por lo anterior, consignó el *A-quo* que, los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007; en lo que concierne a las partidas computables para la asignación de retiro del personal de la Policía Nacional, cobijan a quienes ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia de los mismos, tal y como lo expresan

los artículos 453 y 74, respectivamente. Entonces, no es admisible aplicar tales decretos al demandante, ya que por regla general la vigencia de la ley en el tiempo supone que sus efectos son ex-nunc, es decir, hacia el futuro y que los mismos son irretroactivos, salvo que se disponga que la misma aplique sobre situaciones ocurridas con antelación, que para el sub judice no resulta de esa forma, por lo que consideró que, no se encontraban probadas las causales de anulación del acto acusado, invocadas por la parte actora, como son violación de las normas superiores en la cuales debía soportarse, errónea y falsa motivación y desviación de poder, como quiera que su asignación de retiro se liquidó y reconoció al amparo del Decreto 1213 de 1990, normatividad vigente para la época, siendo improcedente la aplicación de los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 y 2863 de 2007, luego entonces, denegó las súplicas de la demanda.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN[2].

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó que, de conformidad con el Decreto 1212 de 1990, que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2004, las asignaciones de retiro se liquidaban teniendo en cuenta apenas un porcentaje de las prima de actividad, dependiendo del tiempo de servicio prestado por el retirado, mientras que a partir del Decreto 4433 de 2004, cuyo objetivo fue nivelar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, se tiene en cuenta la totalidad de la partida, de suerte que existe una diferencia considerable entre estos dos estatutos. Siendo el primero aplicado al demandante, quien fue retirado el día 11 de junio de 1996.

Que, el legislador a través del Principio de oscilación, ha garantizado que a las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la fuerza pública se les aplique el referido principio, que no es más que las asignaciones y pensiones se incrementen en la misma proporción o porcentajes establecidos para los miembros de la fuerza pública en actividad de acuerdo con el grado que ostente.

[2] Folio 192-195 C.Ppal.

En ese orden, en virtud del principio de oscilación, las variaciones que se introduzcan en cualquier tiempo en las asignaciones de actividad para cada grado, deben reflejarse en las asignaciones de Retiro y pensiones ya reconocidas; puesto que una conclusión diferente violaría el artículo 13 de la carta política, pues no hay razón para que las partidas que hacen parte de la asignación del personal activo, se tengan en cuenta para liquidar asignaciones de retiro y pensiones de los servidores que la gozaron en servicio activo y se desconociera para el personal retirado. De acuerdo a lo anterior en aplicación del principio de oscilación, la asignación de retiro del actor debe reajustarse a partir de la vigencia del decreto 4433 de 2004, esto es, del 1 de enero de 2005, teniendo en cuenta como partida computable la totalidad de la prima de actividad.

En consecuencia, solicitó, que se revoque el fallo de primera instancia y se declare la nulidad del acto administrativo acusado.

1.5 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

1.5.1 PARTE DEMANDANTE: La parte actora no alegó de conclusión en segunda instancia.

1.5.2 PARTE DEMANDADA: La entidad demandada no alegó de conclusión en esta oportunidad.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO[3].

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación, rindió concepto de fondo, exponiendo que, a la parte demandante se le consolidó su derecho pensional (Resolución Nº 1987 del 28 de Abril de 1994, fol.6-7) con anterioridad a la vigencia de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, por lo que, no puede pretender que se le liquide la prestación solicitada en los términos de los mismos, puesto que su derecho debe ser reconocido con los Decretos 1213 de 1990, fecha para la cual se causó el retiro del servicio.

Además, de las pruebas aportadas se evidencia que la entidad demandada no ha desconocido el principio de oscilación ni ha violado derechos adquiridos,

[3] Folio 20-23 C. segunda instancia.

puesto que los Decretos 4433 de 2004, 2070 de 2004, regulan regímenes pensionales consolidados durante su vigencia y no tienen efectos retroactivos.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del CPACA, en segunda instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico, *¿Tienen derecho los retirados de la fuerza pública, que reciben asignación de retiro y que adquirieron este derecho antes de la efímera vigencia del Decreto 2070 de 2003 y de la vigencia de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de 2004, a que para la liquidación de dicha prestación, se tome en cuenta la prima de actividad en el porcentaje establecido en los artículos 23 de los mencionados Decretos y se le reliquide la mencionada prestación?*

Como problema subsidiario, es importante plantear, *¿Son aplicables los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, a las personas que consolidaron su derecho a la asignación de retiro en vigencia de una normativa anterior, es decir, es la aplicación del Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004 una pretensión que se funda en la retroactividad o retrospectividad de la ley?*

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: i) El régimen especial de retiro de la fuerza pública, ii) La retroactividad y la retrospectividad de la ley, iii) El principio de oscilación, iv) La jurisprudencia sobre el tema concreto, y v) El caso concreto.

3. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE RETIRO DE LA FUERZA PÚBLICA:

La Constitución Política de Colombia de 1991, prescribe que a la ley le corresponde organizar el cuerpo de Policía, definiendo esta como un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, y que atañe a la misma ley determinar su régimen de carrera, prestacional y disciplinario (artículo 218).

En aplicación de dicha norma constitucional, el legislador colombiano, para el caso en estudio, consagró el régimen aplicable a los miembros de este cuerpo armado civil, a través del Decreto 613 de 1977, por el cual se organiza la carrera de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confería la Ley 60 de 1973. En dicha normativa se consagra que la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuanta la prima de actividad en el 15% (artículo 113). Para el caso concreto, teniendo en cuenta lo expresado en el acto administrativo demandado, al actor se le reconoció la asignación de retiro, teniendo en cuenta la prima de actividad en un 30% (fol. 6 a 11) y en el acto administrativo que reconoció su asignación, en un 15%, conforme a la norma ya explicada (fol. 12).

En la norma comentada, se hizo como de tiempo atrás, alusión al principio de oscilación, concibiendo este en el sentido que las asignaciones de retiro y pensiones a que aludía dicho decreto se liquidarían tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en **las asignaciones de actividad** para un miembro de la misma[4].

De lo trascrito claramente se desprende que la prima de actividad haría parte del cómputo a tener en cuenta en las prestaciones sociales unitarias o periódicas del personal que se retirara o fuera retirado del servicio activo, más no se hizo alusión a que esta forma de liquidación o las partidas computables a tener en cuenta a partir de la expedición de dicho decreto tenían injerencia en las asignaciones que ya habían sido reconocidas en vigencia de otras preceptivas normativas, ello, interpreta el juzgado, no se desprende de lo hasta ahora analizado.

---

[4] *"**ARTÍCULO 120. 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 113de este Decreto. Los Oficiales y Suboficiales, o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen reajustes prestaciones en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."*

Posteriormente, el legislador expidió la Ley 797 de 2003, normativa que en su numeral 3 del artículo 13, facultaba al Presidente para expedir los estatutos especiales de la Fuerza Pública, facultad que fue ejercida por este alto funcionario y expidió el Decreto Ley 2070 de 2003, normas estas que fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, en sentencia C-432 de 2004.

Acto seguido y para subsanar los errores vislumbrados por la Corte Constitucional, gozando el retirado del derecho prestacional a la asignación de retiro, se expidió la Ley 923 del 30 de diciembre 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",* la cual señaló en sus artículos 1 y 2:

> *"ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.*
>
> *ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:*
>
> *2.1. 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.*
>
> *…*
>
> *2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.*
>
> *…"*

Y también refirió que el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, debería tener en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

> *"…*
>
> *"3.13. 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****". (Negrillas del despacho)*

El Presidente de la República de Colombia en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, 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"*, en el que claramente quedó determinado que su campo de aplicación sería el siguiente:

> *"Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a 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 a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto."*

Y al regular la asignación de retiro dispuso que esta se liquidaría en adelante sobre las siguientes partidas:

> *"Artículo 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*
>
> *23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes*
>
> *23.1.1 Sueldo básico.*
>
> *23.1 2 Prima de actividad.*
>
> *23.1.3 Prima de antigüedad.*
>
> *23.1.4 Prima de academia superior.*
>
> *23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.*
>
> *23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.*
>
> *23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*
>
> *23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.*
>
> *23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*
>
> *(…)*
>
> *Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.*
>
> *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". (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

Y en su artículo 42 sobre el principio de oscilación, prescribió:

*"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.*

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a

menos que así lo disponga expresamente la ley. (Negrillas y subrayas del despacho).

Conforme al anterior marco normativo, es necesario que se dilucide por parte del despacho, si para una persona que goza del derecho prestacional a la asignación de retiro, le son aplicables normas posteriores, como lo pretende el actor, con fundamente en el principio de la aplicación retrospectiva de la ley laboral. Por lo anterior, se hace necesario abordar el mencionado tema y compararlo y a su vez diferenciarlo de la retroactividad de la aplicación de la ley.

3.1. LA RETROACTIVIDAD Y LA RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY:

En el presente caso, de acuerdo a los planteamientos de la demandante, nos encontramos frente a un conflicto de las leyes en el tiempo[5]. Por lo tanto, ha de analizarse los fenómenos de la irretroactividad, retroactividad y retrospectividad de las leyes.

En primer lugar, resulta ser una regla general o un principio general del derecho, que la ley posee aplicación a partir de su vigencia, sin que afecte las situaciones consolidadas en vigencia de normas anteriores. Lo anterior en aplicación clara del principio de buena fe, dado que no puede el Estado legislador, someter a su capricho los derechos de sus administrados. El anterior principio, encuentra su soporte constitucional y legal al interior de nuestro ordenamiento jurídico, en los artículos 29 y 58 de la C.P., y 17 y 322 de la Ley 153 de 1887.

Así las cosas, la ley no puede ser aplicada de forma irretroactiva si puede afectar derechos consolidadas en el patrimonio individual de las personas y se aplican las normas de forma retroactiva, en las palabras del profesor García Máynes *"…cuando se aplican: a) A hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (facta preaterita);…"*[6]

[5] Por conflicto temporal de leyes, entendemos *"… los que nacen a raíz de la expedición de leyes sucesivas con capacidad o competencia para regir situaciones jurídicas determinadas provenientes de actos o hechos jurídicos."* NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Conflicto de leyes en el tiempo. Colombia: editorial Universidad Sergio Arboleda, 2001. p. 5.

[6] GARCÍA MÁYNES, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México: editorial Porrúa, 2008. p. 393.

Por otra parte, tenemos el fenómeno de la retrospectividad, el que para efectos laborales, lo encontramos legalmente consagrado en el artículo 16 del C.S.T.[7]. Sobre este punto, resultan ser ilustrativas las siguientes consideraciones de la Corte Constitucional, en la sentencia que analizó la constitucionalidad de la mencionada norma:

> *"A partir de la mencionada sentencia, la Corte ha decidido que, en principio, los cambios en la ley laboral se aplican a las relaciones de trabajo vigentes, independientemente de si son favorables o desfavorables para los intereses del trabajador, siempre y cuando el trabajador no tenga ya un derecho adquirido a que se aplique la vieja normatividad, por cuanto ya había reunido los requisitos necesarios para poder acceder al derecho cuya reglamentación fue modificada.*
>
> *Por otra parte, la Corte ha establecido que cuando un trabajador ya cumplió con los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a ese derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohibe la retroactividad de la ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho de acuerdo con los requisitos del pasado.*
>
> *La Corte Constitucional ha mantenido esta distinción, como se demuestra en las sentencias que se mencionan a continuación:*
>
> *6. En la sentencia C-168 de 1995, la Corte decidió sobre una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (parcial), 36 (parcial) y 288 de la Ley 100 de 1993, que se ocupan, respectivamente, del campo de aplicación de la ley, de su régimen de transición y de la aplicación de las disposiciones contenidas en la ley y en las leyes anteriores En términos similares a los de la demanda que se analiza en este proceso, el actor afirmaba que las normas atacadas vulneraban el principio de la condición más beneficiosa, por cuanto desconocían derechos de los trabajadores previstos en la normatividad anterior que aún no estaban consolidados. Afirmaba entonces que era necesario diferenciar los conceptos de "derechos adquiridos" y de "condición más beneficiosa", pues mientras aquél se derivaba del artículo 58 de la Constitución, el último provenía del inciso final del artículo 53 de la misma, por cuanto se correspondía con la prohibición de menoscabar los derechos de los trabajadores.*
>
> *Luego de hacer una exploración en la doctrina y la jurisprudencia acerca del tema de los derechos adquiridos y de las meras expectativas, en la sentencia se expresó sobre estos dos conceptos:*
>
> *"Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva*

[7] Dicha norma es del siguiente tenor literal: *"ARTÍCULO 16. EFECTO. 1. Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores."*

no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

"Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohibe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.

"Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

"En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'."

"(...)

"(…) Entonces, mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido"; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una "expectativa", y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales."

…

Desde la perspectiva de esta diferenciación conceptual, la acusación del actor no puede prosperar, por cuanto el inciso acusado del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo se adecua enteramente a la distinción entre derechos adquiridos y expectativas legítimas que ha asumido la Corte. Esta distinción ha sido mantenida constantemente, a pesar de que ha sido precisada en algunos puntos y matizada en otros."[8]

Así las cosas, la restrospectividad es la aplicación de una norma posterior a situaciones no consolidadas, mientras que la retroactividad es la aplicación de estas a situaciones ya consolidadas.

[8] CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-177 DE 2005.

Por lo anterior, para la Sala, el acto administrativo acusado de ilegal, no es la aplicación retrospectiva de la ley como lo pretende hacer ver, sino una aplicación retroactiva de la misma, dado que al estar su derecho a la asignación de retiro consolidado en su patrimonio, no se trata de retrospectividad sino de retroactividad, la cual como se dijo, no es viable jurídicamente aplicar.

De otro lado, es claro conforme a lo analizado, las Leyes 797 del 29 de enero de 2003 y la 923 de 30 de diciembre de 2004, por una parte, y por la otra, los Decretos 2070 del 25 de julio de 2003 y 4433 de 31 de diciembre del mismo año, entraron a regir a partir de su promulgación, y en ninguno de sus apartes se otorgó efectos retroactivos respecto de la asignación de retiro de las personas que para ese momento ya tenían consolidada su situación al amparo de un régimen anterior y distinto, con el que se habían determinado las condiciones o requisitos para el reconocimiento y liquidación de la prestación de retiro como la que se había reconocido al cónyuge de la actora desde el 3 de febrero de 1979.

En apoyo de lo anterior, la siguiente providencia del Consejo de Estado, que aclara la normativa aplicable a la asignación de retiro, como la vigente a la fecha de la consolidación del derecho a la misma:

> *"Observa la Sala que el a quo para resolver la presente controversia aplicó la preceptiva señalada en: (i) el Decreto 1211 de 1990, sin embargo advierte la Sala que mediante este decreto se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la actora fue miembro de la Policía Nacional, a pesar de ser Decretos diferentes sobre el tema la regulación es la misma, (ii) el Decreto 1212 de 1990, Estatuto que empezó a regir el día de su publicación en el Diario Oficial, ello es, el 8 de junio de 1990 y la demandante fue retirada del servicio el 15 de mayo de 1990, lo que significa que dicha preceptiva no era aplicable al sub lite ya que no había empezado a regir. En estas condiciones la Sala, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, resolverá la controversia en aplicación del Decreto 0096 de 1989, vigente para la época de los hechos, por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"*[9]

En igual sentido, es necesario darle aplicación el principio de inescindibilidad de la norma pensional[10], que afirma que el régimen debe ser aplicado en toda su

[9] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "B". Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Sentencia del 16 de abril de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07). Actor: BLANCA LUZ RESTREPO CÓRDOBA. Demandado. CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.

[10] Sobre este punto, ha dicho la doctrina: *"Ahora bien, como se trata de diferentes regímenes pensionales, debe tenerse presente que la selección de uno u otro comporta la aceptación de todas*

extensión, es decir, en torno a todos los requisitos y beneficios consagrados en el mismo, como un todo, y no por partes.

3.3. EL PRINCIPIO DE OSCILACIÓN:

Conforme a los aspectos fácticos acreditados en el *sub lite* y a la normativa traída a colación, puede concluir el Tribunal inicialmente que tal como se ha advertido la disposición vigente y aplicable a la parte demandante para el reconocimiento y liquidación de su asignación de retiro fue el Decreto 0613 de 1977, en razón a que era esta la norma vigente para cuando adquirió el derecho a partir del 3 de febrero de 1979 (fol. 13), preceptiva legal que como se vio establecía que las asignaciones de retiro y pensiones del personal de suboficiales de la Policía Nacional se liquidaban con el cómputo entre otras partidas del sueldo básico, la prima de antigüedad, una prima de actividad del 15% del sueldo básico, tal como efectivamente lo hizo la administración al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.

Lo único que hicieron estas preceptivas fue modificar las condiciones o requisitos para acceder a la asignación de retiro, fijando un aumento en el tiempo de servicio y de contera un aumento en el porcentaje del monto de las partidas computables, estableciendo implícitamente como punto de partida que la persona sujeta a este nuevo régimen se encontrara en servicio activo y, por tanto, no gozara de la prestación de retiro, así debe entenderse de su propio tenor literal cuando especialmente se señala que estas prestaciones "se liquidarán", lo que no puede significar otra cosa que el monto y las partidas nuevas ahora computables serían aplicables sólo para quienes se retiraran en vigencia de dichas normas, mas no para quienes ya ostentaban asignación de retiro, pues es bien sabido que las asignaciones de retiro en aplicación del principio de oscilación se incrementan o aumentan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las **asignaciones de actividad**, y no en la forma como se liquidan las asignaciones de retiro para quienes vayan a adquirir este derecho; ninguna de estas normas referidas modifica ni determina la aplicación o extensión del principio

---

sus condiciones, sin que sea jurídicamente posible acoger solamente lo favorable de uno y de otro, en razón del principio de inescindibilidad6 que rige la interpretación de la ley. 6 Código Civil. Art. 31. "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes".” CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto del 9 de marzo de 2006. Radicación 1718.

de oscilación para el incremento de las asignaciones de retiro para quienes la perciben con efectividad anterior en la forma como se liquiden éstas en adelante, no debe perderse de vista que en ello no se traduce el principio de oscilación.

El principio de oscilación contemplado en el Decreto 0613 de 1977 (artículo 110 ya transcrito en esta providencia) y en el Decreto 4433 de 2004 (artículo 42) tienen por objeto que el reajuste de las asignaciones de retiro sea igual al aumento de las asignaciones pero de **actividad** de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración exclusivamente del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación que es bien distinta a la entendida por la parte demandante en el libelo que refiere a la aplicación de este principio entre asignaciones de retiro adquiridas en regímenes diferentes y en aspectos como la base de liquidación y partidas computables como la prima de actividad, lo cual no es susceptible de equiparación en este principio, toda vez que este principio en la forma en que es concebido se recalca, sólo es predicable entre el reajuste anual que se efectúa al personal en actividad y las asignaciones ya reconocidas, claro está que una interpretación en este sentido sería factible a menos que las disposiciones pertinentes lo expresaran así puntualmente, lo que no hicieron el Decreto 2070 de 2003, la Ley 923 de 2004 y menos aún el Decreto 4433 de 2004.

Al respecto el H. Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "A", con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, explicando el principio de oscilación de las asignaciones de retiro expresó que las prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que se produzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de acuerdo con los factores de liquidación; esto se dijo allí:

> *"Por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales."*[11]

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A", Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil siete (2007), radicación número: 25000-23-25-000-2003-09765-01(8068-05), Actor: Álvaro Humberto Melo Buitrago, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

De igual forma, con ponencia del H. Consejero de Estado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se expresó lo siguiente:

> *"En efecto, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales"* [12]

Ahora, si el reconocimiento de la asignación de retiro a la parte actora con el cómputo de la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 15%, se hizo de manera acorde con la proporción establecida en el Decreto 0613 de 1977, con fundamento en el cual se le reconoció la asignación de retiro en el año de 1979, la Sala encuentra por demás en forma manifiesta que el desconocimiento de los derechos adquiridos y la favorabilidad alegados en la demanda carece de cualquier asidero jurídico, pues la Administración no puede concederle un porcentaje mayor por concepto de prima de actividad por el hecho que una nueva disposición (Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004), varios años después haya establecido un porcentaje mayor a tener en cuenta para los policiales que a partir de la vigencia de estos últimos vayan a acceder a la asignación de retiro, derecho este que conforme se ha podido analizar el ordenamiento jurídico no le ha conferido a la actora; no puede dejarse a un lado que la aplicación del principio de favorabilidad al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho no procede en este asunto como quiera que del texto literal de las Leyes 797 de 2003 y 923 de 2004, y de los Decreto 2070 de 2003 y 4433 de 2004, no se infiere lo planteado por la actora; sin lugar a equívocos lo determinado en estas disposiciones en cuanto a la liquidación de las asignaciones de retiro y las partidas computables como la prima de actividad no podía cobijar al actor, por cuanto éste ya contaba con asignación de retiro liquidada en los términos del Decreto 0613 de 1977, sin que ello implique una vulneración del derecho a la igualdad toda vez que se está ante supuestos fácticos que regulan situaciones bien diferentes.

[12] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07), Actor: Jaime Antonio Manjarrés Gutiérrez.

4. LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA CONCRETO:

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, soporta la anterior interpretación, en la siguiente providencia que la Sala trae a colación, la que guarda, con el caso bajo estudio, una analogía fáctica cerrada:

> *"La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.*
>
> *El demandante se retiró del servicio activo mediante Resolución No. 016 de 1989, con un tiempo de servicio de 21 años 19 días, según Hoja de Servicios Militares No. 144 EJC., expedida el 6 de marzo de 1989, como hace constar el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Fl. 11).*
>
> *La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 095 de 1989, debido a en que la fecha de retiro del actor, 30 de abril de 1989, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplico la entidad demandada en la Resolución No. 666 de 10 de abril de 1989 (Fl. 11).*
>
> *Así las cosas estima la Sala que el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad en un 33% por no acreditar más de 30 años en servicio activo, razón por la cual la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada, con la aclaración de que la preceptiva aplicable al sub lite es el Decreto 095 de 1989."*[13]

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas y jurisprudenciales para abordar:

4.1. EL CASO EN CONCRETO.

Se encuentra debidamente probado que al señor MANUEL DARIO MOLINA, se le reconoció por parte de CASUR la asignación de retiro a partir del 28 de abril de 1994, tal como consta en la Resolución No. 1987 de la fecha[14], y se tuvo en cuenta para su liquidación el 85% del sueldo básico y partidas legalmente computables, incluido el 25% de la prima de actividad, es decir, que dicho emolumento se le reconoció por haber completado 26 años y 9 meses de servicio, siendo su fecha de retiro el 30 de marzo de 1994[15], por consiguiente,

[13] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 26 de marzo de 2009. REF: EXPEDIENTE No. 73001233100020060096401. No. INTERNO 0871-2007. ACTOR: OSCAR GÓMEZ BRIÑEZ.
[14] Folio 6 y 7 C.Ppal.
[15] Folio 11 y 12 C,Ppal.

al demandante se le aplicó el Decreto 1213 de 1990, norma vigente para la época

Por lo anterior, es claro para la Sala que su derecho se consolidó en vigencia del Decreto 1213 de 1990, por lo que conforme a los anteriores argumentos, al accionante no le son aplicables las Leyes 797 de 2003 y 923 de 2004, y de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, dado que son normas expedidas posteriormente a la consolidación de su derecho, sin que haya lugar a la aplicación de la retrospectividad por ser un fenómeno jurídico diferente, ni a la favorabilidad, dado que para la Sala no existe duda frente a la fuente formal del derecho aplicable al actor, la que como se dijo y se reitera, no es otra que el Decreto 1213 de 1990.

En este orden, no observa la Sala, discrepancia alguna en las partidas aplicables y las efectivamente imputadas, al igual que el porcentaje aplicado a ellas para liquidar la asignación de retiro, razones suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la presente providencia.

4.2. CONCLUSIÓN:

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corporación concluye que en la presente actuación no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado y que los argumentos esbozados por la demandante no tuvieron la entidad suficiente para declarar la nulidad del acto acusado, pues no existe reparo alguno en la liquidación de la asignación del actor y la normativa aplicable al mismo.

2.3 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante, y a favor de la entidad demandada En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA tercera DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 09 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo - Sucre, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 21.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA