



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, noviembre (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2014-0019-01
ACCIONANTE: AIDA GUZMÁN SIERRA
ACCIONADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA
POLICÍA NACIONAL "CASUR"
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **AIDA GUZMÁN SIERRA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL "CASUR"**, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en el oficio N° 3987 de diciembre 14 de 2012, mediante el cual, se niega una solicitud

¹ Ver folio 16-17, del cuaderno de primera instancia.

de reajuste de asignación de retiro, por concepto de variación del porcentaje de la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó, se ordenara a la entidad accionada, reconocer, reliquidar y pagar la prima de actividad del 45% al 74% del sueldo básico en la asignación de retiro, a partir del 28 de julio de 2003, en cumplimiento de los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004, Decreto 2863 de 2007 y en garantía, del principio de oscilación.

Así mismo, pidió se ordenara a la entidad demandada, pagar lo dejado de percibir por concepto de no reajustar la Prima de Actividad del 45% al 74%, del sueldo básico en la Asignación de Retiro a partir de la vigencia de los Decretos 2070/03, 4433/04 y Decreto 2863 de 2007, hasta la inclusión en nómina.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

El extinto Gustavo Enrique Guzmán Tovar, prestó sus servicios en la Policía Nacional, en el grado de AGENTE y percibió asignación de retiro, en virtud de la Resolución No. 0895 de 10 de marzo de 2008, proferida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", con un tiempo de servicio de 21 años, 3 meses y 21 días; siendo la última unidad donde prestó sus servicios, el Departamento de Sucre – Municipio de Sincelejo.

El Congreso de la República, mediante las leyes 797 de 2003 y 923 de 2004, señaló al Gobierno Nacional los criterios, objetivos y principios a seguir, para la fijación del régimen de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

El Gobierno Nacional expidió los Decretos Reglamentarios 2070 de 2003, 4433 de 2004, que en su artículo 23, introdujo modificaciones en las

² Folios 16-17, del cuaderno de primera instancia.

partidas computables de la Asignación de Retiro. Con la expedición del Decreto 2863 de 2007, por parte del Gobierno Nacional, se decidió incrementar en un cincuenta por ciento (50%), el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990; de igual manera, se reglamentó el hecho, que ninguna autoridad, podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional, estatuido por las normas del presente decreto.

Los rangos y porcentajes fijados en el Art. 101 del Decreto 1213/90, para liquidación y cómputo de la prima de actividad, en la asignación de retiro o pensión, dice el demandante, fueron suprimidos, conforme el Art. 23 numeral 23.1.2 de los Decretos 2070/03 y 4433/04, que dispone el cómputo de dicha prestación, en la totalidad del porcentaje que la devenga el personal en actividad.

Siendo así, al demandante, conforme el libelo introductorio, afirma que se le está liquidando la prima de actividad en un 45% y no teniendo en cuenta, como se liquidó en los factores salariales, en un 74%.

Señaló el accionante, que se prevé una violación de los Arts. 2, 6, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90 y 229 de la C. P.; Art 110 del Decreto 1213 de 1990; Ley 797 de 2003 y Arts. 2 y 3 de la Ley 923 de 2004; alegándose una errónea motivación del acto acusado, la violación al principio de oscilación y la inaplicación de la norma más favorable, a la situación jurídica del demandante.

1.3.- Contestación de la demanda: La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", no contestó la demanda.

1.3.- Sentencia impugnada³.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 24 de junio de 2015, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante, al considerar el *A quo*, que el Decreto 4433 de 2004, empezó a regir el 31 de diciembre de 2004 y la asignación de retiro, fue reconocida el 11 de julio de 1980, por lo que era claro que esa norma, no le era aplicable, por cuanto a la entrada en vigencia de la misma, él ya tenía la calidad de retirado y la vigencia era a futuro y no retroactivamente; por tanto, su asignación de retiro debió ser liquidada en aplicación de la norma vigente, al momento en que el extinto agente, adquirió el status de pensionado, como en efecto lo hizo la entidad demandada, en el acto administrativo que le reconoció el derecho.

Con base en lo anterior, indicó, que a la demandante no se le había violado su derecho fundamental a la igualdad, ni los principios de favorabilidad y derechos adquiridos que estimaba vulnerados, toda vez, que se aplicaron las normas vigentes para la fecha en que se causó el derecho y además, se habían cancelado, oportunamente, las mesadas, las cuales se venían reajustando de conformidad con los incrementos fijados por el Gobierno Nacional, en los decretos expedidos anualmente, con fundamento en el principio de oscilación, para garantizar el reajuste periódico de su asignación de retiro.

Precisó, que una cosa era el incremento de la asignación de retiro, fijada anualmente por el Gobierno, con fundamento en el principio de oscilación, que se establecía en los mismos porcentajes, tanto del personal retirado, como del servicio activo, en consideración al grado y otra distinta, el porcentaje establecido legalmente, que se debía tener en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro.

³ Folios 96-106, cuaderno de primera instancia.

Finalmente señaló el A quo, que no se demostró que a la demandante, se le hubiera aumentado la asignación de retiro a causa del Decreto 2863 de 2007, afirmación que carecía de sustento probatorio, por lo que no se refirió al presunto desmedro sufrido por la actora, por el supuesto decrecimiento de la mesada pensional, frente a otros pensionados.

1.4.- El recurso⁴.

Inconforme con la decisión de primer grado, el demandante la impugnó, para que la misma sea revisada y revocada en sede de segunda instancia.

Manifestó, que en aplicación del principio de oscilación, el legislador, había garantizado que las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, se incrementarían en la misma proporción o porcentajes establecidos por el ordenamiento, de acuerdo con el grado ostentado, por lo cual, era claro, que en aplicación del principio en mención, la asignación de retiro del demandante, debía reajustarse a partir de la vigencia del Decreto 4433 de 2004, esto es, del 1º de enero de 2005, teniendo en cuenta como partida computable, la totalidad de la prima de actividad, conforme lo consagra la ley 923 de 2004, el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 2863 de 2007.

Alegó la parte actora, que se negó las pretensiones de la demanda, invocando la irretroactividad de la ley, en razón a que se liquidó la asignación de retiro con base en la norma vigente para la época, no obstante dicho argumento no era válido, si se tenía en cuenta que la misma normatividad del Decreto 2860 de 2007, consagraba los efectos retroactivos en virtud del principio de oscilación.

⁴ Folios 113-116, del cuaderno de primera instancia.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. En auto de 31 de agosto de 2015, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por el demandante, contra la sentencia de 24 de junio de 2015⁵.

-. Mediante auto de 18 de septiembre de 2015, se ordenó el traslado de alegatos⁶; dentro del término dispuesto para las partes, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-⁷ y la parte demandante⁸ presentaron sus alegaciones.

La primera de las partes solicita, se confirme el fallo de primera instancia, en la denegatoria de las súplicas de la demanda y la declaratoria de legalidad del acto administrativo demandado, toda vez que los porcentajes y rubros en los que fue liquidada la asignación de retiro, fueron dispuestos en acatamiento del ordenamiento jurídico vigente, esto es el Decreto 0609 de 1977.

Por su parte la parte demandante, reitera los argumentos señalados en el recurso de alzada.

-. El señor Agente del Ministerio Público, no rindió concepto alguno⁹.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido

⁵ Folio 5, cuaderno de segunda instancia.

⁶ Folio 16, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folios 25-30, cuaderno de segunda instancia

⁸ Folios 31-34, cuaderno de segunda instancia

⁹ Folio 35, cuaderno de segunda instancia

en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la Litis, la controversia jurídica en este proceso consiste en determinar: ¿Debe reajustarse la asignación de retiro, de la cual goza la señora **AIDA GUZMÁN SIERRA**, con ocasión de la variación porcentual de la prima de actividad, dispuesta por el Decreto 4433 de 2004 y demás normas citadas por la demandante?

2.3.- Análisis de la Sala.

Precedente de la Corte Constitucional en relación con la Constitucionalidad del Artículo 6° de la Ley Marco 923 de 2004, reglamentada por el Decreto 4433 de 2004, objeto de discusión.

La Corte Constitucional en la Sentencia C - 924 del 6 de septiembre de 2005, por medio de la cual declaró exequible el artículo 6° de la Ley marco 923 de 2004, la cual a su vez fue reglamentada, respecto al régimen pensional y asignación de retiro por el citado decreto 4433 de 2004, referente a la vigencia del régimen pensional en el tiempo y su relación con el principio de igualdad, para las personas que habían consolidado derechos, en vigencia de regímenes anteriores, señaló:

“La inconstitucionalidad que se propone por el actor se orienta a que se declare que, por un imperativo del principio constitucional de igualdad, los integrantes de la fuerza pública o sus beneficiarios cuya situación jurídica estaba vinculada al régimen pensional previo a la Ley 923 de 2004, tienen derecho de acceder a la pensión en las condiciones en ella previstas. Sin embargo esa apreciación es equivocada, puesto que entre los dos conjuntos de sujetos entre los cuales se plantea la comparación hay una diferencia en las circunstancias fácticas que tiene consecuencias jurídicas. El momento en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable. Se trata, por consiguiente, de

conjuntos de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente. Quienes con anterioridad a la promulgación de la Ley 923 de 2004 hubiesen perdido parcialmente su capacidad laboral por actos de misión del servicio o en simple actividad, tenían, para el momento en el que la nueva ley empezó a regir, una situación jurídica consolidada, la cual no puede verse afectada por leyes posteriores. En principio ello significa que tal situación no puede ser desconocida, ni desmejorada por la nueva normatividad, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos". (...)

"El problema de constitucionalidad que plantea la demanda remite a la fecha a partir de la cual se dispuso sería aplicable el nuevo régimen que se expidiese con base en la Ley 923 de 2004 en materia de pensiones de invalidez y sobrevivencia de los miembros de la fuerza pública. Tal como se ha señalado, es posible que una ley tenga efectos retroactivos, pero siempre y cuando de ello no se deriven consecuencias lesivas para sus destinatarios. El mandato del artículo 48 de la Constitución sobre el carácter progresivo de la seguridad social, comporta que, el Estado, en la medida de lo posible, debe, no sólo ampliar la cobertura de los servicios, sino avanzar en el contenido y en la calidad de las prestaciones. En ese contexto, mientras no se trate de limitaciones que comporten retrocesos, para cuyo establecimiento se requiere la presencia de muy especiales condiciones y de una carga argumentativa muy sólida, es posible que por consideraciones presupuestales, determinados beneficios de contenido prestacional no se apliquen en un momento dado a todos aquellos que podrían considerarse como potenciales beneficiarios de los mismos. El límite en tales eventos estaría dado por la estimación más o menos ajustada del margen presupuestal disponible, condición que ahora viene impuesta por la legislación de presupuesto. De este modo, no resulta contrario al principio de igualdad que el legislador al establecer un efecto retroactivo para las condiciones previstas en la Ley 923 de 2004 para el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad, haya fijado para el efecto como fecha de corte, el siete de agosto de 2002. Por otra parte, como quiera que el régimen

prestacional anterior a la vigencia de la norma demandada contemplaba mecanismos de protección para los eventos de invalidez y muerte de los miembros de la fuerza pública, que no pueden considerarse per se contrarios a la Constitución, tampoco puede señalarse que al no disponerse un efecto retroactivo ilimitado para la nueva legislación se haya incurrido en violación de los derechos fundamentales a la salud o a la familia de las personas afectadas.”

Del anterior lineamiento jurisprudencial se deduce, que en casos como el puesto en conocimiento, no existe vulneración del principio de igualdad, porque se está en presencia de un conjunto de personas, sometidas a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al **régimen pensional vigente en el momento en el que adquirieron el status.**

La inclusión de la prima de actividad, como factor de cómputo en la asignación de retiro. Caso concreto.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que el señor **GUSTAVO GUZMÁN TOVAR**, mediante **Resolución No. 3064 de julio 11 de 1980**, le fue reconocida su asignación de retiro de la Policía Nacional, al estar vinculado al servicio, durante 21 años, 3 meses y 21 días¹⁰; así mismo, teniendo en cuenta la fecha en que fue reconocida la asignación de retiro, la misma se liquidó conforme al Decreto 0609 de 1977.

Posteriormente, dicha asignación fue sustituida a la señora **AIDA GUZMÁN SIERRA**¹¹.

Es de resaltar, que para liquidar la pensión, se tuvo en cuenta el 74% del sueldo básico y las partidas legalmente computables, incluido el 15% de la prima de actividad, la cual es considerada como factor de

¹⁰ Folios 12-13 Cuad. de 1ra Insta; Folios 5-6 Cuad. de pruebas.

¹¹ Pese a que en el expediente no hay documentación que verifique ello, tal supuesto puede inferirse de los extremos de la Litis, para lo cual el ente demandado, en ningún momento objeta tal reconocimiento. A más de lo anotado en el acto demandado, en donde se reconoce la condición alegada en este asunto.

cómputo, en las asignaciones de actividad de la Fuerza Pública, desde el artículo 4° del Decreto Extraordinario 188 de 1968.

Luego, a partir de lo señalado en el artículo 52° del Decreto 2340 de 1971, se estableció para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, una prima de actividad del 15% del sueldo básico correspondiente.

Posteriormente se expidió el Decreto 2063 de 1984, el cual dispuso respecto del cómputo de la prima de actividad, lo siguiente:

“ARTÍCULO 99, Decreto 2063 de 1984. CÓMPUTO DE PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

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

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

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

El anterior decreto, fue derogado por el Artículo 1799 del Decreto 97 de 1989.

Seguidamente, el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, fijó la prima de actividad para los Agentes en servicio activo, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 30. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco

por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido”.

A su vez, el artículo 101 del citado Decreto 1213 de 1990, estableció, una nueva forma, de liquidación de la prima de actividad, para los agentes en servicio activo, que se retiren a partir de la fecha del citado Decreto, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 101. CÓMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.”

Y el artículo 102 del Decreto 1213 de 1990, determinó de manera expresa, que los agentes retirados antes del 24 de agosto de 1984, se les computaría la prima de actividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 ya citado.

Con posterioridad, se expidió la Ley marco 923 de 2004, la cual a su vez fue reglamentada respecto al régimen pensional y asignación de retiro por el Decreto 4433 de 2004, el cual dispone:

“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 6o 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.

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.

PARAGRAFO 1o. 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..."

Establecido lo anterior y que en el presente caso, la controversia radica en que el demandante, afirma tener derecho al reajuste de la prima de actividad, en los términos previstos en los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 y 2863 de 2007, este último, por demás aplicable a oficiales y suboficiales, que no agentes, por ende, la reliquidación de su asignación de retiro, por tratarse de un factor de liquidación, es decir, solicita el reajuste del 45% al 74% de esta prima.

Nótese de entrada, que la norma alegada por el demandante (Decreto 4433 de 2004), no estableció para la prima de actividad, como factor de liquidación de la asignación de retiro, un porcentaje en función del tiempo de servicios prestados, sin embargo, esta variación o modificación en el monto o en el porcentaje de esta partida, para la liquidación de pensiones y asignaciones de retiro, constituye una situación jurídicamente distinta, a los supuestos normativos contemplados en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, a

efecto de que opere el principio de oscilación, en la forma como lo señala la norma, cuyo tenor literal es el siguiente:

“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”.*

Así pues, en los citados artículos del Decreto 4433 de 2004, no se contempla, un aumento en las asignaciones de actividad para cada grado de integrantes de la Policía Nacional, sino que varió el factor de liquidación (entre ellos la prima de actividad), pero para determinar, a partir de la vigencia del Decreto, el monto de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia de dicho personal.

De otra parte, sostiene la demandante, que en aplicación del principio de Oscilación, es posible que la modificación que introdujo el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, sobre el cómputo de la prima de actividad, para la liquidación de la asignación de retiro, se haga extensiva a quienes ya les fue reconocida su asignación de retiro. No obstante, en éste caso, no se evidencia que el reajuste de la asignación de retiro solicitada, tenga como fundamento un incremento en la prima de actividad del personal activo, que es el presupuesto que consagra el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, para que proceda la aplicación del principio de oscilación.

Se reitera, por tanto, que no se trata en este caso, de la existencia de un aumento en el porcentaje de la prima de actividad que percibe el personal activo de la Policía Nacional, para que el mismo se refleje (en aplicación del principio de oscilación), en un incremento de la asignación de retiro reconocida al demandante, motivo por el cual, no es cierto lo expuesto en la demanda, respecto a que a partir de la expedición del Decreto 4433 de 2004, se dispuso para el personal de

Agentes de la Policía, un incremento en la prima de actividad con efectos en la asignación de retiro, en los términos pedidos.

Las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, aplican para la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional, que ingrese al escalafón, a partir de la fecha de entrada de su vigencia, siendo importante resaltar, que el artículo 45 señala, que rige a partir de la fecha de su publicación, esto es, el 31 de diciembre de 2004, luego sus efectos no podrían aplicarse de manera retroactiva, al mes de julio de 1980, fecha en que fuera reconocida al señor GUSTAVO GUZMÁN TOVAR, la asignación de retiro.

Respecto de la vigencia de este mismo decreto, el Consejo de Estado, ha señalado que: “[...] *Para la Sala es claro que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia...*”¹², lo que no es del caso.

Esto en tanto, el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, es una situación definida y consolidada conforme a normas anteriores a la vigencia del Decreto 4433 de 2004, cuyos efectos no son retroactivos, sin que pueda entenderse la afectación de un derecho adquirido, pues, precisamente, esta prestación le fue reconocida bajo las normas vigentes para la época de su causación, derecho que ha sido respetado con la expedición de normas posteriores.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en las razones expuestas para confirmar, un fallo de primera instancia, que negó el reajuste de la prima de actividad y la reliquidación de la asignación de retiro, deja

¹² Consejo de Estado –Sección Segunda, Sentencia del 21 de agosto de 2008, radicación 0663-08, C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

entrevener en su pronunciamiento, la aplicación de la norma vigente a la fecha de causación de esta prestación, así:

“El problema jurídico consiste en definir si la demandante, en su calidad de Mayor ® de la Policía Nacional, tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro incluyendo lo devengado por concepto de Prima para Oficiales de los Servicios y la totalidad de lo percibido por Prima de Actividad, es decir, el 33% del sueldo mensual y no el 25%, como lo liquidó la entidad demandada.”(...)

“La Prima de Actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, 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.

Como la demandante prestó sus servicios a la entidad demandada durante 20 años, 6 meses y 16 días, tenía derecho a que se le computara el 25% de prima de actividad en su asignación de retiro.

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 096 de 1989, debido a que la fecha de retiro de la actora, 15 de mayo de 1990, 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 aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 5259 de 8 de noviembre de 1990 (fl. 91)

Así las cosas, estima la Sala que la 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.”¹³

En conclusión, a la demandante, no le asiste el derecho a la reliquidación de la prima de actividad como factor de liquidación, que fue tenido en cuenta al momento del reconocimiento de su asignación de retiro.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub sección "B". Sentencia del 16 de abril de 2009. C. P. DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Ref.: Expediente N°250002325000200210194 01. N° INTERNO 2137-2007. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: BLANCA LUZ RESTREPO CÓRDOBA.

Frente a la aplicación del Decreto 2863 de 2007, además de lo ya anotado, esto es, que aplica para oficiales y suboficiales, el dicho de la demandante decae, en tanto, tal y como se señala en el acto administrativo demandado, se le ha incrementado la prima de actividad, sin que exista prueba de que tal cosa no hubiese ocurrido.

Es pertinente resaltar, que una posición disímil a la antes señalada, contravendría el principio de inescindibilidad de la norma, el cual, como lo ha desarrollado la jurisprudencia contenciosa administrativa, secunda al principio de favorabilidad¹⁴.

Inclusive, una valoración limitada a las concepciones del último de los principios, llevaría en asumir, obligatoriamente, uno de los regímenes del que se predica su aplicación, situación jurídica que podría llegar a desestimar, las ventajas propias y específicas de cualesquiera de los regímenes en disputa, considerándose, por ello, la negativa del cargo soportado en la aplicación de la norma más favorable.

En lo que atañe a la aplicación del principio de oscilación, el cual *“consiste en tomar en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado, para de esta manera calcular el monto de las asignaciones de retiro”*¹⁵, el mismo se suscita de cara a la aplicación porcentual que se refuta en el régimen pensional de manera independiente y particular, encontrando que las razones expuestas en acápites precedentes,

¹⁴ Ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Expediente con radicación interna 1371-07. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, donde se advirtió: *“No obstante, al principio de favorabilidad aplicado por el a quo le secunda el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro...”*

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 27 de agosto de 2009. Expediente con radicación interna 2003-08. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

también dan lugar a desestimar la apreciación esbozada por la actora en este sentido¹⁶.

De esta manera, en resumen de lo dicho, este Tribunal considera, que existen razones más que suficientes, para confirmar la decisión de primera instancia, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

3.- Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto y entendido en la parte motiva de esta providencia.

¹⁶ El Art. 4 del Decreto 2863 de 2007, refirma esta posición:

*“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**”.*

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 00177/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ