



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-008-2016-00188-01
DEMANDANTE:	LUÍS ALFREDO ALEAN MEJÍA
DEMANDADO:	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 el demandante contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **LUÍS ALFREDO ALEAN MEJÍA**, 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° 10789/GAG-SDP del 7 de julio de 2015, mediante el cual, la entidad demandada negó la reliquidación y pago con mayor porcentaje y en forma permanente de la asignación de retiro del demandante con inclusión del aumento del 30% de la prima de

¹ Folio 1 del cuaderno de primera instancia.

actividad, desconociendo la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita, se disponga el reconocimiento, reajuste e indexación, reliquidación y pago retroactivo, con el mayor porcentaje de la asignación de retiro, por concepto del reconocimiento del aumento del 30% de la prima de actividad a partir del 1º de enero de 2005; se paguen los intereses moratorios sobre los dineros provenientes de dicho reconocimiento, a partir de la ejecutoria de la sentencia.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), mediante Resolución No. 5456 de octubre 19 de 1994, reconoció al señor Agente (r) LUÍS ALFREDO ALEAN MEJÍA, el 20% de la prima de actividad en la asignación de retiro, adeudándole un 30% acorde con lo establecido en la Ley 923 de 2004.

Posteriormente, el mencionado agente (r), solicitó a CASUR el reconocimiento y pago del retroactivo de la prima de actividad, desde el 30 diciembre del año 2004, así como la indexación en forma permanente y el porcentaje del 30%, en los valores de la asignación de retiro.

La entidad demandada, mediante Oficio No. 10789/GAG-SDP del 7 de julio de 2015, negó lo antes solicitado.

Señaló el accionante, que se prevé una violación de los Arts. 4, 13, 46, 48 parágrafo 2 y 53 de la C. P.; Arts. 30, 100, 201, 102 y 110 del Decreto 1213 de 1990; artículo 5 de la Ley 57 de 1887; Ley 153 de 1987; Arts. 1, 2, 2.4 y 3.13 de la Ley 923 de 2004; Decreto 4433 de 2004; art. 34 de la Ley 2 de 1945; Art. 21 del C.S.T., Art. 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007; Decreto 2070 de 2003; Sentencia C- 432 de mayo 6 de 2004; Sentencia T-432 de junio 25 de 1992; y

² Folio 2 del cuaderno de primera instancia.

Sentencia C-387 del 1º de septiembre de 1994; 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 demanda³:

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", se opuso a las pretensiones de la demanda, en razón a que no existía fundamento jurídico que señalara un reconocimiento del 50% de la prima de actividad a algún Agente de la Policía Nacional.

Indicó, que el Decreto 2863 de 2007 estableció el reajuste del 50% de lo que venía devengando, únicamente, al personal de Oficiales y Suboficiales y esa calidad, no la ostentaba el actor; además, la entidad no tenía facultad para expedir normas que regularan aumentos de sueldo del personal de la Policía Nacional o reajustes de las asignaciones de retiro.

Anotó, que al actor se le reconoció la asignación de retiro en vigencia del Decreto 1213/1990, el cual contemplaba un 20% en la prima de actividad; luego entonces, no existía fundamento para acceder a sus pretensiones.

Sostuvo, que el Decreto 4433 de 2004, precisó en su artículo 45, que su vigencia comenzaba a partir de la fecha de su publicación (31 de diciembre de 2004), por lo que mal podría pretenderse su aplicación retroactiva, so pretexto de guardar una igualdad entre los retirados con posterioridad a dicha fecha y aquellos que como el aquí demandante, ya habían consolidado la prestación.

Así entonces, afirmó, que no era de recibo el argumento según el cual, en virtud del principio de oscilación, al actor debía liquidársele la asignación de retiro con base en el artículo 30 del decreto 1213 de 1990, pues, sumado al hecho de que en él se regula la prima de actividad del personal en

³ Folios 48 - 58, cuaderno de primera instancia.

actividad, la aplicación de aquél principio, presuponía la existencia de una norma posterior, que variara, precisamente, el porcentaje reconocido como prima de actividad de dicho personal, hipótesis que no tuvo lugar con ocasión del Decreto 4433 de 2004.

Propuso las excepciones denominadas: cobro de lo no debido, inexistencia del derecho – y falta de fundamento jurídico de las pretensiones.

1.3.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 19 de enero de 2017, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el reconocimiento de la asignación de retiro se ajustó a la normatividad vigente (Decreto 0613/77), teniendo como factor de computo el 20% de la prima de actividad, pues, no se le aplicaba lo establecido en el Decreto 2668 de 2007, ya que este era para Oficiales y Suboficiales y el demandante tenía el grado de Agente, resultando que la prima de actividad surgía en razón del grado de jerarquía.

Indicó, que el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establecía claramente quienes eran los beneficiarios de dicha norma, es decir, delimitaba su aplicación a los miembros de la Policía Nacional que a partir de su vigencia, fueran retirados del servicio, estableciendo igualmente una graduación. Pero por otra parte, también hacía referencia a los retirados antes del 17 de diciembre de 1968, dejando incólume su régimen; pero no así, para los retirados dentro de 1968 (sic) y la entrada en vigencia del nuevo decreto, a quienes no podría predicárseles la aplicación del nuevo sistema porque la norma no lo decía.

Señaló, que a pesar que el decreto en cuestión hablaba del principio de oscilación de la asignación de retiro y de la pensión (art. 42 del Decreto 4433/04), se refería era a las nuevas asignaciones y pensiones que surgieran de dicho decreto. Y anotó, que no era posible interpretar el principio de

⁴ Folios 90 - 97, cuaderno de primera instancia.

oscilación como aquel que permitía modificar los derechos reconocidos bajo la vigencia de una norma, por el nuevo sistema establecido en otra norma posterior, sin que existiere orden de esta nueva norma, pues, chocaría con la seguridad jurídica que garantizaba los derechos adquiridos.

Afirmó, que no era posible modificar situaciones jurídicas consolidadas, salvo expreso mandato legal, pues, los derechos reconocidos bajo el imperio de una ley, no podrían ser modificadas con el concurso de la norma, pues, sería darle un efecto retroactivo y esto solo era posible cuando expresamente en ella se estableciera.

Finalmente manifestó, que la administración pública dio aplicación a las normas vigentes para el reconocimiento de la asignación de retiro del actor y que no compartía la tesis del actor, sobre la violación al derecho a la igualdad, porque si bien los Agentes de la Policía eran la gran mayoría de la Fuerza Policiaca, quienes desarrollaban mucho trabajo físico, también era cierto, que como organización, existían grados de jerarquía que implicaban mayor preparación, desarrollo intelectual y más responsabilidad; por ende, se establecían distinciones dentro de los diferentes grados de mando, tanto en la remuneración salarial, como prestacional; es decir, no se encontraban en unas mismas condiciones, pues, tal como lo exponía el actor, ello sería tanto como una igualdad absoluta y debía recordarse, que tal principio involucraba la igualdad entre iguales y la distinción entre diferentes.

1.4.- El recurso⁵.

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

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, solicitando se tuviera en cuenta la jurisprudencia citada y las normas legales enunciadas en ella, para aplicar el porcentaje del 50%, como prima de actividad en su asignación de retiro.

⁵ Folios 102 - 108, del cuaderno de primera instancia.

Manifestó, que a lo largo de toda la reglamentación, que cobijan los derechos de los miembros de la Fuerza Pública, se había respetado el principio de oscilación para los Agentes de la Policía Nacional, tal y como aparece en los Decretos 2340 de 1971, 613 de 1977, 2062 de 1984, 0096 de 1989, en donde, en estos dos últimos decretos, se incorporó la prima de actividad como base de liquidación de la asignación de retiro.

Hizo mención al artículo 13 de la Constitución Política, señalando que este hacía referencia a personas y no a grados y jerarquías y si se aplicaban los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2004, a favor de los Oficiales y Suboficiales, se estaría discriminado a los Agentes de la Policía Nacional y quebrantando esta norma constitucional.

Insistió, en que se le reconociera la prima de actividad tal como lo establecía el artículo 1º de la Ley 923 de 2004; y se le aplicara igualmente, el artículo 2.1 de dicha normatividad, que hacía alusión a los derechos adquiridos.

Finalmente solicitó, no se le condenara en costas a las partes, pues, habían actuado con diligencia y sosteniendo sus propias tesis conforme a derecho.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- En auto de 3 de abril de 2017, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por el demandante, contra la sentencia de 19 de enero de 2017⁶.
- Mediante auto de 8 de mayo de 2017, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

- El demandante⁸, presentó sus alegaciones, en el sentido que se le diera aplicabilidad al principio de favorabilidad, pues, de lo contrario se le desconocería un derecho consagrado en la Constitución y en la Ley 923 de 2004.

Señaló, que existía un conflicto entre la Constitución Política (artículo 4) y los Decretos 4433 y 2863 de 2004, ya que la entidad demandada, no tuvo en cuenta la norma más favorable que se le debió aplicar al actor, con base en el artículo 13 de la Carta Magna, toda vez, que el Decreto 2863 de 2007, excluyó en el aumento de la prima de actividad, a los agentes pensionados para la época.

Arguyó el actor, que no se acató el artículo 53 de la Constitución Nacional, como quiera que al momento de retirarse al personal de la Fuerza Pública y recibir su asignación de retiro, tanto Oficiales como Suboficiales y también los Agentes de la Policía, quedaban en igualdad de condiciones, puesto, que ya no eran activos y el Decreto 2863, excluyó a los Agentes de la Policía del aumento de la prima de actividad.

Sostuvo, que las asignaciones de retiro según el principio de oscilación, debían ser incrementadas en la misma proporción en la que se aumentaban la de los activos; por lo que si se aumentaban los sueldos que devengaban los miembros de la Fuerza Pública activos, también se aumentarían en la misma proporción la de los pensionados, exclusión que se hizo cuando se promulgó el Decreto 2863 de 2007, que fue derogado por el Decreto 673 de 2008, quedando únicamente vigente el artículo 4 del mismo.

- La parte demandada Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR⁹, presentó sus alegaciones señalando, que a la fecha en que entraron en vigencia los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, el titular Alean Mejía, ostentaba la calidad de retirado; así mismo, el Decreto 2863 de 2007, estableció el reajuste del 50% de lo devengando, únicamente para el

⁸ Folios 28 - 30, cuaderno de segunda instancia

⁹ Folios 13 - 19, cuaderno de segunda instancia

personal de oficiales y suboficiales y esta calidad no la ostentaba el actor, además la entidad, no tenía la facultad legislativa para expedir normas que regularan aumentos de sueldo del personal de la Policía Nacional o reajustes de las asignaciones de retiro.

Arguyó, que la pretensión del actor devenía improcedente, pues, el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro y en general, todas las prestaciones periódicas de término indefinido, se regían por la normativa vigente, al tiempo en que ocurría el retiro del servicio, es decir, que para el caso del señor Alean Mejía, lo fue el Decreto 1213 de 1990.

Resaltó, que el Decreto 4433 de 2004 precisó en su artículo 45, que su vigencia comenzaba a partir de la fecha de su publicación (31 de diciembre de 2004), hacia el futuro, por lo que mal podía pretenderse su aplicación retroactiva, so pretexto de guardar una igualdad, que no era tal entre los retirados, con posterioridad a dicha fecha y aquellos que ya habían consolidado la prestación.

Así, no tenía recibo el argumento según el cual, en virtud del principio de oscilación, al actor debía liquidarse la asignación de su retiro con base en normas posteriores, además, la aplicación de dicho principio presuponía la existencia de una norma posterior, que varíe precisamente el porcentaje reconocido como prima de actividad de dicho personal, hipótesis que no tuvo lugar con ocasión del citado decreto.

De igual forma indicó, que no se vulneraba el derecho a la igualdad por falta de aplicación del Decreto 4433 de 2004, frente a situaciones consolidadas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, porque se trataba de situaciones resueltas conforme al régimen pensional vigente, a la fecha en el que se adquirió el status de retirado.

- El Agente del Ministerio Público, no emitió concepto en esta instancia procesal.

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 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 el señor **LUIS ALFREDO ALEAN MEJÍA**, con ocasión de la variación porcentual de la prima de actividad, derivada de los distintos cambios normativos que la misma ha sufrido?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. La prima de actividad de los miembros de las Fuerzas Militares a partir de 1990.

Los Decretos 1211 de 1990, artículo 84, 1212 de 1990, artículo 68, 1213, artículo 30 y 1214 de 1990, artículo 38, previeron la prima de actividad, no solamente para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, sino también, para los integrantes de las Fuerzas Militares, para los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, así:

“Decreto 1211 de 1990 (...) Artículo 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Decreto 1212 de 1990 (...) 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.

Decreto 1213 de 1990 (...) 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.

Decreto 1214 de 1990 (...) Artículo 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”.

Posteriormente, se sancionó 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. ...”

Así mismo, el artículo 3º de la precitada ley, señala, 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, tendrá 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”.

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 la asignación de retiro se liquidaría en adelante, sobre las siguientes partidas:

“Artículo 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

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 asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”.

Y sobre el tema de la oscilación, se dispuso en su artículo 42 lo 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.*

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.” (Resaltado fuera de texto)

Así entonces, se tiene que las asignaciones de retiro se reajustan teniendo en cuenta el principio de oscilación; es decir, que su incremento se realizará atendiendo el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones, para quienes se encuentran en servicio activo, dependiendo de cada grado. Con lo anterior, se 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.

Respecto del principio de oscilación, el Consejo de Estado ha señalado que las prestaciones de retiro 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, así se dijo (ad litteran):

“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”¹⁰

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 8 de mayo de 2008, Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02003-01(0932-07), Actor: Jaime Antonio Manjarrez Gutiérrez.

De igual forma, se abrió a la posibilidad a través de la expedición del Decreto Ley 2863 de 2007, *"Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones"* a través de sus artículos 2 y 4, que el personal de las Fuerzas Militares, tuvieran un incremento en la prima de actividad, en los siguientes términos:

"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".*

De tal suerte, que hay que comprender que con esta norma el Gobierno Nacional lo que pretendió, fue dar un tratamiento excepcional mediante este Decreto, en lo referente a los retirados con anterioridad al 2007, a título de compensación y con efectos retroactivos, para de alguna manera retribuir los desfases entre lo devengado por concepto de prima de actividad en servicio activo y el porcentaje reconocido en la respectiva pensión o asignación de retiro, a partir de julio de 2007.

2.3.2. 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.

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.**

2.3.3. 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 **LUÍS ALFREDO ALEAN MEJÍA**, mediante **Resolución No. 1501 de mayo 8 de 2000**, le fue reconocida su asignación de retiro de la Policía Nacional, al estar vinculado como Agente durante 21 años, 4 meses y 18 días a la Institución¹¹; así mismo, teniendo en cuenta la fecha en que fue reconocida la asignación de retiro, la misma se liquidó conforme al Decreto 1213 de 1990, vigente para entonces.

Es de resaltar, que uno de los factores que se tuvo en cuenta en dicho acto administrativo para liquidar la pensión, fue la Prima de Actividad (folio 17), la cual es considerada como factor de cómputo, en las asignaciones de actividad de la Fuerza Pública, desde el artículo 4° del Decreto Extraordinario 188 de 1968; la cual, para el caso en estudio y de acuerdo a lo expresado a folios 15- 17 del expediente, le fue reconocida en su asignación de retiro en el porcentaje del 20%,

Y es que 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".

Así mismo, 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:

¹¹ Folio 14 del C.1.

“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.”

Posteriormente, 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 60 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.

PARÁGRAFO 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.

“...”

2.4. Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, se determina, que se dio cumplimiento al Decreto 1213 de 1990, tal como se verifica con la resolución que reconoció y ordenó el pago de una asignación mensual de retiro, sin que se demostrase el no incremento, dispuesto en las reglas señaladas. Por el contrario, la respuesta contenida en el oficio demandado, indica que tales incrementos, si fueron efectuados.

Sin embargo, el demandante, afirma tener derecho al reajuste de la prima de actividad, por ende, la reliquidación de su asignación de retiro, por tratarse de un factor de liquidación; es decir, solicita el reajuste del 20% al 50% de esta prima, citando lo previsto en la Ley 923 de 2004 y los Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007.

En cuanto al Decreto 4433 de 2004, se tiene, que 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 el 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.

Ahora bien, 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.

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.

Frente a la aplicación del Decreto 2863 de 2007, se señala, que el mismo, tampoco le es aplicable al demandante, como quiera que es un Agente de la Policía retirado del servicio antes de la entrada en vigencia de dicho decreto (1 de julio de 2007); además, que no existe norma que autorice el incremento solicitado hasta un 50%, tal y como se presenta para los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza pública.

Es de anotarse, que como la demanda y la fijación del litigio, no consideraron la aplicación del Decreto 1515 de 2007, el incremento de que trata el artículo 2 del Decreto 2863, que aparentemente modifica el artículo 32 del mencionado decreto 1515, bajo el sino del principio de oscilación, no puede ser estudiado, pues, se trataría de cargo nuevo, no sometido a debate.

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

En ese orden, es claro para la Sala, que el derecho del actor se consolidó en vigencia del Decreto 1213 de 1990, por lo que conforme a los anteriores argumentos, a la parte accionante no le son aplicables la Ley 923 de 2004 y los Decreto 4433 de 2004 y 2863 de 2007, dado que son normas expedidas con posterioridad, a la consolidación de su derecho, sin que haya lugar a la aplicación de la retroactividad, por ser un fenómeno jurídico diferente, ni a la favorabilidad, dado que 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, de ahí que pueda afirmarse, que la parte accionante, no desvirtuó la presunción de legalidad que enviste el acto administrativo demandado.

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”*¹³, el mismo se suscita de cara a la aplicación porcentual que se refuta en el régimen pensional de manera independiente y particular -en este caso el consignado en el Decreto 1213 de 1990-, encontrando que las razones expuestas en acápites precedentes, también dan lugar a desestimar la apreciación esbozada por el actor en este sentido.

Y en punto de la posible aplicación del decreto 1515 de 2007, ya se señaló que tal debate no se dio en este proceso, por lo que mal se haría en considerarlo.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad aseverada por la condena en costas, esta Colegiatura observa, que tal imposición fue asumida por la juez de instancia atendiendo al régimen objetivo preceptuado por el Art. 188 del CPACA¹⁴, siendo así, tales disquisiciones, no resultan de recibo, pues,

¹³ 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.

¹⁴ Al respecto este Tribunal ha tenido la oportunidad de referirse sobre el tema, por lo que se puede acudir entre otras, a la sentencia proferida el 30 de octubre de 2014. Expediente 2013-00171-01. M. P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

finalmente el enunciado aplicado, corresponde al que pierde paga costas, sin entrar a considerar las eventualidades procesales que se hayan presentado.

De esta manera y en resumen de lo dicho, este Tribunal considera, que existen razones más que suficientes para confirmar la decisión de primera instancia, que denegó 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 Primera 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 19 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto y entendido en la parte motiva de esta providencia.

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. 0125/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA