

Cartagena de Indias D.T y C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2017-00236-01
Demandante	TEOBALDO SARMIENTO CARMONA
Demandado	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL
Tema	<i>Reajuste asignación de retiro por aumento del porcentaje de la prima de actividad – aplicación del Decreto Ley 2070 de 2003 – fecha de consolidación del derecho a la asignación de retiro - efectos de las sentencias de constitucionalidad</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 9 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folios 12-25

13-001-33-33-011-2017-00236-01

"1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios identificados con los No. E-00003-201713827-CASUR Id.243627 del 05 de julio de 2017 y 2240/GAG-SDP18 de Febrero de 2014, emanados de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, por los cuales se negó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste de la asignación de retiro de mi mandante y el pago del retroactivos, resultantes de la diferencia económica dejada de percibir, con su respectiva indexación que en derecho corresponda existente entre lo pagado y lo dejado de cancelar a mi poderdante, en virtud al incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD conforme a lo establecido en el Decreto 2070 de 2003.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condenen a la entidad demandada a título d restablecimiento del derecho, a REAJUSTAR y PAGAR LA asignación mensual de retiro a que tiene derecho el actor con la inclusión de la totalidad de la PRIMA DE ACTIVIDAD, conforme al artículo 24 del Decreto 2070 de 2003.

3. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la entidad demandada a pagarle al actor el retroactivo de las sumas dejadas de percibir, desde la fecha en que se le reconoció la asignación mensual o desde cuando produzca efectos fiscales, según la reclamación del demandante y hasta la fecha en que se incluya en la nómina.

4. Que la entidad accionada RECONOZCA Y PAGUE INDEXADO LOS VALORES que corresponda a partir de la fecha en que se reconoció la asignación de retiro de mi representado, actualizándolos a valor presente de acuerdo a la fórmula establecida en reiteradas jurisprudencias por el Honorable Consejo de Estado.

$$R=RH \text{ ÍNDICE FINAL} \div \text{ÍNDICE INICIAL}$$

5. Las sumas a que sean reconocidas a mi poderdante deberán ser indexadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A, tomando como base el índice de Precios al Consumidor I.P.C., certificado por el DANE, más los intereses comerciales moratorios a que hubiese lugar (Art.177) y en los términos del artículo 176 ibidem, modificados por los artículos 187,192 de la ley 1437 de 2011.

6. Que se condene en costas y agencias en derecho al demandado."

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

3.1.2 Hechos⁴

El señor Teobaldo Sarmiento Carmona, ingresó a la Policía Nacional como agente alumno el 01 de agosto de 1983 y fue retirado del servicio el 26 de diciembre de 2004(sic) mediante la Resolución 2881, de esa misma fecha.

³ Folio 12-13

⁴ Folio 13-14

13-001-33-33-011-2017-00236-01

Mediante Resolución No. 03409 del 06 de julio de 2004 la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR, le reconoció asignación mensual de retiro al demandante, de igual manera, le reconoció la PRIMA DE ACTIVIDAD en cuantía equivalente al 20% del sueldo básico.

Esboza que, a la fecha de retiro del actor, es decir el 26 de febrero de 2004 se encontraba vigente el Decreto Ley 2070 de 2003, el cual fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004.

El demandante, solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actividad, el 12 de diciembre de 2013 mediante escrito bajo radicado 20131009975, en los términos del Decreto Ley 2070 de 2003.

El día 30 de junio de 2017, el demandante nuevamente radicó derecho de petición, solicitando reconocimiento y pago de la totalidad de la prima de actividad, su respectivo retroactivo, con fundamento en el Decreto Ley 2070 de 2003, por cuanto era la norma vigente aplicable a la fecha en que adquirió la calidad de retirado, esto es el 26 de febrero de 2004, y no la fecha en la que se le reconoció la asignación por parte de CASUR.

La demandada, dio respuesta negativa a los mencionados derechos de petición a través de los oficios No. E-00003-201713827-CASUR Id.243627 del 05 de julio de 2017 y 2240/GAG-SDP 18 de febrero de 2014, señalando la demandada que no se le adecuaba valor alguno a mi mandante por cuanto el Decreto Ley 2070 de 2003, había empezado a regir desde su publicación, fecha para la cual el titular ya ostentaban la calidad de retirado, siendo aplicable para el caso concreto el Decreto 1213 de 1990.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas se invocaron las siguientes: Constitución Política artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58, 217, 218; Ley 2º de 1945, Decreto 1211 de 1990, Decreto 1212 de 1990, Decreto 1213 de 1990, Ley 797 de 2003 y su Decreto reglamentario 2070 del 2003, Ley 4ª de 1992.

En síntesis, la parte demandante señala que, CREMIL al dar una respuesta desfavorable a su solicitud de reajuste, estaría contrariando los preceptos constitucionales de la Carta Magna, debido a que, la misma hace referencia a una aplicación de la norma acorde a las necesidades del individuo, respetando sus derechos fundamentales y buscando la favorabilidad de la norma, es por

13-001-33-33-011-2017-00236-01

ello que, en asunto bajo estudio se debió aplicar el artículo 24 del Decreto Ley 2070 de 2003 el cual se encontraba vigente a la fecha de retiro del accionante y no la 1213 de 1990 que le otorga un beneficio mucho menor comparado con la precitada norma por concepto de prima de actividad.

Argumenta, que la decisión enjuiciada violenta el derecho a la igualdad, toda vez que discrimina a algunos agentes de la Policía Nacional a quienes se les niega el derecho al reconocimiento de la prima de actividad; además, vulnera el derecho a la seguridad social, el cual es irrenunciable, y el principio de favorabilidad en materia laboral.

Sostiene que el actor cuenta con unos derechos adquiridos que no pueden ser desconocidos, toda vez que adquirió el derecho a la pensión el 26 de febrero de 2004, cuando fue retirado del servicio; y, para esa época, la norma vigente era el Decreto Ley 2070 de 2003, por lo que el mismo debió haberse aplicado. Manifiesta que se desconoció el principio de oscilación consagrado en el artículo 42 del Decreto Ley 2070/03, toda vez que a los agentes activos se les reconoce una prima de actividad del 50% del sueldo, mientras que al accionante solo se le tuvo en cuenta el 20% del sueldo.

Así las cosas, bajo el fundamento anterior, el accionante reitera que los actos demandados se encierran viciados de nulidad, y si bien, el Decreto Ley 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de fecha 6 de mayo de 2004, también lo es que dicho Decreto estuvo vigente entre 25 de julio de 2003 al 6 de mayo de 2004, y entre esas fechas el señor Carmona adquirió el status pensional, eso es el 26 de febrero de 2004, lo que en efecto, hace aplicable dicha disposición al poderdante.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR⁵

La entidad demandada manifestó que son ciertos los hechos relatados en la demanda, pero no acepto el hecho 7 en lo relacionado con la aplicación al demandante del Decreto Ley 2070 de 2003. En cuanto a las pretensiones, solicita que sean negadas, por cuanto los porcentajes de los rubros que le fuera liquidada por la demandante fueron realizadas conforme a la normatividad vigente.

⁵ Fol. 36-41 Cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00236-01

Alegó que, tanto el Decreto 1213 de 1990 como el Decreto 4433 de 2004 consagran el principio de oscilación de asignaciones de retiro y pensiones, normatividad que la demandada viene acatando en su integridad, por lo que sostiene que al actor se le liquidó en debida forma de su asignación de retiro y la prima de actividad incluida en ella, pues, contrario a lo que expone en la demanda dicha prestación se encuentra regulada es por el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, que dispone que la misma debe ser reconocida a los agentes de policía en un 20% del salario básico.

Afirma, que el señor Teobaldo no puede estar cobijado por el Decreto Ley 2070 de 2003, porque su status de retirado con derecho a asignación de retiro se dio con posterioridad a la vigencia de la precitada norma, como quiera que la misma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional el 5 de mayo de 2004. Consecuentemente, la liquidación de la asignación de retiro se realizó con fundamento en el Decreto 1213 de 1990 al ser la normatividad vigente para la época de su retiro, por lo que, resulta improcedente su reajuste por la aplicación de una norma posterior que consagra supuestos distintos para su otorgamiento.

Como excepciones de mérito propuso la inexistencia del derecho. Al respecto se resalta que las actuaciones realizadas por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, se ajustan a las normas vigentes aplicables a los pensionados de la Policía Nacional, por cuanto al reconocer los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos Ejecutivos expedido por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social.

Indicando que, en el caso bajo estudio, no se da causal alguna de nulidad de los actos administrativos proferidos y, por el contrario, las actuaciones realizadas por CASUR se ajustan a lo dispuesto por el legislador, respecto al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

3.3 SENTENCIA IMPUGNADA⁶

Por medio de providencia del 9 de julio de 2018, la Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

⁶ Folios 60-66 Cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00236-01

El Juez *A quo* expuso, que no le asiste el derecho que pretende, toda vez que al señor TEOBALDO SARMIENTO no le era aplicable el régimen establecido en el Decreto Ley 2070/03, en atención a que, para la fecha en la que se retiró del servicio activo, la norma en cuestión ya no estaba vigente.

Al respecto explicó que, si bien el demandante cuenta con una fecha de retiro del 26 de febrero de 2004, a partir de la misma comienzan a contar los 3 meses de alta, de que trata el artículo 164 del Decreto 1211/90, los cuales, culminaron el 26 de mayo de 2004; y, según la norma en cita, dicho lapso debe ser entendido como la continuación del periodo en servicio activo para efectos prestacionales. Por otra parte, la sentencia C-432/04 que declaró la inexecutable del Decreto Ley 2070/03, fue expedida el 6 de mayo de 2006, por lo que dicha situación impide la aplicación del decreto en mención al caso del accionante, pues el mismo no se encontraba vigente.

Sostiene que, aunque el demandante manifieste que la sentencia C-432/04 solo tiene efectos a partir de la notificación de la misma (el 1 de junio de 2004), ello no es así, de acuerdo con el pronunciamiento realizado por la corte Constitucional en sentencia T-832/03, en el que se indica que las sentencias de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, más no *inter partes*, por lo que sus efectos son obligatorios, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción alguna. Dicha providencia igualmente expuso, que las sentencias de constitucionalidad rigen hacia futuro y el mismo empieza desde el día siguiente a aquel en el que se toma la decisión.

Afirma que CASUR dio cumplimiento a la ley, toda vez que de las pruebas recaudadas se acreditó que se aplicó en forma correcta lo contemplado en los artículos 100, 101 y sgts, del Decreto 1213 de 1990, es decir, tuvo en cuenta las disposiciones que eran aplicable al retiro del accionante, para efectos del reconocimiento de la prima de actividad, la cual se liquidó en un 20%.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito del 23 de julio de 2018, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que el fallo padece de cuatro errores, así:

⁷ Folio 69-72 Cdno 1

13-001-33-33-011-2017-00236-01

En primer lugar, considera que el actor adquirió el estatus de retirado el 26 de febrero de 2004, y no el 26 de mayo de 2004 como lo expone el Juez de Primera Instancia.

Tampoco acoge la postura de que el Decreto Ley 2070, tuvo vigencia hasta el 6 de mayo de 2004, puesto que, la sentencia derogatoria C-432 del 6 de mayo de 2004 que declaró su inexecuibilidad solo fue notificada el 3 de junio de 2004, por lo que es a partir de esa fecha que el decreto en mención salió del mundo jurídico. Además, el pago efectivo de la asignación de retiro mensual empezó a partir del 26 de mayo de 2004, esto es, antes que fuera notificada por edicto la sentencia antes mencionada, en virtud de lo anterior, considera que, estaría mal negar las pretensiones de la demanda toda vez que al actor le fue reconocida su asignación de retiro después de la declaratoria de inexecuibilidad de la norma en comento.

En segundo lugar, el A quo hace una interpretación indebida del artículo 106 del Decreto 1213 de 1990, puesto que, no se puede considerar que los tres meses de alta son un periodo de servicio activo, cuando todas las codificaciones superiores señalan que solo lo es únicamente para efectos de prestaciones sociales.

En tercer lugar, en la sentencia apelada incurre en una violación directa del artículo 48 de la Constitución Política, el cual consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, al desconocer la fecha en la cual el demandante adquirió y solicitó por voluntad propia el retiro del servicio.

Por último, el proveído impugnado, se aparta del precedente judicial, ya que, el H. Consejo de Estado, ha reiterado que la norma aplicable para el caso de los miembros de la fuerza pública es la vigente al momento que se le notifique el acto administrativo de retiro.

Con base en ello, reitera que la norma aplicable es el Decreto Ley 2070 de 2003, debido a que la derogatoria de la misma fue con posterioridad a la fecha de retiro del señor Teobaldo Sarmiento Carmona.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

Por acta calendada 7 de septiembre de 2018⁸ se repartió el asunto a este Tribunal Administrativo de Bolívar; por lo que, con providencia del 31 de enero

⁸ Folio 3 C. 2 instancia

13-001-33-33-011-2017-00236-01

de 2019⁹, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 10 de junio de 2019¹⁰, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante¹¹, alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación en especial en lo relacionado con la aplicación de las sentencias allí citadas.

3.6.2 La parte demandada no presentó alegatos y El Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico.

La parte recurrente sostiene que la asignación de retiro de la que es titular, debe ser reajustada en cuanto al factor computable denominado prima de actividad aplicando los porcentajes devengados en actividad, en virtud del Decreto Ley 2070 de 2003.

Así las cosas, el problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar y reajustar la asignación de retiro del demandante en la partida computable de PRIMA DE ACTIVIDAD, conforme al Decreto Ley 2070 de 2003?

⁹ Folio 5 C. 2ª instancia

¹⁰ Folio 9 C. 2ª instancia

¹¹ Folio 15-17 Ibídem

Para resolver el interrogante anterior, deberá determinarse lo siguiente:

¿Si durante los tres meses de alta se considera que el agente de la policía nacional está retirado o en servicio activo?

¿Cuáles son los efectos de las sentencias de constitucionalidad, efectos ex tunc (retroactivos)- y efectos ex nunc (hacia el futuro)? Y su aplicación inicia ¿desde el momento en el que se adopta la decisión o desde la ejecutoria de la sentencia?

¿Es aplicable a este caso el precedente del Consejo de Estado frente a la prima de actividad con base en el Decreto Ley 2070 de 2003? Y de ser así ¿Qué efectos tendría sobre la Liquidación de la prima de actividad?

En caso de prosperar las pretensiones de la demanda, deberá determinarse si ¿operó la prescripción de algunas mesadas?

Como respuesta a lo anterior, la Sala sostiene la siguiente,

5.3. Tesis

La Sala REVOCARÁ la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante sí le es aplicable el Decreto Ley 2070 de 2003, teniendo en cuenta que la fecha en la que se consolidó su derecho por el retiro fue en febrero de 2004, cuando aún la norma en mención se encontraba vigente, pues la misma solo fue excluida del mundo jurídico, por la Corte Constitucional, en mayo de 2004, con efectos *ex nunc*. Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado indicando que el régimen aplicable a los militares es aquel vigente a la fecha de su retiro, sin tener en cuenta los 3 meses de alta, como quiera que dicho periodo solo tiene por finalidad la elaboración del expediente prestacional.

Consecuente con lo anterior, es procedente la reliquidación y reajuste su asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta el total de la prima de actividad devengada en servicio activo, toda vez que el Decreto Ley 2070/03, no dispuso un porcentaje especial de reconocimiento de dicha prestación para los agentes de policía retirados, como sí lo hizo el Decreto 1213/90.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

Finalmente, se declarará la prescripción de las asignaciones de retiro anteriores al 30 de junio de 2014, conforme al artículo 43 del Decreto Ley 2070 de 2003.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

5.4. Marco normativo y Jurisprudencial

5.4.1 Marco legal de la prima de actividad

La prima de actividad, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares y de Policía, para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro, de acuerdo con el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

En efecto, la prima de actividad fue creada en virtud de la Ley 131 de 1961, únicamente para los Oficiales, Suboficiales y el personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, la misma se dio en un porcentaje del 30% del sueldo, más un uno y medio por ciento (1 ½ %) por cada año de servicio cumplido en el grado respectivo, sin que excediera del treinta y seis por ciento (36%).

Ahora bien, a través del Decreto 2063 del 24 de agosto de 1984, se estableció que los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que sería equivalente al 30% del sueldo básico, la cual se aumentaría en un 5% por cada 5 años de servicio cumplidos. De igual forma, el artículo 99 de la norma mencionada determinó que los agentes que se retiraran del servicio activo, para efectos de asignación de retiro, tendrían derecho a que se les computara la prima de actividad de la siguiente forma:

- (i) Para agentes con menos de 20 años de servicio, el 15% del sueldo básico;
- (ii) Para agentes entre 20 y 25 años de servicios, el 20% del sueldo básico; y
- (iii) Para agentes con más de 25 años de servicio, el 25% del sueldo básico.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

En ese orden de ideas, la norma en cita consagró el beneficio de la prima de actividad para los agentes de policía en retiro, y el reconocimiento de la misma, dependería del tiempo de servicios prestados por el beneficiario. Ésta norma, fue derogada por el Decreto 097 de 1989, que a su vez, fue reformado por **el Decreto 1213 de 1990**, en su artículo 101¹², que continúa vigente, y que dispuso:

“ARTICULO 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.

ARTÍCULO 100. BASES DE LIQUIDACIÓN. A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

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

c. Prima de antigüedad.

d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 53 de este Decreto.

PARÁGRAFO. Si la bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la Fuerza Pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales y por tanto desaparecerá como bonificación.

(...)

“ARTICULO 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

¹² Debe tenerse en cuenta que los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990 (que regulan las prestaciones de los policías y personal civil del Ministerio de Defensa), también dispusieron regulaciones parecidas para el computo de la prima de actividad, como factor a tener en cuenta para calcular la asignación de retiro.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

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" (Negrillas y subrayas de la Sala)

En lo que se refiere al monto para el reconocimiento de la pensión, el decreto en cita establece lo siguiente:

"ARTICULO 104. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los 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 equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARÁGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Agentes que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

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

Ahora bien, posteriormente, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades concedidas en la Ley 797 de 2003, se expidió el Decreto-Ley 2070 de 2003, en el cual dispuso que, para el reconocimiento de la asignación de retiro, se incluiría como partida computable la prima de actividad. En efecto, a través del referido decreto, se establecieron las normas que introducen una reforma al régimen de pensiones de oficiales, suboficiales y agentes tanto de las fuerzas militares como de los miembros de la policía nacional, de la siguiente manera:

13-001-33-33-011-2017-00236-01

“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 la novedad fiscal 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 devengada.

Por otra parte, el artículo 24 del mencionado decreto, establece los porcentajes en los que se deben reconocer las asignaciones de retiro, dependiendo del tiempo de servicio, así:

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.

Debe resaltarse que el Decreto Ley 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia del C-432 del 6 de mayo de 2004, por vulnerar la reserva de ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, al conferir facultades extraordinarias para

13-001-33-33-011-2017-00236-01

regular el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición del Texto Superior.

Así entonces, en principio, es claro que ante la inexecutable declarada del Decreto Ley 2070 de 2003, cobraban vigencia los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000, conforme a los cuales, los agentes de policía con tiempo de servicio entre 20 y 25 años, tienen derecho a una prima de actividad computable en su asignación de retiro en el porcentaje del 20%.

No obstante, el asunto acá planteado aborda otro aspecto y es el relativo a la situación de quienes adquirieron el estatus antes de la declaratoria de inexecutable del mencionado Decreto Ley 2070 de 2003. Sobre este tema ha precisado el Alto Tribunal Constitucional¹³ que:

"En lo que se refiere a la declaratoria de inexecutable, (...) esta Corporación dejó claro que "sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta". Dicho criterio de interpretación quedó a su vez consignado en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de justicia, en cuyo artículo 45 se dispone expresamente que: "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la constitución política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la corte resuelva lo contrario".

De manera que, si bien en principio la sentencias de inexecutable están llamadas a producir efectos hacia el futuro, lo cierto es que tales efectos pueden ser diversos según lo entre a determinar la propia Corte al analizar cada caso en particular. En términos de lo expresado por la propia jurisprudencia constitucional, "los efectos concretos de la sentencia de inexecutable dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc., esto es únicamente hacia el futuro-,"

En consecuencia, salvo que el juez constitucional disponga otra cosa en la respectiva sentencia, la declaratoria de inexecutable de un precepto jurídico produce efectos hacia el futuro o ex nunc, y conlleva el restablecimiento ipso iure de la norma derogada por aquella que fue expulsada del ordenamiento jurídico, cuando ello sea necesario para asegurar la eficacia de los valores, principios, garantías y derechos consagrados en la Constitución Política.

Así entonces, como la sentencia C-432 de 2004 no fijó los efectos de la inexecutable del Decreto Ley 2070 de 2003, se entiende que ellos surten efectos hacia futuro, o ex nunc, es decir, a partir del 7 de mayo de 2004,

¹³ Sentencia T-824 del 4 de octubre de 2002

13-001-33-33-011-2017-00236-01

día siguiente a la fecha en que fue proferida la referida sentencia, de forma que deja indemnes los efectos jurídicos de las situaciones consolidadas y de los hechos que acaecieron durante su vigencia, la cual tuvo lugar desde el **25 de julio de 2003 hasta el 6 de mayo de 2004.**

5.4.2 De la fecha de retiro de los Agentes de Policía.

De acuerdo con el artículo 106 del Decreto 1213 de 1990, una vez los agentes de la Policía Nacional pasen a la situación de retiro temporal o absoluto, y tengan derecho a asignación de retiro o pensión, **continuarán dados de alta en la respectiva pagaduría por tres (3) meses a partir de la fecha en que se cause la novedad de retiro;** lo anterior, tiene como finalidad que la administración tenga un periodo de tiempo suficiente para la formación del expediente de prestaciones sociales. Además, la norma en cita establece que, durante dicho lapso, continuarán percibiendo la totalidad de los haberes devengados en actividad correspondientes a su categoría., así mismo, **el lapso de los 3 meses de alta se considerará como de servicio activo, únicamente para efectos de prestaciones sociales.**

Ahora bien, el conflicto se presenta al momento de interpretar a partir de cuándo se da el retiro efectivo del servidor público, para efectos de la consolidación del derecho en uno u otro régimen, si esto se da cuando surge la novedad de retiro, o cuando han vencido los 3 meses de alta.

Sobre este aspecto, inicialmente el Consejo de Estado en la sentencia del 1 de marzo de 2012 aseguró que, el derecho a la asignación de retiro nace cuando se produce el retiro del servicio, así:

"(...) La inconformidad del actor radica concretamente en que tiene derecho a que la liquidación de su asignación de retiro se haga de conformidad con lo señalado en el Decreto 2070 de 2003, por haber adquirido el derecho en vigencia de esta norma y no con aplicación del Decreto 1213 de 1990, como procedió a hacerlo la entidad demandada.

El Decreto 2070, entró a regir el 25 de julio de 2003 y el actor fue retirado por llamamiento a calificar servicios, según consta en la hoja de servicios 10260509, el 13 de febrero de 2004, es decir, que era esta la norma que debía servir de sustento al reconocimiento de la asignación de retiro y así procedió a través de la Resolución No. 01711 del 13 de abril de 2004, la misma Entidad demandada. (...)"¹⁴

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Bogotá, D.C., marzo primero (1º) de dos mil doce (2012). Radicado 17001233100020050220401.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

Igualmente en sentencia del 7 de marzo de 2013, el Honorable Consejo de Estado, sostuvo¹⁵:

"La inconformidad del actor radica concretamente en que tiene derecho a que la liquidación de su asignación de retiro se haga de conformidad con lo señalado en el Decreto 2070 de 2003, por haber adquirido el derecho en vigencia de esta norma y no con aplicación del Decreto 1213 de 1990, como procedió a hacerlo la entidad demandada y como lo consideró el a quo en sentencia de 27 de agosto de 2009.

En cuanto al tema de la prima de actividad y la aplicación del Decreto 2070 de 2003, éste entró a regir el 25 de julio de 2003 y el actor fue retirado por solicitud propia el 13 de febrero de 2004, con disposición de retiro contenida en Resolución No. 0236 de 6 de febrero de 2004, según consta en la hoja de servicios 1913190823, es decir, que era esta la norma que debía servir de sustento al reconocimiento de la asignación de retiro; empero la administración sólo efectuó el reconocimiento a través de Resolución No. 03859 de 26 de julio de 2004, con base en el Decreto 1213 de 1990.

En efecto, para nuestro caso es importante resaltar que si bien el retiro del actor se produjo el 13 de febrero de 2004 y los tres meses de alta culminaron el 13 de mayo de 2004, es claro que tal periodo tiene como uno de los objetivos primordiales la elaboración de la hoja de servicios y el reconocimiento de la prestación a través de acto administrativo proferido por la entidad, culminados los cuales se goza del derecho al pago de la asignación de retiro, como lo disponen los artículos 24 y siguientes del Decreto 2070 de 2003

Además, en este caso, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía, sólo hasta el 26 de julio de 2004, procedió a efectuar el reconocimiento pensional, por ello, no puede aceptarse que la mora de la administración en tal reconocimiento afecte el régimen aplicable cuando es el retiro el que determina la norma que rige la situación en cada caso.

Por ello, no queda duda, que el actor cuenta con el derecho a que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectúe con base en el Decreto 2070 de 2003, vigente a la fecha de retiro del actor, atendiendo al 55% de la prima de actividad, y que debido a esto debe ser reajustada su asignación de retiro, efectiva desde el 13 de junio de 2004, como lo pidió en la demanda, debido a la no ocurrencia del fenómeno de la prescripción".

Paralelamente a este pronunciamiento, en sentencia del 27 de junio de 2013 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado tomó una vía interpretativa diferente y sostuvo que la consolidación del estatus pensional

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación No: 11001333101020070057501.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

ocurre al momento de retiro efectivo del servicio, es decir, una vez vencen los 3 meses de alta:

"(..) No resulta acertada entonces la pretensión del actor en cuanto solicitó la aplicación del Decreto 2070 de 2003, en la liquidación de su asignación de retiro, dado que, se repite, para la fecha en que surgió a la vida jurídica el referido derecho prestacional, esto es, al vencimiento de sus tres meses de alta, 12 de julio de 2004, la norma vigente en materia prestacional para el personal de la Policía Nacional era el Decreto 1213 de 1990, el cual en sus artículos 100 a 104 establecía el reconocimiento de una asignación de retiro y el monto de las partidas computables para tal efecto.

Finalmente, y contrario a lo expresado por la parte actora, estima la Sala que la redacción del artículo 104 del Decreto 1213 de 1990 no ofrece dudas y, en consecuencia, no da lugar a una interpretación distinta a que sólo al vencimiento de los 3 meses de alta, previstos para la elaboración del expediente prestacional del oficial o suboficial retirado del servicio, se tiene derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro. (...)"¹⁶

Sin embargo, pronunciamientos posteriores siguen la tesis que venía sosteniéndose con anterioridad. Por ejemplo, en sentencia del 4 de septiembre de 2017¹⁷ se expuso:

"(..) En reiteradas oportunidades se han venido presentando reclamaciones por parte de la Fuerza Pública (agentes de la policía) tendientes a obtener un reajuste en la pensión, las cuales se han sustentado en la vigencia del Decreto 2070 de 2003 artículos 23 y siguientes los cuales definieron los porcentajes y partidas computables para la asignación de retiro de los agentes de la Policía Nacional.

Teniendo en cuenta que para la época en que el señor Aguirre Parra fue llamado a calificar servicios por parte de la entidad, esto es, 17 de febrero de 2004, la liquidación de su asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se debió realizar con base en el Decreto 2070 de 2003, por ser la norma que se encontraba vigente al momento de surgir el derecho a su pensión, teniendo en cuenta que contaba con veinte años, seis meses y seis días de servicio total en la entidad.

De otra parte, con la expedición de la Resolución número 03057 del 23 de junio de 2004, se reconoció la asignación de retiro al demandante a partir del 17 de mayo; sin embargo esta última fecha no significa que se puede desconocer la

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B". CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013). Expediente: 250002325000200800970 01.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, CONSEJERO PONENTE: DR. RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, el 4 de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 17001233300020150006101(0256-16), Actor: Carlos Hernán Aguirre Parra, demandado: Caja de Retiro de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

13-001-33-33-011-2017-00236-01

norma aplicable al caso concreto, pues como ya se expuso, el derecho surge desde el momento en que se produce el retiro, en este caso, el llamamiento a calificar servicios al funcionario público, pues en adelante se surten son trámites administrativos tendientes a emitir un acto administrativo de reconocimiento de pensión. (...)"

Y más recientemente, en sentencia del 1 de marzo de 2018¹⁸, se afirmó:

"(...) Ahora bien, tal como lo indicó al a quo, el régimen aplicable para el reconocimiento y liquidación de la asignación del demandante, debe ser el vigente para el momento del retiro efectivo del servicio, esto es el Decreto 2070 de 2003, pues para la fecha en que se cumplió este requisito indispensable para el reconocimiento de la prestación pretendida, 30 de abril de 2003, aun la Corte Constitucional no se había pronunciado de la inexecutable de la norma.

En cuanto al conteo de los tres (3) meses de alta, con los que la entidad demanda sostiene Que el retiro efectivo se produjo posterior a la decisión de inexecutable de la norma, se debe reiterar que en sentencia de 7 de marzo de 2013 la Sección Segunda de esta Corporación definió en un tema similar Que, este tiempo de 3 meses se cuentan como un periodo en el cual se elaboran los actos administrativos que otorgan al servidor el derecho al pago de la asignación de retiro. (...)"

5.4.3 Del momento a partir del cual se cuentan los efectos de la declaratoria de inexecutable.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia T 832 de 2003 expuso que, por regla general los efectos de los fallos de constitucionalidad son hacia futuro, sin embargo, para determinar a partir de cuando comienzan a aplicarse dichos efectos, existen dos posturas: de acuerdo con la primera, los efectos del fallo se producirían a partir del día siguiente a la fecha de la sentencia, es decir, aquella en la que la Sala Plena de la Corte tomó la decisión; de acuerdo con la segunda, los efectos del fallo se producirían a partir del vencimiento del término de ejecutoria del fallo, es decir, tres días después de la desfijación del edicto mediante el cual se notifica.

Ahora bien, el Máximo Tribunal Constitucional definió que la interpretación correcta corresponde a la primera, es decir, los efectos de la sentencia de constitucionalidad operan a partir del día siguiente a la fecha en la que se adoptó la decisión; ello, atendiendo la índole del fallo de constitucionalidad, pues debe tenerse en cuenta, que una sentencia de constitucionalidad es el

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A". CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Bogotá, D.C., 1 de marzo de 2018. Expediente: 17001233300020140034201.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

fruto de un juicio técnico de confrontación entre la Carta Política y una norma legal y que lo que a través de ella se hace es mantenerla en el ordenamiento jurídico si es compatible con aquella o, en caso contrario, expulsarla de él. De otro lado, se debe considerar que, a diferencia de los fallos que se emiten en los demás ámbitos de la jurisdicción, los fallos de constitucionalidad tienen efectos erga omnes y no inter partes, es decir, que sus efectos son obligatorios, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción de ninguna índole.

En igual sentido, se pronunció el Máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-206 de 2010, en la que sostuvo:

"4.2. Antes de pronunciarse sobre el presente caso, es importante aclarar los efectos de los fallos de constitucionalidad, donde la Corte Constitucional ha señalado tres fundamentos jurídicos para reconocer los efectos de dichas providencias suyas a partir del día siguiente al que adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control.

Así, en primer término es importante señalar que la naturaleza pública del alcance de los fallos de inconstitucionalidad, por virtud del cual se aplican erga omnes y no inter partes, supone que sus decisiones son obligatorias, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción alguna. Luego, el conocimiento de la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad o inexecuibilidad a partir de su divulgación oficial es igualmente exigible a todos los operadores jurídicos.

En segundo lugar, mediante dichas sentencias esta corporación se encarga de defender la integridad de la Constitución y garantiza la seguridad jurídica, pues carecería de sentido que una norma que fue encontrada contraria a la Carta Política se mantenga en el ordenamiento jurídico hasta el momento de la ejecutoria del fallo y, no obstante la declaración judicial de esa contrariedad, produzca efectos en situaciones particulares.

Por último, los efectos que se producen a partir del día siguiente a la adopción de estos fallos, resultan indispensables porque preservan la seguridad jurídica. Así en sentencia T-832 de 2003, antes citada, se anotó que "la determinación precisa de los efectos de un fallo de constitucionalidad no puede quedar diferida a las incidencias propias de su notificación y ejecutoria. De ser así, en cada caso, independientemente de la fecha registrada en la sentencia, habría que constatar la fecha de ejecutoria para, a partir de ella, inferir el momento en que una norma legal contraria a la Carta dejaría de hacer parte del sistema normativo. Y no cabe duda que una exigencia de esta índole sería contraria a los requerimientos de seguridad jurídica propios de una sociedad que no ha renunciado al derecho como alternativa de vida civilizada".

Sin embargo, la Corte Constitucional no desconoce la obligación de notificar por edicto sus decisiones, ni las reglas procesales de ejecutoria y la cosa juzgada constitucional. Por el contrario, para salvaguardar la supremacía de la Carta Política y brindar seguridad jurídica a los operadores, las sentencias de constitucionalidad producen efectos desde el día siguiente a su adopción, como reiteradamente se ha

13-001-33-33-011-2017-00236-01

señalado, sin perjuicio de la notificación y del término de ejecutoria, atendida la fecha de desfijación del edicto, "para delimitar el plazo dentro del cual los ciudadanos pueden interponer el incidente de nulidad contra el fallo de constitucionalidad por vulneración del debido proceso".

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos probados

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- El señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA prestó servicios como Agente de la Policía Nacional por un periodo de 21 años, 1 mes y 14 días (fl. 8-9).
- A través de Resolución No. 03409 del 6 de julio de 2004, CASUR le reconoció una asignación de retiro, equivalente al 74% del sueldo básico de actividad para el grado, y las partidas legalmente computables a partir del 26 de mayo de ese año. (fl. 9-10).
- Conforme con la liquidación visible a folio 11, se tiene que al actor le reconocieron como partidas computables: el sueldo para el grado, la prima de antigüedad (21%), el subsidio familiar (47%), **la prima de actividad (20% del sueldo básico que tenía a la fecha de retiro)** y la prima de navidad (en 1/12).
- Con derecho de petición del 26 de diciembre de 2013, el señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA solicitó ante CASUR el reajuste de su asignación de retiro, incluyendo la prima de actualización en un porcentaje del 50% (fl. 4)
- A través de un nuevo derecho de petición, del 30 de junio de 2017, el actor reiteró la solicitud de reajuste de la asignación de retiro, con la inclusión de la prima de actividad en los términos dispuestos en el Decreto Ley 2070 de 2003 (fl. 5-7).
- Por medio de Oficio No 2240/GAG-SDP18 de febrero de 2014 respondió la solicitud del actor, manifestando que no se le adeudaba suma alguna por concepto de dicha prima y por lo tanto se le negaba el derecho reclamado (fl 3)

13-001-33-33-011-2017-00236-01

- Por medio de Oficio No. E-00003-201713827-CASUR Id. 243627 del 05 de julio de 2017, CASUR, respondió la solicitud del actor, manifestando que no se le adeudaba suma alguna por concepto de dicha prima y por lo tanto se le negaba el derecho reclamado (fl. 2).
- Hoja de servicios del señor SARMIENTO CARMONA, emitida por la Dirección de Derechos Humanos de la Policía Nacional, donde se informa su historial laboral y los factores salariales del cual era acreedor. En dicho documento además se indica que el retiro del accionante se dio por solicitud propia, y se consolidó a través de Resolución 2881 del 26 de diciembre de 2003, y la fecha de retiro se llevó a cabo el 26 de febrero de 2004 (fl. 8)

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

En el presente asunto, los actos acusados son los Oficios identificados con los No. E-00003-201713827-CASUR Id. 243627 del 05 de julio de 2017 y 2240/GAG-SDP18 de Febrero de 2014, emanados de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, por medio del cual se niega el incremento de la prima de actividad en un porcentaje superior al 20%.

En la demanda se expone que al señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA se le vulneran sus derechos a la igualdad, favorabilidad y seguridad social, al no dársele aplicación al Decreto Ley 2070/03 que se encontraba vigente al momento de su retiro (26 de febrero de 2004), toda vez que en el mismo se establecían condiciones más favorables para el reconocimiento de la prima de actividad, como factor salarial para el computo de la pensión. Por su parte, en la sentencia de primera instancia se indicó que el actor no tenía derecho a lo reclamado, puesto que, para la fecha del retiro ocurrido el 26 de mayo de 2004 (cuando se vencieron los 3 meses de alta), el Decreto Ley 2070/03 ya había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004.

Para resolver el problema jurídico planteado en el caso bajo estudio, lo primero que debe definirse es, si al señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA, le es aplicable el Decreto Ley 2070/03 o no; para ello debe verificarse si los tres meses de alta son o no parte del servicio activo.

Sea lo primero mencionar que, de acuerdo con lo expuesto en el marco

13-001-33-33-011-2017-00236-01

normativo de esta providencia, concluye este Tribunal que la fecha que tiene que tenerse en cuenta para establecer el régimen aplicable al actor, es la fecha indicada en el acto administrativo que ordena el retiro, puesto que es en ese momento en el que el accionante adquiere el status que le da derecho al reconocimiento de la asignación de retiro; en ese sentido, no puede considerarse que la fecha a tener en cuenta es la generada con el vencimiento de los 3 meses de alta, pues dicho periodo solo tiene por finalidad la conformación del expediente prestacional. En el caso sub-examine de acuerdo a los hechos, contestación de la demanda y la hoja de servicios, el actor fue retirado por medio de Resolución 2881 del 26 de diciembre de 2003, donde fijo como fecha de retiro el 26 de febrero de 2004.

En ese orden de ideas, aunque la Resolución No. 03409 del 6 de julio de 2004, le reconoció al señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA la asignación de retiro a partir del 26 de mayo de 2004, esta última fecha no significa que se puede desconocer la norma aplicable al caso concreto, pues como ya se expuso, el derecho surge desde el momento en que se produce el retiro, en este caso, el 26 de febrero de 2004¹⁹, pues en adelante se surten son trámites administrativos tendientes a emitir un acto administrativo de reconocimiento de pensión.

Así las cosas, como quiera que el señor SARMIENTO CARMONA adquirió el derecho el 26 de febrero de 2004, debe entenderse que la norma aplicable a su caso es el Decreto Ley 2070 de 2003, como quiera que la declaratoria de inexecuibilidad del mismo tiene efectos hacia futuro, la cual ocurrió el 6 de mayo de 2004 a través de la sentencia C-432 de 2004.

No está de más destacar que, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aplicación del artículo 45 de la ley 270 de 1996, y ha sido reiterado por el Consejo de Estado en los fallos citados en el marco normativo, las decisiones de constitucionalidad de una norma no requieren ejecutoria, por lo que la Sala no comparte el criterio de interpretación del apelante (quien manifiesta que sí es necesaria la ejecutoria de la sentencia de constitucionalidad para que ésta surta efectos); sin embargo, éste punto no es fundamental para la decisión de fondo, toda vez que la fecha de retiro del actor, que determina el ámbito de aplicación de la norma para reconocer y liquidar su asignación de retiro, se dio antes de que se produjera

¹⁹ Hoja de servicios del señor SARMIENTO CARMONA, emitida por la Dirección de Derechos Humanos de la Policía Nacional, donde se indica que el retiro del accionante se dio por solicitud propia, y se consolidó a través de Resolución 2881 del 26 de diciembre de 2003, y la fecha de retiro se llevó a cabo el 26 de febrero de 2004, folio 8.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

la sentencia C-432 de 2004.

Ahora bien, el paso a seguir consiste en determinar cuál es el porcentaje aplicable para el reconocimiento de la prima de actividad en la asignación de retiro del demandante.

Al respecto tenemos, que el Decreto Ley 2070 de 2003, en su artículo 23 estableció que la prima de actividad sería un elemento computable para la asignación de retiro; en ese mismo sentido, el 24 ibídem, dispuso los porcentajes en los que se liquidarían los factores computables para la asignación de retiro, estableciendo un 62% por los primeros 18 años y un 4% por cada año adicional. Así las cosas, como quiera que actor laboró al servicio de la Policía Nacional por un periodo de **21 años**, debe concluirse que la asignación de retiro fue reconocida con un porcentaje del 74% de los factores legalmente computables para su liquidación conforme al artículo 23 del pluriomencionado decreto.

Debe resaltarse que el Decreto Ley 2070/03 no estableció un porcentaje diferencial para reconocer la prima de actividad a los agentes de policía retirados, como sí lo hizo el Decreto 1213/90, en su artículo 101, que indicó que, los agentes que prestaran entre 20 y 25 años de servicio, al momento de su retiro, la prima de actividad se les computaría en un monto del 20% del sueldo básico. Por lo tanto, en vigencia del Decreto Ley 2070/03, debe tenerse en cuenta es el monto que el actor devengaba en servicio activo por concepto de prima de actividad, que para el caso corresponde al 50% de su salario básico; lo anterior, debido a que según el artículo 30 del Decreto 1213/90, dicha prestación se compone de un 30% del salario básico inicial y un 5% adicional por cada 5 años de servicio; en la caso en estudio, como el señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA, tenía 21 años de servicio, debía liquidarse un 20% más, al inicial del 30%, para un total de 50%²⁰ que era lo que percibía por este factor salarial.

Contrario a lo expuesto, la entidad demandada - CASUR, profirió la Resolución No. 03409 del 6 de julio de 2004, reconociendo la prima de actividad en un porcentaje del **20% del sueldo básico**, y sobre ese valor, se calculó el 74% para obtener la mesada mensual de la asignación de retiro del acto. Advierte esta Corporación que en la hoja de liquidación (fl. 11) se dejó de lado el 30% restante de la prima de actividad que devengaba el actor, a pesar de que se cuantificó dicho porcentaje.

²⁰ Ver Hoja de Servicio folio 8

En ese orden de ideas, tiene razón la parte accionante, pues la prima de actividad, para efectos de liquidar la pensión, debió ser tomada en el porcentaje del 50% del sueldo básico, que era lo devengado por el actor en servicio activo; y sobre esta, debía calcularse el porcentaje establecido en el artículo 24 del Decreto Ley 2070/03, del 74% para obtener el valor efectivo a pagar como mesada mensual.

Conforme con lo anterior, esta Corporación procederá a revocar la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, y ordenar el reajuste de la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta el porcentaje de la prima de actividad devengada en servicio activo por el señor SARMIENTO CARMONA, puesto que tiene derecho a que se le aplique en su asignación de retiro el Decreto Ley 2070 de 2003.

Prescripción.

Conforme con el Decreto Ley 2070/03 y el Decreto 3344/04, las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto, el reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

En el caso bajo estudio, se tiene que el señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA adquirió el derecho a la asignación de retiro el 26 de febrero de 2004, por lo que la misma le fue reconocida mediante Resolución No. 03409 del 6 de julio de 2004; sin embargo, el accionante presentó varias solicitudes de reajuste ante CASUR, la primera de ellas, el 26 de diciembre de 2013²¹, la cual fue resuelta por Oficio No 2240/GAG-SDP18 de febrero de 2014 respondió la solicitud del actor, manifestando que no se le adeudaba suma alguna por concepto de dicha prima y por lo tanto se le negaba el derecho reclamado(fl 3); por lo que se interrumpió el termino de prescripción por 3 años, hasta el 26 de diciembre de 2016, ahora bien, dentro de ese periodo no se presentó la demanda, por lo que dicha interrupción no tuvo efectos.

La segunda petición se presentó el 30 de junio de 2017²² la cual fue resuelta por medio de Oficio No. E-00003-201713827-CASUR Id. 243627 del 05 de julio de 2017, CASUR, respondió la solicitud del actor, manifestando que no se le

²¹ Folio 4

²² Folio 5-7

13-001-33-33-011-2017-00236-01

adeudaba suma alguna por concepto de dicha prima y por lo tanto se le negaba el derecho reclamado (fl. 2) y la demanda fue presentada el 10 de octubre de 2017²³, por lo tanto, debe entenderse que desde esta segunda petición surtió efectos la interrupción de la prescripción; en ese sentido, se declararan prescritas las mesadas generadas con anterioridad al **30 de junio de 2014**²⁴.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas, en ambas instancias, a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR, entidad que resultó vencida.

VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DECLARAR LA NULIDAD** de los Oficios identificados con los No. E-00003-201713827-CASUR Id.243627 del 05 de julio de 2017 y No. 2240/GAG-SDP del 18 de febrero de 2014, expedidos por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR, mediante los cuales se le negó al señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA el derecho al reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la prima de actividad bajo los parámetros del Decreto Ley 2070 de 2003; lo anterior, de acuerdo con las razones expuestas en el presente proveído.

²³ Folio 27

²⁴ Ver Sentencia citada en nota al pie número 16 de este fallo.

13-001-33-33-011-2017-00236-01

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR, a reajustar la asignación de retiro del señor TEOBALDO SARMIENTO CARMONA, teniendo en cuenta, la prima de actividad en el porcentaje que venía siendo devengada por el actor en servicio activo, es decir en un cincuenta por ciento (50%) desde el 26 de mayo de 2004, fecha en que esta disfrutando de la asignación de retiro según Resolución 03409 del 6 de julio de 2004.

CUARTO: Las diferencias pensionales que resulten a favor de la demandante deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

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

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada de reajuste pensional, teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de causación de cada uno de ellos.

QUINTO: DECLARAR la prescripción de las mesadas generadas con anterioridad al 30 de junio de 2014, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Deberá darse cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, en ambas instancias, a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR, entidad que resultó vencida, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

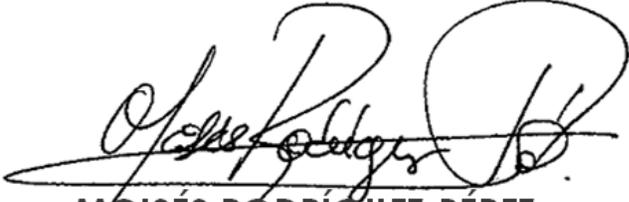
13-001-33-33-011-2017-00236-01

OCTAVO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No 38 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN