

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13-001-33-33-013-2018-00202-01
Accionante	Guillermo Guerrero Salas
Accionado	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR
Tema	Prima de actividad (aplicación Decreto Ley 2070 de 2003)
Magistrado Ponente	Jean Paul Vásquez Gómez

II.- PRONUNCIAMIENTO

1. Procede la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar¹ a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia de 13 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

Contenido: 3.1. Posición de la parte demandante; 3.2. Posición de la parte demandada; 3.3. Sentencia de primera instancia; 3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia; y 3.5. Control de legalidad.

3.1. Posición de la parte demandante

2. El 30 de agosto de 2018², el señor Guillermo Guerrero Salas presentó 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 (En adelante, CASUR)

3. En la demanda se formularon las siguientes **pretensiones**³:

"1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio E-00003-201815615-CASUR Id.347706 de 6 de agosto de 2018, emanados de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, por el cual se negó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste de la asignación de retiro de mi mandante y el pago del retroactivo, resultante de la diferencia económica dejada de percibir, entre lo pagado y lo dejado de cancelar a mi poderdante, en virtud del incremento de la prima de actividad conforme lo establece 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.

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521, expedido el 19 de marzo de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura.

² Folio 1 Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia".

³ Folios 1-2 Expediente físico / Folio 1-2 Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia"

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."

4. Como **hechos relevantes**⁴, en la demanda se expuso, en síntesis:

5. (1) El señor Guillermo Guerrero Salas, ingresó a la Policía Nacional como agente alumno el 1 de octubre de 1987 y fue retirado del servicio el 24 de marzo de 2004 mediante la Resolución 640, de esa misma fecha.

6. (2) Mediante Resolución No. 3841 del 26 de julio de 2004, CASUR le reconoció asignación mensual de retiro y prima de actividad en cuantía equivalente al 20% de su sueldo básico.

7. (3) Se hizo referencia a la Ley 797 de 2003, en virtud de la cual fue expedido el Decreto Ley 2070 de 2003, declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, y el cual mantuvo vigencia hasta el 3 de junio de 2004.

8. (4) Se indicó que el señor Guerrero Salas solicitó ante la entidad el reconocimiento y pago de la prima de actividad y su retroactivo, el 1 de junio de 2018, con fundamento en el Decreto Ley 2070 de 2003, por ser la norma aplicable y vigente a la fecha en que adquirió la calidad de retirado, en relación a lo cual no tiene incidencia la fecha en que se le reconoció asignación de retiro.

9. (5) Lo anterior se respondió de manera negativa a través del oficio acusado en el cual se argumentó que el Decreto Ley 2070 de 2003, había empezado a regir desde su publicación, fecha para la cual el titular ya ostentaba la calidad de retirado, siendo aplicable para el caso concreto el Decreto 1213 de 1990.

3.2. Posición de la demandada.

10. El 15 de mayo de 2019⁵, **CASUR** se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que estas deben ser negadas, por cuanto los porcentajes de los rubros que le fueron liquidados al demandante se realizaron conforme a la norma vigente.

11. Resalta que las actuaciones realizadas por CASUR, se ajustan a las normas vigentes aplicables a los pensionados de la Policía Nacional, a quienes se les reconocen los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos Ejecutivos expedido por el Gobierno Nacional vigentes, 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 esa entidad se ajustan a lo dispuesto por el legislador, respecto al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

3.3. Fallo de primera instancia

12. Mediante Sentencia de 13 de noviembre de 2019⁶, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la situación del actor, en su calidad de agente de policía® queda comprendida dentro del campo de aplicación del Decreto 2070

⁴ Folios 20-21, Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia"

⁵ Folios 46-55 Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia"

⁶ Folios 83-100, Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia"

de 2003, por lo que la prima de actividad como factor computable para su asignación de retiro, debió tenerse en cuenta en los términos de la citada norma.

3.4. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

13. La parte demandada presentó recurso de apelación⁷ en contra de la Sentencia de primera instancia, en el que manifiesta, que CASUR viene acatando lo dispuesto en las normas expedidas por el gobierno nacional. Se remite a pronunciamientos del Tribunal Administrativo del Atlántico, concluyendo que los mismos resultan aplicables al caso que se dirime, en la medida en que el derecho al reconocimiento de asignación mensual de retiro se causa a partir del vencimiento de los 3 meses de alta, tiempo que se computa como tiempo de servicio activo; por tanto, solamente cuando vence dicho periodo es que esa entidad tiene la obligación de reconocer el derecho, pues de lo contrario, se obtienen dos erogaciones del erario y se ocasionaría un detrimento, pues se seguirían causando haberes como activo pero recibiendo mesadas por los meses de alta, lo que se encuentra prohibido constitucionalmente.

14. Por Auto de 27 de octubre de 2020⁸, esta Corporación **admitió la apelación** interpuesta por la parte demandante y, con Auto de 11 de marzo de 2021⁹, corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo; oportunidad procesal en la que la parte demandada, como el Ministerio Público guardaron silencio.

15. La apoderada de la parte demandante aprovechó la oportunidad para rendir alegaciones finales¹⁰, en la que retomó los argumentos de su escrito de demanda, agregando que en la sentencia de primera instancia no se incurrió en ninguno de los errores que alega la pasiva en su escrito de apelación, pues la misma se encuentra ajustada a derecho por cuanto se ordenó la reliquidación de la partida computable prima de actividad con el porcentaje previsto en el Decreto 2070 de 2003, norma que se encontraba vigente al momento en que se adquirió el status de retirado, y de igual forma en la sentencia de primer grado se aplicó a cabalidad el precedente judicial y la sentencias de unificación del Consejo de Estado.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

16. Agotadas las etapas procesales propias de esta instancia, sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

V.- CONSIDERACIONES

Contenido: 5.1 Competencia; 5.2. Síntesis de la controversia y problema jurídico de instancia; 5.3. Tesis de la Sala; 5.4. Metodología y estructura de la decisión; 5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables; 5.6. Caso concreto: análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo; 5.7 Costas.

5.1. Competencia

17. Esta Corporación es **competente** para conocer el recurso de apelación interpuesto en este proceso de doble instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las Sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

⁷ Folios 133-137 Archivo Digital "01ExpedienteprimeraInstancia".

⁸ Folios 2, Archivo digital "02ActuacionesD002".

⁹ Archivo digital "03AutoAvocaConocimientoyCorreTrasladoParaAlegar".

¹⁰ Archivo Digital "06AlegatosConclusiónDte".

5.2. Síntesis de la controversia y problema jurídico de instancia

18. La parte demandante considera que se debe anular el acto administrativo demandado, y en consecuencia ordenar reajustar y pagar la correspondiente asignación mensual de retiro, con la inclusión de la totalidad de la prima de actividad, conforme al artículo 24 del Decreto 2070 de 2003 y no el 1213 de 1990 que le otorga un beneficio mucho menor comparado con la precitada norma por concepto de prima de actividad; aclarando, que 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 a la fecha de su retiro se encontraba vigente. La anterior postura fue objetada por la entidad demandada, quien manifestó que no le asiste razón a la parte demandante, entendiendo que, si bien el demandante cuenta con una fecha de retiro, a partir de la misma comienzan a contar los 3 meses de alta, de que trata el artículo 164 del Decreto 1211/90, según la cual, dicho lapso debe ser entendido como la continuación del periodo en servicio activo, y en ese sentido, no debió quedar cobijado por los postulados del Decreto 2070 de 2003.

19. De conformidad con lo previsto en el primer inciso del artículo 328 del Código General del Proceso, deberá la Sala pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por la parte apelante, razón por la cual, el **problema jurídico** a resolver se circunscribe a determinar, si tiene derecho la parte demandante a que se reajuste su asignación mensual de retiro, aumentando el porcentaje correspondiente a la prima de actividad de conformidad con las previsiones del artículo 24 del Decreto 2070 de 2003, tal y como lo determinó la juez de primera instancia, o si por el contrario, debe revocarse la decisión anulatoria, atendiéndose la errada interpretación de la situación fáctica concreta, teniendo en cuenta los meses de alta del demandante que se entienden como continuación del servicio activo, y en tal medida lo procedente es aplicar el Decreto 1213 de 1990. En caso de resolverse negativamente lo relacionado con éste último aspecto, deberá abordarse lo pertinente a la condena en costas impuesta en primera instancia.

5.3. Tesis de la Sala

20. La Sala estima que, en el presente caso, la parte demandante si tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro en los términos reclamados, lo que ha de conducir a confirmar lo decidido en primera instancia, en razón a que al 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 marzo 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*, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado donde se ha indicado 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, que sólo tiene como fin la elaboración del expediente prestacional del retirado.

5.4. Metodología y estructura de la decisión

21. Para resolver el problema jurídico planteado y la fundamentación de la tesis antes citada, la Sala analizará las normas y jurisprudencia aplicables (5.5.) y, posteriormente, a partir de pruebas aportadas al proceso, examinará el caso concreto (5.6.).

5.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicables - régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

22. Los integrantes de la Fuerza Pública se encuentran cobijados por un régimen especial en materia de seguridad social, en virtud de la Ley 4ª de 1992 que dispuso, que el Gobierno Nacional fijaría el régimen salarial y prestacional de dichos miembros, respetando la nivelación que debe existir entre la remuneración del personal activo y el retirado.

5.5.1. Normativa que regula la prima de actividad a favor del personal activo y la prima de actividad como prestación computable en las asignaciones del personal retirado o pensionado.

23. Con la ley 131 de 1961, fue creada dicha prima para los Oficiales, Suboficiales y el personal civil de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional **en servicio activo**; con el Decreto 2337 de 1971, se mantuvo tal prestación para dicho personal, pero al regularse la asignación de retiro y pensión, se previó el cómputo de la prima de actividad, lo que se reiteró en el Decreto 612 de 1977. Posteriormente, con el Decreto 89 de 1984 se consagró la prima de actividad dependiendo del tiempo de servicios prestados por el Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares.

24. El Decreto 095 de 1989 derogatorio del anterior, estableció que, para los Oficiales y Suboficiales retirados a partir de la vigencia de este decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se le computaría de la siguiente manera (art. 154):

- Con menos de 15 años de servicios, el 15%.
- Con 15 o más años de servicios, pero menos de 20 años, el 20%.
- Con 20 o más años de servicios, pero menos de 25, el 25%.
- Con 25 o más años de servicios, pero menos de 30, el 30%.
- Con más de 30 años de servicios, el 33%.

25. El Decreto 1211 expedido en el año 1990, reiteró los porcentajes establecidos para la liquidación de la prima de actividad para las asignaciones de retiro en el Decreto 095 de 1989.

26. En virtud de la ley 797 de 2003, en su artículo 17 numeral 3, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2070 de 2003, el cual reformó el régimen pensional y de Asignación de Retiro de los miembros de la Fuerza Pública disponiendo en su artículo 13 como partida computable para la asignación de retiro del personal de las fuerzas militares, la prima de actividad. Con el reseñado decreto se estableció en lo relevante:

***"Artículo 23. Partidas computables.** La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de 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."

"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."

27. Ahora bien, 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, confiriendo facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, en contravía a la expresa prohibición constitucional en tal sentido. Ante la sobreviniente inexecutableidad declarada del Decreto Ley 2070 de 2003, cobraron vigencia los Decretos 1213 de 1990 y 1791 de 2000, de acuerdo con 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%.

28. Es así como a partir de lo expuesto se deriva el necesario análisis relativo a la situación de quienes adquirieron el estatus de retirados antes de la declaratoria de inexecutableidad del mencionado Decreto Ley 2070 de 2003.

29. En lo atinente a la declaratoria de inexecutableidad y sus efectos, señaló la Corte Constitucional:

"En lo que se refiere a la declaratoria de inexecutableidad, (...) 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 inexecutableidad 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 inexecutableidad 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 inexecutableidad 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. (Sentencia T-824 de 2002).

30. De acuerdo con lo citado y aplicado a la sentencia C-432 de 2004; -en la medida en que esta no fijó los efectos de la inexecutableidad 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, 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**.

31. En cuanto a la situación de los militares que alcanzan la fase de retiro temporal o definitivo, se destaca lo previsto en el artículo 106 del Decreto 1213 de 1990, el cual señala:

“ARTICULO 106. Tres meses de alta. Los Agentes de la Policía Nacional que 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, para la formación del expediente de prestaciones sociales.** Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 133 de este Decreto, continuarán percibiendo la totalidad de los haberes devengados en actividad correspondientes a su categoría. **El lapso de los tres (3) meses de alta se considerará como de servicio activo, únicamente para efectos de prestaciones sociales.** (Resaltos fuera de texto).

32. A efectos de interpretar a partir de cuándo se da el retiro efectivo del servicio para efectos de la concreción del derecho en uno u otro régimen, debe tenerse en cuenta si ello se da cuando surge la novedad de retiro, o cuando han vencido los 3 meses de alta. En torno al particular, 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. (...)”¹¹

33. En sentencia posterior del Consejo de Estado se sostuvo en un caso con similitud fáctica al aquí analizado: “ 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”.¹²

34. Posteriores pronunciamientos de esa Corporación¹³ siguieron la misma tesis, analizándose dichos casos de forma paralela al parámetro temporal de la

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección “A”, Bogotá, D.C., marzo primero (1º) de dos mil doce (2012). Radicado 17001233100020050220401.

¹² 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 Al respecto véase: 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 / CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO

declaratoria de inexequibilidad en relación al Decreto 2070 de 2003. En lo pertinente, la Corte Constitucional definió que la interpretación correcta corresponde a que los efectos de la sentencia de constitucionalidad operan a partir del día siguiente a la fecha en la que se adoptó la decisión, en atención a la naturaleza de la decisión, tal y como se señaló a través de sentencia T-206 de 2010:

“...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 resolutoria de una sentencia de exequibilidad o inexequibilidad 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 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”.

5.6. Caso concreto: análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo

35. A partir de los medios de prueba aportados al proceso¹⁴, la Sala realiza el siguiente análisis crítico:

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”. CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Bogotá, D.C., 1 de marzo de 2018. Expediente: 17001233300020140034201.

¹⁴ Se aportaron al proceso lo siguientes medios de prueba relevantes:

(1) Hoja de servicio expedida por la Dirección de Recursos Humanos de la Policía Nacional, a través de la cual se hace constar que el señor Guillermo Guerrero Salas prestó sus servicios como Agente de la Policía Nacional por un periodo de 21 años, 11 meses y 25 días (Folio 8 Archivo digital “01ExpedientePrimerInstancia”). **(2)** Resolución No. 03841 del 26 de julio de 2004, a través de la cual CASUR le reconoció al señor Guillermo Guerrero Salas una asignación de retiro, equivalente al 74% del sueldo básico de actividad para el grado, y las partidas legalmente computables a partir del 29 de junio de ese mismo año. (Folio 9-10 Archivo digital “01ExpedientePrimerInstancia”). **(3)** Formato CASUR de liquidación de Asignación donde se consigna 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). (Folio 11-12 Archivo digital “01ExpedientePrimerInstancia”). **(4)** Derecho de petición del 29 de mayo de 2018, a través del cual el señor Guerrero Salas reitera ante CASUR solicitud de reajuste de su asignación de retiro, incluyendo la prima de actualización en los términos y porcentajes establecidos en el Decreto 2070 de 2003 (Folio 7 Archivo digital “01ExpedientePrimerInstancia”). **(5)** Oficios No E-00003-201815615-CASUR Id.347706 de 6 de agosto de 2018, por medio del cual se respondió la solicitud del actor, manifestándose la negativa del reconocimiento de reajuste solicitado (Folios 5-6 Archivo digital “01ExpedientePrimerInstancia”).

36. El acto acusado resulta lesivo del ordenamiento jurídico, y aparecen fundados los cargos de nulidad que se imputan, los cuales fueron acogidos en la sentencia apelada. Asimismo, se advierte como en la demanda se reclama reajuste de asignación de retiro por concepto de incremento de la prima de actividad, en los términos del Decreto 2070 de 2003.

38. Tal como se verifica en el acervo probatorio al accionante se le negó el incremento de la prima de actividad en un porcentaje superior al 20%, y con ello, la negativa en aplicarse el Decreto 2070 de 2003, que establecía condiciones más favorables para el reconocimiento de dicho concepto como factor salarial para el computo de la aludida asignación de retiro, frente al Decreto 1213 de 1990.

39. De acuerdo con lo expuesto en el marco normativo de esta providencia, concluye la Sala que la fecha que debe 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 respectiva asignación; 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 fin la conformación del expediente prestacional, tal como se respalda con la normativa y jurisprudencia aquí reseñada.

40. Descendiendo al particular, de acuerdo con los hechos, contestación de la demanda y lo aportado al expediente, el actor fue retirado por medio de Resolución 0640 del 24 de marzo de 2004, donde fijo como fecha de retiro el 29 de marzo de 2004. En ese orden de ideas, aunque la Resolución No. 03841 del 26 de julio de 2004, le reconoció al señor Guillermo Guerrero Salas la asignación de retiro a partir del 29 de junio 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 29 de marzo de 2004, pues en adelante se surten son trámites administrativos tendientes a emitir un acto administrativo de reconocimiento de pensión.

41. Así las cosas, como quiera que el señor Guerrero Salas adquirió el derecho el 29 de marzo 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, resultando relevante para lo pertinente, 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 surgiera la sentencia C-432 de 2004.

42. En ese orden de ideas, 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 de 2003, para obtener el valor efectivo a pagar como mesada mensual, tal y como lo determinó la Juez A-quo, por lo que procede confirmar lo decidido en primera instancia.

(6) Hoja de servicios del señor Guillermo Guerrero Salas, emitida por la Dirección de recursos Humanos de la Policía Nacional, donde se informa historial laboral y 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 0640 del 24 de marzo de 2004, y la fecha de retiro se llevó a cabo el 29 de marzo de 2004 (Folio 8 Archivo digital "01ExpedientePrimeraInstancia").

5.7. Costas en segunda instancia

43. Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del CGP, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

44. En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del citado estatuto procesal, y teniendo en cuentas los siguientes factores: (i) trámite del recurso, (ii) la naturaleza del proceso y (iii) la gestión de la parte demandada.

VI.- DECISIÓN

46. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad la sentencia apelada, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales en segunda instancia a la parte demandada, las cuales se liquidarán por el Juzgado de origen, dando aplicación a los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría enviar el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en Justicia Web TYBA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 006 de la fecha.



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado



JUAN PABLO VASQUEZ PONCE
MAGISTRADO



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
MAGISTRADA