

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	Veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA No. 130

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ANIBAL OSPINA ALARCON
ACCIONADA	CASUR
RADICADO	76001-33-33-009-2017-00180-00

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

1.1.- Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

El señor **Aníbal Ospina Alarcón**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 2.467.614, quien actúa a través de apoderada judicial, interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **Caja de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-**, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nrs. 10580/GAG-SDP del 26 de agosto de 2008 y 12627/GAG-SDP del 16 de junio de 2016, por medio de los cuales la entidad accionada negó el pago del retroactivo, reajuste, reliquidación y computo en la asignación de retiro del factor salarial de la prima de actividad en un 50%.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad accionada a reajustar su asignación de retiro, teniendo en cuenta para ello el factor salarial de prima de actividad en un porcentaje equivalente al 50% sobre el sueldo básico, en virtud de lo previsto en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004; ordenándose de tal forma el pago indexado del retroactivo pensional desde 19 de mayo de 2012, dada la configuración del fenómeno jurídico de la prescripción cuatrienal.

Ahora bien, como fundamentos de orden fáctico expuso, que el señor **Aníbal Ospina Alarcón** adquirió su asignación de retiro a través de la Resolución No. 5393 del 27 de octubre de 1981, en donde se reconoció como factor salarial la prima de actividad, la cual fue reconocida en un 20%.

Posteriormente, afirma que mediante derecho de petición fechado el 19 de mayo de 2016, solicitó ante la entidad accionada el reajuste de su asignación de retiro por el factor salarial de prima de actividad; sin embargo, dicha petición fue resuelta en forma desfavorable a través de los actos administrativos acusados.

Por otro lado, como fundamentos jurídicos de las pretensiones de la demanda, expuso que de manera histórica, el Gobierno Nacional, a través de los Decretos 4433 de 2004, 2070 de 2003, 1213 de 1990, 97 de 1989, 2063 de 1984, 609 de 1977, 2340 de 1971 y 3187 de 1968, ha establecido la prima de actividad como factor salarial; por lo que considera que el demandante, al haber consolidado su derecho al goce de la asignación

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

de retiro en el régimen especial de la Fuerza Pública en la carrera profesional de Agente, tiene derecho a que en virtud del principio de igualdad, se le reconozca el factor salarial de prima de actividad, en el mismo porcentaje en que le es reconocido a los Agentes que se retiraron en vigencia de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, quienes devengan dicho factor en mayor cuantía.

En este sentido, afirma que el Gobierno Nacional, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, al modificar la normatividad anterior, discriminó salarialmente a un grupo de trabajadores de la reserva activa en asignación de retiro, ocasionando un detrimento patrimonial, una pérdida del poder adquisitivo y una devaluación salarial entre dos funcionarios con igual cargo, igual grado, mismo tiempo de servicios e iguales funciones.

Así mismo, expuso que con la expedición del Decreto Reglamentario en comento, se omitió el deber de cumplir el marco legal establecido en las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, a través de las cuales se ha establecido como frase rectora de las Leyes marco exclusivas de la Fuerza Pública que, en ningún momento se puede desmejorar salarialmente a quienes en entrada en vigencia de una nueva normatividad, tengan el derecho adquirido.

Finalmente, concluyó que el Gobierno Nacional, también omitió los principios de universalidad, igualdad y equidad, en razón a que no podía modificar el régimen prestacional, causando detrimento patrimonial a quienes ya estaban gozando del derecho, por lo que no se mantienen dichos principios en garantía a la "*no discriminación*", a la reserva activa de la Fuerza Pública, en este caso en el grado de Agente de la Policía Nacional.

1.2. Fundamentos de derecho de la demanda:

Como fundamentos de derecho de la demanda y con el fin de sacar adelante sus pretensiones, la apoderada judicial de la parte actora argumentó que con la actuación de la Administración se desconoció lo previsto en el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 1º de la Ley 22 de 1967, por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Segunda Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1958), los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política, el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992 y el artículo 2º de la Ley 923 de 2004; así mismo hizo referencias a diferentes pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en desarrollo del principio constitucional a la igualdad.

1.3. Alegatos de conclusión:

La apoderada judicial de la parte actora, en audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada el día 1º de agosto de 2018, se ratificó en cada uno de los argumentos expuestos en el libelo introductorio y solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

2.1. Contestación de la demanda:

La **Caja de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-**, contestó la demanda de la referencia¹, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, y al respecto señaló que, mediante la Resolución No. 5393 del 27 de octubre de 1981, la entidad accionada procedió a ordenar el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del señor **Aníbal Ospina Alarcón**, equivalente al 78% del sueldo básico y las partidas legalmente computables para el tiempo de servicio y grado, efectiva a partir del 11 de mayo de 1981, incluyendo el factor salarial de prima de actividad en un 20%, de conformidad con lo previsto en el Decreto 0609 de 1977; norma que regía para la época, por lo que la Administración no adeuda ningún valor por concepto de prima de actividad.

En este orden de ideas, expuso que el Decreto 4433 de 2004, fue promulgado y publicado el día 31 de diciembre de 2004, por lo que se puede inferir que el derecho pensional del demandante fue adquirido con anterioridad a dicha norma y por tanto, el mismo no le resultaría aplicable; amén de que en ninguno de sus articulados se estableció que su tolerancia es retroactiva y que por ende, los beneficios o las condiciones ahí establecidas se pueden hacer extensivas a las personas que se pensionaron en vigencia del régimen anterior.

A partir de lo anterior, insiste en afirmar que la normatividad vigente que rige la asignación de retiro del demandante, es el Decreto 0609 de 1977, por lo que no le resulta aplicable las normas consagradas en la Ley 923 de 2004 y en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, tal como lo pretende la parte actora, ya que su retiro se dio en el año de 1981.

Teniendo en cuenta lo anterior, propuso como excepciones las denominadas: *"inexistencia del derecho que se exige y legalidad de la actuación de CASUR"*.

2.2. Alegatos de conclusión:

La apoderada judicial de la **Caja de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-**, en audiencia de alegaciones y juzgamiento celebrada el día 1º de agosto de 2018, rindió sus alegatos de conclusión, indicando que se ratifica en cada uno de los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. De los presupuestos procesales:

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011² y, seguidamente se realizó la audiencia de pruebas, incorporando todos los documentos allegados por las partes

¹ Folios 38 a 41 del expediente.

² Folios 61 a 62 del expediente.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

con el libelo introductorio y el escrito de contestación, conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma.

Seguidamente, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 1437 de 2001, el Despacho se constituyó en audiencia de alegaciones y juzgamiento, en donde se le concedió a las partes la oportunidad para presentar sus alegatos de conclusión. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

3.2. Cuestión previa:

Antes de entrar a determinar el problema jurídico dentro del presente asunto, el Despacho considera necesario advertir que al momento de celebrarse la respectiva audiencia inicial no se consideró procedente hacer un pronunciamiento de oficio respecto de la excepción de cosa juzgada, toda vez que la sentencia judicial proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga, el día 13 de junio de 2012³, en donde fungió como demandante el señor **Aníbal Ospina Alarcón** y, como entidad accionada, la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional**, estaba encaminada de determinar si el actor tenía o no derecho al reajuste de su asignación de retiro, con la inclusión de la prima de actividad como factor salarial en su totalidad, de conformidad con lo previsto en el Decreto 4433 de 2004.

En este sentido, debe indicarse que de la lectura de dicha providencia, se evidencia que el demandante solicitó la aplicación del Decreto 4433 de 2004, ya que dicha norma no establecía ningún porcentaje para efectos de computar la prima de actividad en la asignación de retiro, por lo que solicitó que se tuviera en cuenta en su totalidad (100% del valor devengado en actividad) y no en un 15%, tal como se hizo, situación distinta a la discutida en el presente asunto, toda vez que a través de este medio de control, pretende el reajuste de su asignación de retiro, aumentando para ello el factor salarial de prima de actividad en un 50%, por aplicación de lo previsto no sólo en el Decreto 4433 de 2004 sino también lo dispuesto en el Decreto 2070 de 2003

Tomando como marco de reflexión lo anterior, es importante precisar que el Despacho estudiará la legalidad del oficio No. 10580 del 26 de agosto de 2008, teniendo en cuenta que el análisis del que fue objeto dicho acto en la providencia señalada, se dio bajo fundamentos de derecho diferentes a los invocados en ésta oportunidad.

Es así, que al no haberse declarado su nulidad en la demanda señalada, su impugnación en ésta oportunidad resulta procedente, pues el mismo se encuentra vigente y su estudio actual recaerá en lo que respecta a la vulneración de la disposición contenida en el Decreto 2070 de 2003, entrándose a establecer si resulta viable ordenar el reajuste en un 50% del factor correspondiente a la prima de actividad, la cual fue incluida al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante en un porcentaje inferior.

Lo anterior, tiene como fundamento la disposición contenida en el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece lo siguiente:

*"La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. **La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada.**"*

³ Información extraída del CD de antecedentes administrativos, visible a folio 37 del plenario.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen. (...)" (Negritas y subrayas fuera de texto).

Finalmente, es del caso precisar que tampoco se encuentra configurada la excepción de cosa juzgada, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Valledupar, fechada el 09 de abril de 2012⁴, toda vez que en dicha oportunidad el demandante solicitó el reajuste de su asignación de retiro y el factor salarial de prima de actividad, con fundamento en el índice de precios al consumidor.

Aclarado lo anterior, se procederá a determinar el problema jurídico planteado en el asunto de la referencia.

3.3. Problema jurídico planteado:

El litigio se contrae a determinar la legalidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios Nrs. 10580/GAC-SDP del 26 de agosto de 2008 y 12627/GAC-SDP del 16 de junio de 2016, expedidos por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y; en consecuencia, se debe establecer si el señor **Aníbal Ospina Alarcón**, tiene derecho a que la entidad accionada reajuste su asignación de retiro, aumentado para ello el factor salarial de prima de actividad en un 50%, de conformidad con lo previsto en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004.

3.4. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

3.4.1. Del factor salarial de prima de actividad:

Ab initio, es menester indicar que la prima de actividad, fue concebida por el legislador como una prestación en favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para posteriormente convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro, en consideración a los años que el interesado estuvo en servicio activo, y de acuerdo al porcentaje establecido en la ley.

En lo que corresponde al desarrollo normativo de este factor salarial y su incidencia en las asignaciones de retiro, es importante partir de la norma que regulaba la misma para la fecha en que le fue reconocida la prestación bajo estudio al actor.

A partir de lo anterior, se tiene que en el año de 1977 fue expedido el Decreto 609, por el cual se reorganiza la carrera de Agentes de la Policía Nacional; norma que en su artículo 11 dispuso sobre el reconocimiento y pago del factor salarial de prima de actividad, lo siguiente:

"Artículo 11.- Prima de actividad: *Los agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima de actividad que será el 30% del sueldo básico y se aumentará en un 5% por cada cinco años de servicio cumplido".*

En lo que corresponde a las prestaciones por retiro, el artículo 55 ibídem, estableció que los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados bajo la vigencia del

⁴ Información extraída del CD de antecedentes administrativos, visible a folio 37 del plenario.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

mentado Decreto, tiene derecho al reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, en donde se liquidaran las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas: sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar y una **prima de actividad** equivalente al **15% del sueldo básico**.

Posteriormente, el Decreto 609 de 1977 fue derogado por el artículo 117 del Decreto 2063 de 1984; norma que dispuso el reconocimiento del factor salarial de prima de actividad en un porcentaje equivalente al 30% del sueldo básico y un aumento del 5% por cada cinco (5) años de servicios cumplidos y; en lo que corresponde al cómputo de este factor en la respectiva asignación de retiro, determinó:

"Artículo 99. Computo de prima de actividad. <Decreto derogado por el artículo 179 del Decreto 97 de 1989> A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

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

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

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

Como se puede observar, con la expedición del Decreto 2063 de 1984, actualmente derogado por el Decreto 97 de 1989, el factor salarial de la prima de actividad para efectos de computarse en la asignación mensual de retiro, fue incrementando del 15% (Decreto 609 de 1977) al 20% del sueldo básico, para aquellos Agentes que hayan logrado tener entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta importante destacar que el Decreto 97 de 1989, por el cual se reformó el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional, fue derogado por el Gobierno Nacional, a través del Decreto 1213 de 1990, norma que en lo que corresponde a la base para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas, dispuso lo siguiente:

"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.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

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.*

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

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

A su turno, el artículo 102 del Decreto 1213 de 1990, sobre el reconocimiento de la prima de actividad a favor de los Agentes de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, expuso lo siguiente:

"Artículo 101. Reconocimiento Prima de Actividad. *Los Agentes de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 24 de agosto de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa: - En vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%). - En vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%). - En vigencia fiscal de 1992 hasta el veinticinco por ciento (25%). (...)" (Negrilla y subrayado del Despacho)*

Posteriormente, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 17 del numeral 3° de la Ley 797 de 2003, expidió el Decreto 2070 de 2003, por medio del cual reformó el régimen pensional de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, Alumnos de las Escuelas de Formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

No obstante, este decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 del 06 de mayo de 2004, de la cual puede destacarse lo siguiente:

"...Las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

Por consiguiente, la distribución de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República, al momento de regular mediante ley marco el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública supone, en primer lugar, que el Congreso fije en la ley los elementos básicos del régimen general de las contingencias propias del sistema pensional y, en segundo término, que el Presidente de la República -con sujeción a dicho marco- establezca la normatividad destinada a reglamentar las materias que, por su variabilidad y contingencia, tornen imprescindible acudir a la técnica de dicho tipo de ley.

De conformidad con lo expuesto, la citada norma es inconstitucional por conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República para regular una materia sujeta a ley marco, es decir, establecer el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública (artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política...

...Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia... (...)"

A partir de la declaratoria de inexecutable antes referida, es claro que las normas anteriores a la expedición del Decreto 2070 de 2003, relativas al régimen de la asignación de retiro, así como de otras prestaciones a favor de los miembros de la Fuerza Pública, contenidas en el Decreto 1213 de 1990, recobraron plena vigencia, descartándose así la existencia de un vacío legal sobre dicha materia.

Seguidamente, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004⁵, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual fijó el régimen prestacional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, norma que dispuso sobre la materia, lo siguiente:

"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*

⁵ "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política."

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

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 en que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro”.

Ahora bien, en cuanto a la vigencia de este estatuto y las normas que derogaba, se tiene que el artículo 45 previó lo siguiente: *“...El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, **125 del Decreto 1213 de 1990**, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000.”*

En este sentido, de la lectura de la norma en cita, se logra determinar que el Decreto 4433 de 2004, sólo derogó el artículo 125 del Decreto 1213 de 1990, el cual se refería a la muerte con doce (12) años de servicio, circunstancia que permite inferir que el Decreto 4433 de 2004, en relación con el factor salarial de prima de actividad, no previó los porcentajes en que debe reconocerse este factor como partida computable con relación a las asignaciones de retiro, por tanto, al no haberse derogado lo correspondiente a dicho aspecto, esto es, a la forma en que se debe computar la prima de actividad, la normatividad vigente correspondería a la contenida en el Decreto 1213 de 1990.

Colorario de lo anterior, debe decirse que en forma posterior fue expedido el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones, a través del cual se incrementó en un 50%, a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de que trata la prima de actividad prevista en los artículos 84 del Decreto 1211 de 1990, 68 del Decreto 1212 de 1990 y 38 del Decreto 1214 de 1990, sin que se haya hecho alusión a las asignaciones reconocidas con fundamento en el Decreto 1213 de 1990.

Seguidamente, el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, estableció en su artículo 4º, lo siguiente:

“Artículo 4º. *En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se*

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.

En este punto, debe indicarse que el Consejo de Estado mediante providencia fechada el 23 de febrero de 2017⁶, procedió a negar la declaratoria de nulidad del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, al considerar que el acto acusado no incurrió en el vicio de vulneración del derecho a la igualdad con relación a los Agentes de la Policial Nacional, por la siguiente razón:

“...No se vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios al no incluirlos para efectos del ajuste dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía en la misma condición, toda vez que no se presenta un tertium comparationis en esta materia, puesto que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones y desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad”.

Finalmente, es menester indicar que el Consejo de Estado, mediante providencia fechada el 16 de abril de 2009⁷, en un caso similar al acá estudiado, se pronunció sobre el reajuste de la asignación de retiro, en los siguientes términos:

“...La Prima de Actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

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

La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 096 de 1989, debido a que la fecha de retiro de la actora, 15 de mayo de 1990, se encontraba vigente este Decreto, el cual estableció, como ya se dijo, que para los individuos con tiempo de vinculación entre 20 y 25 años se les liquidará en su asignación de retiro un porcentaje del 25%, lo cual aplicó la entidad demandada en la Resolución No. 5259 de 8 de noviembre de 1990 (fl. 91)

Así las cosas, estima la Sala que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad en un 33% por no acreditar más de 30 años en servicio activo.

Conforme a las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia que declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda.”

Como bien se observa, al momento de estudiarse un posible reajuste en la asignación

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00186-00(1316-10), Actor: Antonio Moyano, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Departamento Administrativo de la Función Pública.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 16 de abril de 2009, radicación No. 2002-10194-01 (2137-07), actor: Blanca Luz Restrepo Córdoba. Demandada: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

de retiro del actor, debe tenerse en cuenta la normatividad vigente para la fecha en que el mismo consolidó el derecho prestacional en comento.

3.4.2. Del derecho a la igualdad:

Ahora bien, teniendo en cuenta que el apoderado judicial de la parte actora, solicita el reajuste de la asignación de retiro del actor, con fundamento en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, por aplicación del principio constitucional del derecho a la igualdad, es del caso resaltar el pronunciamiento dado por el Consejo de Estado en sentencia fechada el 17 de octubre de 2013⁸, en donde indicó lo siguiente:

"El derecho a la igualdad: (...)

Nuestro ordenamiento Constitucional, cimentado en los postulados del Estado Social de Derecho, establece la garantía de la igualdad, tanto formal como material, en todos los ámbitos de la vida social:

(...).

En ese sentido, la Corte Constitucional ha implementado el uso de "un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial."

Recientemente, en relación con la aplicación del test en comento, el Alto Tribunal Constitucional, en la sentencia T-141 de 2013, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, manifestó lo siguiente:

"(...) La aplicación de dicho test ha llevado a la Corte a identificar explícitamente cuáles son los puntos más importantes que estudia para examinar los casos en los que un trato diferente vulnera el principio de igualdad. Sin embargo, "[p]odría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad."

Atendiendo lo expuesto en precedencia, es del caso concluir que: *"formalmente todas las personas son iguales ante la Ley, pero para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que beneficien a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad"*.

⁸ Consejo de Estado – Sección Segunda - Subsección ""B". C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Exp. AC-11001-03-15-000-201301821-00. Actor: José Narcés López Bermúdez. Accionado: Tribunal Administrativo del Tolima. Acción de Tutela.

3.5. Análisis del caso en concreto:

Ab initio, es menester indicar que el apoderado judicial de la parte actora promueve el presente medio de control, con el fin de que se reajuste la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta para ello, el factor salarial de prima de actividad, en un porcentaje equivalente al 50%, de conformidad con lo previsto en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004; así como en garantía del principio constitucional del derecho a la igualdad.

En este orden de ideas, de las pruebas que obran en el plenario, se tiene acreditado que mediante la Resolución No. 5393 del 27 de octubre de 1981⁹, la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional** ordenó el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro a favor del señor **Aníbal Ospina Alarcón**, en un porcentaje equivalente al 78% de las partidas legalmente computables para el grado de Agente, efectiva a partir del 11 de mayo de 1981 y; en lo que corresponde al factor salarial de prima de actividad, se observa que inicialmente fue reconocido en un porcentaje equivalente al 15% del sueldo básico, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 del Decreto 609 de 1977.

Luego, atendiendo lo expuesto por los representantes judiciales tanto del extremo activo como del extremo pasivo del litigio¹⁰, se logra acreditar que al señor **Aníbal Ospina Alarcón** se le incrementó el porcentaje de la partida computable de prima de actividad en un 20%, en aplicación de lo previsto en el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, toda vez que el actor tenía entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio; afirmación que se logra corroborar con los formatos de liquidación que obran dentro del expediente administrativo¹¹, de los cuales se desprende que a partir del 1º de enero de 1991, su asignación de retiro fue incrementada en dicho porcentaje, tal como se observa a continuación:

Fecha	% en que ha sido incrementado el factor de prima de actividad
1º de enero de 1984	15%
1º de enero de 1985	15%
1º de enero de 1986	15%
1º de enero de 1987	15%
1º de enero de 1988	15%
1º de enero de 1989	15%
1º de enero de 1990	18.5%
1º de enero de 1991	20%
1º de enero de 1992	20%
1º de enero de 1993	20%
1º de enero de 1994	20%
1º de enero de 1995 en adelante	20%

Aquí, resulta importante precisar que de las pruebas que obran en el plenario, se logra determinar que la asignación de retiro del actor no fue ajustada teniendo en cuenta

⁹ Folio 8 del expediente.

¹⁰ Información extraída del acápite de estimación razonada de la cuantía, folio 32 del expediente y de lo indicado en el Acta de Comité de Conciliación de la entidad accionada, fechada el 11 de enero de 2018, visible a folio 71 del plenario.

¹¹ Folio 37 del expediente.

para ello un 50% del porcentaje de prima de actividad, a partir del 1º de julio de 2007, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, pues como se expuso en precedencia, dicha normatividad no incluyó a los Agentes de la Policial Nacional, en los efectos del ajuste dispuesto en su artículo 2º, el cual sólo era aplicable para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policial Nacional; sin embargo, no se hace ninguna precisión al respecto, como quiera que dicha norma no fue invocada como vulnerada por el actor a través de este medio de control; amén de que dicho problema jurídico conformó el litigio planteado en el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga¹².

Aclarado lo anterior, es del caso precisar que inicialmente la normatividad que sustentó el reconocimiento de la asignación de retiro del señor **Aníbal Ospina Alarcón**, fue el Decreto 0609 de 1977, como quiera que su retiro definitivo del servicio se dio el día 11 de mayo de 1981, según se desprende de la hoja de servicios No. 1147, visible a folio 6 del expediente; así mismo, queda claro que el factor computable de prima de actividad fue incrementado a partir del 1º de enero de 1991, en virtud del Decreto 1213 de 1990; norma que dispuso su aplicación retroactiva de manera específica frente a este asunto, tal como se expuso en precedencia.

Ahora bien, en lo que corresponde al reajuste de la asignación de retiro con fundamento en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, el Despacho considera que dicha pretensión no puede prosperar, en razón a que para la fecha en que dichas normas entraron a regir, el actor ya tenía plenamente consolidado su derecho y había adquirido su status de pensionado, pues el Decreto 2070 de 2003, empezó a regir el 25 de julio de 2003 (Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 del 06 de mayo de 2004) y, el Decreto 4433 de 2004, empezó a regir el 31 de diciembre de 2004.

Significa lo anterior, que al haberse reconocido la asignación de retiro el día 11 de mayo de 1981, no resultaría viable retrotraer los efectos de los Decretos 2070 de 2003 (durante el tiempo que estuvo vigente) y 4433 de 2004, tal como lo pretende la parte actora, pues como se expuso en precedencia, dichas normas empezaron a regir con posterioridad a la fecha en que el actor adquirió su status de pensionado; amén de que en ninguno de los apartes de dichos Decretos se hizo alusión a la aplicación retroactiva de la misma.

Contrario a lo anterior, debe precisarse que el Gobierno Nacional al momento de expedir el Decreto 1213 de 1990, en su artículo 101, dispuso sobre la aplicación retroactiva del reajuste del factor salarial de prima de actividad a las pensiones o asignaciones de retiro de los Agentes de la Policial Nacional que se habían retirado con anterioridad al 24 de agosto de 1984, por lo que puede inferirse que dicha norma si hizo alusión a la forma en que debía reajustarse dicho factor salarial en la asignación de retiro del actor.

Por tanto, debe indicarse que si bien la prima de actividad se debe incrementar en unos porcentajes con relación al tiempo de servicio, y ésta constituye partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 23 y 24 del Decreto 4433 de 2004, lo cierto es que esta normatividad no le resulta aplicable a la situación particular del demandante, ya que es aplicable a hechos ocurridos a partir de la entrada en vigencia de dicha norma.

¹² Información extraída del CD de antecedentes administrativos, visible a folio 37 del plenario.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

En este sentido, debe precisarse que por regla general, la norma rige hacia el futuro, de modo que opera para los hechos ocurridos a partir de su entrada en vigencia y hasta el momento de su derogación, sin desconocer que, excepcionalmente, puede tener efectos retroactivos, caso en el cual, así deberá disponerse sobre dicho aspecto en la norma respectiva; situación que no ocurrió en el caso en concreto, pues al expedirse los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, no se hizo alusión a la aplicación retroactiva de los preceptos allí consignados, así como tampoco se refirió de manera precisa al porcentaje en que debía incrementarse el factor salarial de prima de actividad para aquellos Agentes que ya ostentaban la calidad de retirados.

Igualmente, no resulta procedente ordenar el reajuste de la asignación de retiro, con fundamento en el Decreto 2070 de 2003, pues dicha norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 y, por ende a partir de dicho fenómeno jurídico, las normas anteriores relativas a la asignación de retiro y sus partidas computables, recobraron plena vigencia; es por ello que puede inferirse que la normatividad aplicable es la contenida en el Decreto 1213 de 1990, norma que efectivamente ha venido aplicando la entidad accionada, luego de haber sido derogado el Decreto 609 de 1977, el cual había servido de fundamento para el reconocimiento de su asignación de retiro.

Por otro lado y, teniendo en cuenta que el actor alega una flagrante vulneración del derecho a la igualdad, por cuanto considera que se está dando un trato discriminatorio frente los Agentes de la Policial Nacional que obtuvieron el derecho a la asignación de retiro, en vigencia de los Decretos 1213 de 1990, 2070 de 2003 o 4433 de 2004, los cuales obtuvieron un porcentaje superior del factor salarial de prima de actividad, el Despacho advierte que una vez realizado el test de igualdad, encontró que en el presente asunto no existe vulneración a la garantía invocada, como quiera que ambos grupos de Agentes se encuentran en diferentes supuestos fácticos, ocurridos en tiempos diferentes y sometidos a regímenes jurídicos distintos, es decir que, la situación jurídica de cada uno de ellos se consolidó bajo la vigencia de un régimen jurídico diferente; circunstancia que impide deprecar un trato desigual, pese a que ostentan la misma calidad de Agentes en retiro.

Así las cosas, el Despacho concluye que en el *sub-lite*, no hay lugar a ordenar el reajuste de la asignación de retiro del actor, aumentado para ello el factor salarial de prima de actividad en un 50%, de conformidad con lo previsto en los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004; en primer lugar, porque el Decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 y, en segundo lugar, por que el Decreto No. 4433 de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, rige a partir de la fecha de su publicación; por lo que regula las situaciones pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional que se consolidaron a partir de su vigencia, esto es, con posterioridad al 31 de diciembre de 2004.

Adicional a lo anterior, del estudio de las normas que rigen la materia, se logró acreditar que la entidad accionada reajustó la asignación de retiro con plena observancia de los postulados del Decreto 1213 de 1990 (artículo 101), por encontrarse derogado el Decreto 609 de 1977, sin que se vislumbre vulneración alguna al derecho a la igualdad del actor frente a los Agentes de la Policía Nacional, a los cuales se les reajustó el factor salarial de prima de actividad en un porcentaje mayor, por haber obtenido el derecho pensional con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia el Decreto 4433 de 2004.

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

A partir de los argumentos antes expuestos y al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, se procederá a negar las pretensiones de la demanda y a declarar probadas las excepciones denominadas: "*inexistencia del derecho que se exige y legalidad de la actuación de CASUR*", propuestas por el apoderado judicial de la entidad accionada.

3.6. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016¹³, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017¹⁴, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, "*...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas**". (Negrilla y subrayado del Despacho).*

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas: "*inexistencia del derecho que se exige y legalidad de la actuación de CASUR*", propuestas por el apoderado judicial de la entidad accionada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No: 76001-33-33-009-2017-00180-00

SEGUNDO: NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS, conforme a lo expuesto en este proveído.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCÍO VELANDÍA BERMEO
Juez