

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/Asignación de retiro/ El reconocimiento y liquidación de las prestaciones periódicas de término indefinido se rige por la normativa vigente al tiempo en que ocurre el retiro del servicio / El Decreto 4433 en su artículo 45 precisa su vigencia a partir de la fecha de publicación, hacia el futuro, por lo que mal puede pretenderse su aplicación retroactiva so pretexto de guardar una igualdad que no es tal entre los retirados con posterioridad a dicha fecha y aquellos que como el aquí demandante ya habían consolidado la prestación/Niega pretensiones/Revoca decisión del A quo.

Como se ha indicado, el actor pretende que su asignación de retiro, reconocida con arreglo al Decreto 2063 de 1984, le sea reajustada con adición del porcentaje de prima de actividad incluida como partida dentro de la base liquidatoria, en aplicación del Decreto 4433 de 2004, y considerando los principios de favorabilidad, igualdad y oscilación.

Sin embargo, conforme a lo analizado en precedencia, es claro que dicha pretensión deviene improcedente, pues el reconocimiento y liquidación de las prestaciones periódicas de término indefinido, allí la asignación de retiro, se rige por la normativa vigente al tiempo en que ocurre el retiro del servicio, que en el caso del actor, según se acreditó, corresponde al 28 de junio de 1988.

Como se dijo, la reforma introducida por el Decreto 4433 de 2004, consistente en la modificación de la fórmula de cómputo de la asignación de retiro, las partidas computables y el porcentaje de reconocimiento, ningún efecto tuvo respecto de las situaciones particulares causadas y consolidadas bajo el amparo de las escalas reguladas en los regímenes anteriores; además, el propio Decreto 4433 en su artículo 45 precisa su vigencia a partir de la fecha de publicación, hacia el futuro, por lo que mal puede pretenderse su aplicación retroactiva so pretexto de guardar una igualdad que no es tal entre los retirados con posterioridad a dicha fecha y aquellos que como el aquí demandante ya habían consolidado la prestación, según lo marcó la Corte Constitucional.

En consecuencia, concluye la Sala que no le asiste al actor derecho al reajuste de la asignación de retiro con inclusión de la prima de actividad en el porcentaje pretendido, por tal, conforme lo antes expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

-SALA DE DECISIÓN 005-

SENTENCIA NR044

Popayán, veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado

Radicación: 19001333100520100025601
Demandante: José Oscar Becerra Llantén
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 2 de mayo de 2012 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES (fl. 1-13 C. Ppal)

A) DECLARACIONES.

Que se declare la nulidad del oficio 17910 del 28 de noviembre de 2008, por medio del cual CASUR negó el reconocimiento de la nivelación salarial, reliquidación, reajuste, aumento y cómputo del porcentaje de la prima de actividad en la asignación de retiro o pensión de que goza actualmente mi mandante en calidad de Agente ®.

B- CONDENAS.

1. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, condénese a la entidad accionada a reliquidar, reajustar, pagar la diferencia entre lo pagado y dejado de pagar, y a computar en la asignación de retiro el porcentaje faltante de la prima de actividad entre el reconocido en la asignación de retiro a mi poderdante y el ordenado computar en los Decretos 2070 de 2.003, Ley 923 de 31/12/2004, reglamentada por el Decreto 4433 de 2004, desde el año 2004 hasta la fecha en que la instancia ponga fin al proceso.

2. Así mismo, declarada la nulidad y restablecimiento el derecho particular, condénese a CASUR, a cancelar al demandante, las actualizaciones dinerarias consecuentes con la variación del Índice de Precios al Consumidor I.P.C., desde el 25 de julio de 2003 hasta la fecha en que se cancele la PRIMA DE ACTIVIDAD, materia de la presente acción.

3. Ordénese a la entidad demandada a pagar, RELIQUIDAR, REAJUSTAR, e INDEXAR y demás prestaciones sociales del actor por concepto de PRIMA DE ACTIVIDAD, con el mayor porcentaje legal y en forma permanente, a partir del 25 de julio de 2003, como resultado del reconocimiento del derecho anterior, de acuerdo con su grado en retiro; de lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento sin causa para mi poderdante.

4. Que se compute e incorpore en la asignación de retiro o pensión el porcentaje de prima de actividad, como lo ordena el Decreto 4433 de 2004, que modificó los Decretos 1211, 1212 y 1213, en igual porcentaje al que se está liquidando, a los que se retiran con la normatividad vigente.

5. Las sumas que se obligada a pagar (sic) a mi poderdante serán 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 hubiere lugar (art. 177) y en los términos de del artículo 176 ibídem.

6. Igualmente deberá pagar los intereses moratorios exigibles a partir de la causación de la PRIMA DE ACTIVIDAD, es decir desde el año 2004, sobre el mayor valor de la pensión reajustada y hasta cuando se cancele efectivamente dicho reajuste.

7. Dispóngase se dé cumplimiento al fallo que haya de proferirse, en los términos de lo previsto en los artículos 176 y 177 de Código Contencioso Administrativo.

8. Que se condene en costas a la parte demandada, como quiera que es deber y obligación del Director de CASUR mediante resolución motivada, mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro ya reconocidas en virtud del principio de oscilación consagrado en la Ley 2ª de 1945, en los Decretos 1211, 1212, 1213, 2070 de 2.003 y 4433 de 2004”.

2. HECHOS

Mediante Resolución 4010 del 10 de octubre de 1988, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció al actor en su condición de agente ®, una asignación de retiro. Mediante petición radicada bajo el número 96177 del año 2007, el demandante solicitó se reliquidara su asignación de retiro incrementándose el porcentaje de la partida correspondiente a la prima de actividad con fundamento en el principio de oscilación y en los términos del Decreto 4433 de 2004, petición que fue finalmente denegada por la entidad.

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

Señala como normas violadas las siguientes:

Normas Constitucionales: Artículos: 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48 y 53 y el Preámbulo.

Normas legales: Ley 2ª de 1945: Artículo 34; Ley 100 de 1993: Artículo 8; Ley 4ª de 1992: Artículos 1, 2, 4, 10 y 13; Ley 923 de 2004: Artículos 2 numeral 2.1, 2.4; Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1.990, Decreto 2070 de 2.003; Decretos 1211, 1212, 1213 de 1990, 2070 de 2003, 4433 de 2004.

Argumenta que conforme a la jurisprudencia contenciosa administrativa, en aplicación de los principios de igualdad, favorabilidad, condición más beneficiosa, oscilación, y del derecho adquirido, al actor debió serle liquidada y pagada su asignación de retiro bajo los parámetros establecidos en el Decreto 4433 de 2004 al momento en que entró en vigencia, pues éste trajo consigo la derogatoria de la escala de porcentajes fijos establecidos en el Decreto 1213 de 1990 aplicado a la liquidación del actor. Por tal, sostiene que al negar la demandada el reajuste en esos términos, el acto demandado incurrió en falsa motivación.

B. CONTESTACIÓN

El apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional contesta la demanda (Fl. 49-58 C. Ppal), oponiéndose a las pretensiones. Argumenta que el actor adquirió su derecho a la asignación mensual de retiro en vigencia del Decreto 2340 de 1971, y no con base en los

Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, por tal tiene derecho a que se le compute el tiempo establecido y el porcentaje de asignación conmemorado en la norma que tuvo vigencia jurídica para el retiro del señor agente, señalando que lo contrario violaría el principio de la seguridad jurídica, la consolidación pensional y los derechos adquiridos.

Como excepciones plantea las de i) *inexistencia del derecho*, ii) *incorrecta interpretación del principio de oscilación*, iii) *omisión de la irretroactividad de la ley por consolidación del derecho de conformidad con los cálculos actuariales realizados para conceder el derecho*, iv) *indebida escogencia de la acción*, v) *falta de fundamento jurídico para las pretensiones*, vi) *genérica e innominada*.

C. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán profirió sentencia el 02 de mayo de 2012 en el cual resolvió: (Fl. 183-191 C. Ppal)

*“Primero: Se declara probada oficiosamente la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia por lo que se inhibe el Despacho para pronunciarse de fondo.
(...)”*

El A quo considera que en el presente asunto se configura una inepta demanda, toda vez que no fue demandado el acto ficto presunto surgido por la falta de respuesta o notificación del Oficio 20617 de 12 de diciembre de 2008 en relación con la petición radicada bajo el radicado 096391 del 19 de diciembre de 2007, referente al reajuste de la asignación con inclusión de la prima de actividad.

Señala que las pretensiones de la demanda deben formularse de tal forma que le permitan al juez establecer plenamente que es lo pretendido y así delimitar el objeto de la controversia, en procura de los derechos de defensa y debido proceso, en tanto se requiere que con absoluta precisión, claridad e individualización se presente la demanda.

Concluye que la inadecuada formulación de la demanda, da lugar a que se configure una inepta demanda la cual no permite al juzgador decidir de fondo, toda vez que no fue demandado el acto ficto presunto surgido del silencio administrativo por falta de respuesta a la petición de 19 de diciembre de 2007.

D. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora apela la sentencia de primera instancia, indicando que la misma se fundamentó *“en una interpretación exegética de la norma, desconociendo el régimen especial aplicable en este caso, lesionando los intereses de mi prohijado e incurriendo incluso en errores de interpretación”* y agrega que *“plantea el A quo, que la disposición aplicable a mi mandante es la disposición que se encontraba vigente al momento de reconocerle y liquidársele su asignación de retiro, y que entre sus partidas computables se liquidaba en un 20% de prima de actividad del sueldo básico correspondiente conforme obro la Caja. Señala que no se puede*

aplicar la norma diferente a la que estaba en vigencia cuando se produjo el retiro de mi prohijado en tanto que esta era la norma vigente y que regulaba la prima de actividad a la fecha en que CASUR profirió la Resolución que le reconoció la asignación a mi mandante. Es decir, no aplica la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, y menos aún el Decreto 4433 del mismo año, todas ellas por haber sido expedidas con posterioridad a la fecha en que mi prohijado adquirió el derecho a su asignación de retiro”.

Aunado a lo anterior, afirma que le asiste al demandante el derecho al incremento del porcentaje percibido como prima de actividad dentro de su asignación de retiro. Considera que el no darse aplicación a la Ley 923 de 2004, ni al Decreto 4433 del mismo año, el A quo desconoció el efecto inmediato del principio de oscilación regulado en este último; y que si bien la jurisprudencia contenciosa administrativa acepta que para privilegiar el principio de favorabilidad se puedan hacer modificaciones a las asignaciones de retiro, ello está condicionado a que no se contraría el derecho constitucional al reajuste periódico de las mismas de suerte que no se desmejoren las condiciones de los pensionados; perspectiva ésta que dice fue desconocida en la sentencia impugnada, incurriendo por tanto en una vía de hecho. (Fl. 195-203 C. Ppal 1 y 2)

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público rinde concepto expresando que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que el apelante no expuso motivos de inconformidad con la sentencia que recurrió, pues refiere que éste se limitó a reiterar los argumentos de la demanda, sin atacar y objetar en ningún sentido el fallo recurrido por cuanto el juez de primera instancia no analizó ni decidió el litigio sino que se inhibió de fallar por configurarse la ineptitud sustantiva de la demanda.

En este sentido, considera que al guardar congruencia el recurso de apelación con el fallo recurrido, no existe ningún motivo o argumento que desvirtúe o permita revocar la decisión tomada por el A quo, que refiere de todos modos, es acertada y conforme a la realidad probatoria del proceso. (Fl. 217 – 220 C. Ppal)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, conforme lo establecido en el artículo 133 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), aplicable en el sub examine en razón a que la demanda fue promovida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Cuestión previa

En la sentencia apelada el Juez de primera instancia se inhibió para pronunciarse de fondo al considerar que se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda, en tanto no se demandó el acto ficto presunto producto del silencio administrativo negativo frente a la petición elevada en vía administrativa por el actor referente a lo pretendido en la demanda.

Contrario a lo estimado por el A quo, encuentra la Sala como pasa a verse, que el presente asunto no adolece de vicios procesales tales como la ineptitud sustantiva de la demanda, que impidan un pronunciamiento de fondo por parte del Juez, circunstancia que a pesar de no ser objeto de apelación, no puede la Sala pasar por alto, puesto que implicó que no se resolviera de fondo el asunto propuesto por el actor ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Pues bien, se observa que en vía administrativa el actor radicó ante la entidad demandada, en la misma fecha, esto es el 19 de diciembre de 2007, dos derechos de petición de similar contenido, dirigidos a que se incorporara la prima de actividad en la asignación de retiro en un porcentaje mayor al inicialmente reconocido, los cuales fueron radicados bajo los números **096177** y **096391** (Fl. 162-163 y 166-167 C. Ppal).

Frente a las peticiones elevadas, a pesar de tratarse del mismo escrito, la entidad dio respuesta a cada una de ellas a través de actos administrativos diferentes, **oficio No. 17910 de 28 de noviembre de 2008** (respuesta a la petición 096177) y **oficio No. 20617 de 12 de diciembre de 2008** (respuesta a la petición 096391), sin que por su parte, obre en el expediente la respectiva constancia de la notificación realizada de dichos actos, siendo demandando en el presente asunto, únicamente el primero de los mencionados.

En cuanto al trámite de notificación de los actos emitidos por la entidad demandada, se encuentra que con la presentación de la demanda la parte actora admite conocer y por tal que se le notificó en debida forma el acto enjuiciado, esto es el oficio No. 17910 de 28 de noviembre de 2008, sin mencionar por ningún lado que conozca del segundo acto emitido por la administración, entendiéndose por tal la parte actora, que fue con aquél con el cual se definió su situación jurídica.

En este orden, no desconoce la Sala que al radicar el actor dos peticiones, implicó para la Administración la emisión de dos actos administrativos, no obstante se advierte que al no existir constancia de la notificación del segundo acto administrativo - Oficio No. 20617 de 12 de diciembre de 2008 – se entiende que la parte interesada no lo conoció y por tal que no existió respuesta frente a la petición respectiva. En consecuencia, encuentra la Sala que la anterior situación administrativa generó un acto ficto presunto, que de conformidad con el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo¹, se entiende producido una vez transcurrido el término de 3

¹ **ARTICULO 40. SILENCIO NEGATIVO.** Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto.

meses, que para el caso ocurrió el **19 de marzo de 2008**, es decir con anterioridad a la emisión del acto debidamente demandado, oficio No. 17910 de **28 de noviembre de 2008**.

Bajo lo expuesto, se concluye que el acto que en definitiva resolvió la situación prestacional del señor Becerra Llantén, es en efecto el llamado a enjuiciar por la parte demandante en las pretensiones de la demanda, esto es el oficio No. 17910 de 28 de noviembre de 2008, que expresamente negó el reajuste requerido por el actor y frente al cual, al no existir actos posteriores, resulta procedente su control judicial.

De este modo, encuentra la Sala que al no existir la ineptitud sustantiva de la demanda declarada por el A quo, no había impedimento procesal alguno que impidiera al Juez de primera instancia emitir un pronunciamiento de fondo frente a la reclamación prestacional del actor, máxime cuando jurisprudencialmente se ha indicado que el juez debe evitar los fallos inhibitorios, por tal, no puede esta Sala pasar por alto dicha situación, siendo necesario emitir un pronunciamiento que resuelva de fondo el asunto pretendido, cual es el reajuste de la asignación de retiro del señor José Oscar Becerra Llantén con inclusión de la prima de actividad.

2. Problema Jurídico

Se trata de determinar si al actor le asiste el derecho a que su asignación de retiro le sea reliquidada con fundamento en el Decreto 4433 de 2004, en aplicación de los principios de favorabilidad y oscilación, teniendo que declararse en consecuencia la nulidad del acto ficto demandado.

Para el efecto la Sala examinará, en primer término, el marco normativo que rige la prima de actividad como partida computable dentro de la asignación de retiro del personal de agentes de la Policía Nacional; a continuación abordará la subregla relativa al régimen aplicable para la liquidación de las pensiones y asignaciones en consideración a la fecha de retiro del servidor, y finalmente estudiará el caso concreto.

3. Lo probado en el sub examine

En el proceso está demostrado que mediante Resolución No. 4010 de 10 de octubre de 1988, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció al señor José Oscar Becerra Llantén, en su condición de agente retirado AG®, una asignación de retiro con base en el Decreto 2063 de 1984, en cuantía equivalente al 85% del sueldo básico en actividad correspondiente al grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 28 de junio de 1988. (Fl. 22-23 C. Ppal).

La prima de actividad fue incluida como partida de cómputo dentro de la base liquidatoria de la asignación, en cuantía equivalente al 25%, según consta en las liquidaciones anuales correspondiente a los años 1997 a 2006 aportadas con la demanda (f. 33-42 C. Ppal).

Mediante petición radicada el 19 de diciembre de 2007, el actor solicitó a CASUR la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro, con incremento de la partida correspondiente a la prima de actividad, en los términos del Decreto 4433 de 2004 (Fl. 162-163 C. Ppal); dicha solicitud fue negada por la entidad mediante el Oficio No. 17910 GAG-SDP de 28 de noviembre de 2008, aquí demandado (Fl. 164-165 C. Ppal).

4. Prima de actividad como partida de cómputo de la asignación de retiro del personal de agentes de la Policía Nacional

La prima de actividad es considerada como factor de cómputo en las asignaciones de actividad de la Fuerza Pública desde la expedición del Decreto Extraordinario 188 de 1968, artículo 4°.

El Decreto 2063 de 1984, que reorganizó la carrera de Agentes de la Policía Nacional, y con base en el cual le fue reconocida al actor su asignación de retiro, mantuvo la escala establecida para el reconocimiento de la prima de actividad en favor del personal en actividad, y creo una nueva, aplicable al reconocimiento de la misma prima para el personal beneficiario de la asignación de retiro en consideración al tiempo servido, así:

ARTÍCULO 40. 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 cumplidos.

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

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

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

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

En el artículo 109 del citado decreto, se reguló la fórmula de reajuste anual de las asignaciones de retiro con base en el principio de oscilación, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 109. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. <Decreto derogado por el artículo 179 del Decreto 97 de 1989> Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de este estatuto; en ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Agentes o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

Estas normas fueron derogadas por el Decreto 097 de 1989.

Posteriormente, el Decreto 1213 de 1990, por el cual se reformó el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional, estableció una regulación de la prima de actividad como “*elemento de salario*”, para el personal activo (Art. 30), y como “*factor salarial*” o partida de cómputo dentro de las asignaciones de retiro y pensiones, en ambos casos a partir de escalas porcentuales variables de acuerdo al tiempo de servicio (Art. 100 y 101), así²:

“Artículo 30. Prima de Actividad. Los Agentes de la Policía Nacional **en servicio activo**, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido”.

“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.
- (...)”

“Artículo 101. COMPUTO 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.” (Negritas fuera de texto)

Como puede advertirse la prima de actividad ha sido erigida por el legislador extraordinario desde una doble óptica; como elemento de salario, fijada en un porcentaje equivalente en principio al 33% del sueldo básico para el personal activo de agentes³, aumentable en proporción del 5% por cada 5 años de servicios; pero también, como factor de salario o salarial computable como partida dentro de la base liquidatoria de la asignación de retiro, de acuerdo a una escala porcentual y siempre en función del salario básico percibido al tiempo del retiro.

Siguiendo el recorrido normativo, en uso de la facultad establecida en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, fue sancionada la Ley 923 de 2004, en la cual se fijaron los principios, objetivos y criterios a que se sujetaría el Gobierno para fijar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

² Escalas similares se establecieron respecto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional en el Decreto 1211 de 1990 (art. 159)

³ Que se mantuvo hasta el 2007 (Decreto 2863/07) como adelante se verá.

En desarrollo de esa última se expidió el Decreto 4433 de 2004 (diciembre 31), por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y en el cual se reguló la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares y de Policía. En lo que interesa para el asunto bajo examen, adviértase que el nuevo decreto revalidó la prima de actividad como *partida computable* dentro de la base liquidatoria de las asignaciones de retiro y pensiones del personal de agentes, así:

“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 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.

(...)” (Negrillas fuera de texto).

A su turno, el artículo 24 *ibídem* reguló el porcentaje de reconocimiento aplicable a la base liquidatoria de las asignaciones de retiro del personal beneficiario de la nueva regulación, bajo una escala determinada por el tiempo de servicio cumplido por el servidor al tiempo del retiro, en los siguientes términos:

“Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y **Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto**, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por

llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables. (...)”

Como puede verse, la escala que allí se establece hace relación a los porcentajes aplicados a la base salarial ya integrada por las partidas que sean computables según el caso, es decir, que sólo varió el porcentaje a aplicar sobre el salario base de liquidación de las asignaciones de retiro; no contempló específicamente una escala porcentual aplicable a la prima de actividad como partida de cómputo en la base liquidatoria de la asignación de retiro en función del tiempo de servicio, como lo hiciera el Decreto 1213 de 1990 para el personal de agentes de la Policía Nacional.

También reguló el Decreto 4433 de 2004 el principio de oscilación, en los mismos términos que lo hiciera el Decreto 1213 de 1990:

“Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, **se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.** En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. (Negrilla fuera de texto).

Es claro entonces que el Decreto 4433 de 2004, reguló la prima de actividad, pero considerada como *factor salarial* o partida computable en la base liquidatoria de la asignación de retiro de quienes a partir de su vigencia adquirieran el status de retirados con derecho a la asignación; por tanto, ningún efecto tuvo frente a la prima de actividad que como elemento de salario perciben quienes están en servicio activo, como no podía tenerlo si el decreto no establece reglas sobre asignación básica o elementos salariales del personal en actividad, aspectos éstos que son materia de decreto anual de salarios. De ahí que a pesar de la expedición del Decreto 4433, en materia de reconocimiento de la prima de actividad para el personal de agentes activos persistió la regla del Decreto 1213 de 1990 (artículo 101): un porcentaje del 33% aumentable en 5 puntos porcentuales por cada 5 años de servicio.

Por ello, no puede aceptarse la interpretación según la cual, al amparo del principio de oscilación, la modificación de las reglas de liquidación de las asignaciones de retiro -como ocurrió con el Decreto 4433 de 2004 frente al Decreto 1213 de 1990 para el personal de agentes de la Policía Nacional⁴-, tiene la virtualidad de afectar las situaciones consolidadas,

⁴ Y de los decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990 para oficiales y suboficiales de la Policía y las FFMM y del personal civil de la primera, y del Ministerio de Defensa.

esto es, las asignaciones de retiro reconocidas con arreglo a normas anteriores, pues dicho principio tiene como premisa básica que exista una variación, pero en las *asignaciones de actividad* del personal activo, que deben repercutir en las asignaciones de retiro y no a la inversa, y porque además en virtud del principio de irretroactividad de la ley, la modificación al régimen de asignaciones rige hacia el futuro.

5. La fecha del retiro del servicio determina la normatividad aplicable para el reconocimiento y liquidación de las pensiones y asignaciones de retiro

Sobre este punto la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido pacífica: el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro y en general de todas las prestaciones periódicas de término indefinido, se rige por la normativa vigente al tiempo en que ocurre el retiro. Al respecto resulta ilustrativa, entre otras⁵, la sentencia del 26 de marzo de 2009⁶, en la que al resolver un asunto similar en que un miembro de la fuerza pública pretendía la reliquidación de su asignación de retiro con aplicación de una norma posterior a aquella en virtud de la cual le había sido reconocida dicha prestación, se dijo:

“La disposición legal aplicable al caso se encuentra contenida en el Decreto 095 de 1989, debido a en que la fecha de retiro del actor, 30 de abril de 1989, 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 aplico la entidad demandada en la Resolución No. 666 de 10 de abril de 1989 (Fl. 11).

Así las cosas estima la Sala que el 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, razón por la cual la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada, con la aclaración de que la preceptiva aplicable al sub lite es el Decreto 095 de 1989.”

Luego no es procedente la revisión o reajuste de una pensión o asignación de retiro con base en una norma posterior a aquella que sirvió de base para su reconocimiento.

En el mismo sentido, y considerando que en el sub examine se discute precisamente la posibilidad de que se reliquide la asignación de retiro del actor con aplicación del Decreto 4433 de 2004, resulta pertinente referir las consideraciones contenidas en la sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2005, que declaró exequible el artículo 6° de la Ley 923 de 2004 frente al cargo de violación del derecho a la igualdad propuesto bajo el argumento de que la nueva regulación excluía su aplicación al personal que hubiera consolidado derechos en vigencia de regímenes anteriores. Según la alta Corporación:

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

⁵ Ver, entre otras: sentencias de 28 de septiembre de 2006, CP: Jesús María Lemus Bustamante, Núm. Interno 2955-04; de 16 de abril de 2009, CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Núm. Interno. 2737-07.

⁶ Sección Segunda, CP: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Núm. Interno 0871-07.

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

De esta manera, es claro que no se vulnera el derecho a la igualdad por falta de aplicación del Decreto 4433 de 2004 a situaciones consolidadas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, porque se trata de situaciones resueltas conforme al régimen pensional vigente a la fecha en el que se adquirió el status de retirado.

6. El caso concreto

Como se ha indicado, el actor pretende que su asignación de retiro, reconocida con arreglo al Decreto 2063 de 1984, le sea reajustada con adición del porcentaje de prima de actividad incluida como partida dentro de la base liquidatoria, en aplicación del Decreto 4433 de 2004, y considerando los principios de favorabilidad, igualdad y oscilación.

Sin embargo, conforme a lo analizado en precedencia, es claro que dicha pretensión deviene improcedente, pues el reconocimiento y liquidación de las prestaciones periódicas de término indefinido, allí la asignación de retiro, se rige por la normativa vigente al tiempo en que ocurre el retiro del servicio⁷, que en el caso del actor, según se acreditó, corresponde al 28 de junio de 1988.

Como se dijo, la reforma introducida por el Decreto 4433 de 2004, consistente en la modificación de la fórmula de cómputo de la asignación de retiro, las partidas computables y el porcentaje de reconocimiento, ningún efecto tuvo respecto de las situaciones particulares causadas y consolidadas bajo el amparo de las escalas reguladas en los regímenes anteriores; además, el propio Decreto 4433 en su artículo 45 precisa su vigencia a partir de la fecha de publicación, hacia el futuro, por lo que mal puede pretenderse su aplicación retroactiva so pretexto de guardar una igualdad que no es tal entre los retirados con posterioridad a dicha fecha y aquellos que como el aquí demandante ya habían consolidado la prestación, según lo marcó la Corte Constitucional.

En consecuencia, concluye la Sala que no le asiste al actor derecho al reajuste de la asignación de retiro con inclusión de la prima de actividad en el porcentaje pretendido, por tal, conforme lo

⁷ En asuntos similares esta Corporación se ha pronunciado negando las pretensiones de las demandas; ver, por ejemplo, la sentencia del 26 de abril de 2012, M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz, expediente: 19001-23-31-002-2008-00067-02, demandante Luis Franco Molina Hoyos, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de La Policía Nacional, recientemente la sentencia del 15 de febrero de 2013, M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade, exp. 19001 33 31 001 2009 00450 01, demandante: Marco Fidel Piedrahita.

antes expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de mayo de 2012 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán dentro del proceso de nulidad y restablecimiento promovido por el señor Oscar Becerra Llantén contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía CASUR, y en su lugar se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al juzgado que por reparto le corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados

CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

MAGNOLIA CORTES CARDOZO