



Cartagena de Indias D, T y C, primero (1º) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2013-00073-01
Demandante	LUÍS ALBERTO DEL VALLE CARO
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	PRIMA DE ACTUALIZACIÓN Y REAJUSTE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO CON BASE EN EL IPC
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹.

1.1. PRETENSIONES.

"PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo presunto negativo que implica la denegación del derecho al reconocimiento y pago de los conceptos solicitados mediante petición de fecha 12 de Julio del 2011 radicada con el No. 2011122760 donde se solicitó el reconocimiento y pago de LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN consagrada en la ley 4ta de 1992, decreto 335 de 1992 y 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995 y El reajuste de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor a partir del año 2001 en adelante como lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad del Acto Administrativo Presunto Negativo y a Título De Restablecimiento del Derecho se condene A LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL-CASUR a lo siguiente:

¹ Folios 2 - 16



A.- A re liquidar la asignación de retiro de mi mandante con el fin de incorporar en la misma los conceptos solicitados que no tuvieron en cuenta al momento de establecer la misma como LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN consagrada en la ley 4ta de 1992 y 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995.

B.- Que a partir del año 2001 al 2012 y en lo sucesivo hasta que se produzca el fallo con inclusión en nómina SE RECONOZCA, REAJUSTE Y RELIQUIDE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO O PENSIÓN DEL ACTOR, así como los excedentes porcentuales que resulten al establecer matemáticamente las diferencias entre el monto de los incrementos anuales hechos en la asignación de retiro, con base en el principio de oscilación previsto en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y el porcentaje del Índice de Precios al Consumidor (IPC) establecido por el DANE para el año inmediatamente anterior, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995 y de acuerdo al cuadro anexo de liquidación, referente a la estimación razonada de la cuantía.

(...)"

1.2. HECHOS

El actor percibe asignación de retiro reconocida por Resolución del año 2001; elevó petición el 12 de julio de 2012, radicada No. 2011122760 solicitando el reconocimiento de la prima de actualización y el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, pero hasta la fecha CASUR ha guardado silencio, sin que exista respuesta alguna sobre lo solicitado, configurándose el acto administrativo presunto negativo.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD.

Considera la demandante que se violan las siguientes normas: Constitución Política: artículos: 1, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90 y 229 de la C.P; arts. 10, 1026 y 2300 del C.C.; art. 3º de la Ley 153 de 1887; arts. 107 y 108 del C.P; art. 16 de la Ley 446 de 1998; arts. 45,57,61,84,132, 134 a 139, 141, 168, 176, 206 y 207 del CCA; numeral 1º y 18 del art. 5 y 10 del CPT; art. 169 y 174 del Decreto 1211 de 1990; Decreto 122 de 1990; art. 110, 113 del Decreto 121 de 1990; arts. 110 y 113 del Decreto 121 de 1990; art. 80, 142, 279 de la Ley 100 de 1993 y Ley 238 de 1995.

Concepto de violación: indica que mediante las sentencias del Honorable Consejo de Estado del 14 de agosto de 1997 y 6 de noviembre del mismo



año, el derecho a percibir la prima de actualización se hizo extensible también al personal retirado de la Fuerza Pública, de manera que debía ser incluida en la correspondiente asignación de retiro.

De igual manera podríamos decir que también se le ha vulnerado el principio Constitucional de la igualdad, como quiera que más de 3127 ex agentes retirados de la Policía Nacional y de la Armada Nacional que reciben una asignación mensual de retiro, se les ha concedido estos derechos mediante los fallos emitidos por los diferentes Tribunales del país.

Por otro lado, manifiesta que no podría presentarse la prescripción extintiva de ese derecho, cuando la normatividad legal pertinente que regulaba la prima de actualización impedía su exigibilidad a los oficiales que se encontraban en situación de retiro.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA².

En sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013), el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Para obtener el reajuste de la asignación de retiro debió probar que la percibía; así mismo, el actor debió dar a conocer desde que año percibe dicha asignación, por cuanto el reajuste con base en el IPC es para asignaciones reconocidas antes del año 2004, lo cual no se probó en el plenario.

3. RECURSO DE APELACIÓN³

La parte demandante, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio y aduciendo que:

Indica que el actor tiene derecho al incremento anual de su asignación de retiro en los años en que el porcentaje a incrementar fue inferior al IPC del

² Folios 85 - 89

³ Folios 110 - 140



año anterior, y en aplicación del principio de favorabilidad de la ley establecido en el artículo 53 de la Constitución, debió aplicar la norma general de pensiones, esto es el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro con la inclusión del factor prima de actualización, por cuanto el parágrafo del artículo 28 del Decreto 25 de 1993, parágrafo del artículo 28 del Decreto 65 de 1994 y parágrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, señalan que dicha prima sería factor de liquidación de la asignación de retiro para quienes la hubieran devengado en servicio activo, como ocurrió con el actor, que habiéndola devengado en actividad tiene derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

4. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de junio de dos mil catorce (2014) se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y, por medio de auto de veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

La parte demandante alegó de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación⁴.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

⁴ Fls. 7 – 17 del cuaderno de 2da instancia



1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que los problemas jurídicos, determinados por el sustento de la alzada, se concretan en los siguientes cuestionamientos:

¿Tiene derecho el accionante a la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro, con la incorporación de los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización?

¿Si es procedente el reajuste de la asignación de retiro del demandante con base en el índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, entre los años 2001 y 2011?

Si la respuesta a los anteriores problemas jurídicos es positiva, se debe revocar el fallo apelado y acceder a las pretensiones de la demanda; de lo contrario, se confirmará.

3. Tesis de la sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en razón a que i) la prima de actualización no es un factor que deba ser incluido para computar la asignación de retiro, solo fue una prestación que se causó mientras entraba en vigencia el decreto que la creó; y ii) no le asiste derecho al actor al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, debido a que no demostró que se le hubiera reconocido asignación de retiro antes del 31 de diciembre de 2004.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.



4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1 De la Prima de Actualización

- Decreto 335 de 1992

"Artículo 15. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización, en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica así:

Los Agentes de los Cuerpos Profesionales de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación, liquidada sobre la asignación básica, según la antigüedad en el grado así:

PARAGRAFO. <Apartes tachados NULOS> La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4a. de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

- Decreto 025 de 1993

"Artículo 28. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica, así:

Los Agentes de los Cuerpos Profesionales de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación, liquidada sobre la asignación básica, según la antigüedad en el grado, así:

PARAGRAFO. <Apartes tachados NULOS> La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo



con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4a. de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

-Decreto 065 de 1994

"ARTICULO 28. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica, así:

Los Agentes de los Cuerpos Profesionales de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación, liquidada sobre la asignación básica, según la antigüedad en el grado, así:

PARAGRAFO. <Apartes tachados NULOS> La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4a. de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

-Decreto 133 de 1995

"Artículo 29. <Aparte tachado declarado NULO> De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica, así:

(...)

PARAGRAFO. <Apartes tachados NULOS> La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4a. de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

El Consejo de Estado mediante la sentencia de fecha 27 de enero de 2011, con ponencia del M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, preciso la



naturaleza de la prima de actualización y los requisitos necesarios para acceder a ella, teniendo en cuenta la normatividad y los precedentes jurisprudenciales proferidos al respecto por el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así:

"(...)

(i) De la prima de actualización.

El artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, ordenó al Gobierno Nacional establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, de conformidad con los principios establecidos en dicha ley, normatividad que estuvo acorde con el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social "CONPES".

En desarrollo de esos mandatos el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en los artículos 15, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización (Prima de actualización) sobre la asignación básica devengada por Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Sin embargo, los Decretos mencionados erigieron esta prima de actualización sólo para el personal "en servicio activo", situación que a la postre fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante Providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No. 11423, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho de igualdad de los Oficiales y Suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

(ii) Vigencia de la prima de actualización.

De acuerdo con la normatividad que le dio origen a la prima de actualización es válido concluir que la misma sólo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo carácter transitorio.

En efecto, la prerrogativa de recibir esta prima fue delimitada temporalmente hasta cuando se expidiera, por parte del Gobierno, una norma que nivelara las asignaciones de todos los miembros de la Fuerza Pública, la cual se efectuó mediante el Decreto 107 de 1996, en donde se plasmó que el principio de oscilación, de ahora en adelante, iba a regir tales asignaciones y pensiones.



Así, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales, en ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.

En torno a este punto, esta Corporación mediante sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 3 de diciembre de 2002, con Ponencia del Dr. Reynaldo Chavarro Buritica, aclaró lo siguiente:

"Como se dijo atrás, los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 crearon la prima de actualización para las respectivas vigencias. Esta prima tenía carácter temporal, «hasta cuando se consolide la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de conformidad con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4ª de 1992», según se lee en los respectivos artículos, que enseguida se transcriben:

(...)

En orden a la segunda acusación, encaminada a que se deje sin efectos la sentencia en cuanto confirmó la denegación de la prima de actualización a partir del 1 de enero de 1996, la Sala considera que esta prima fue creada con carácter temporal, pues en los artículos 28 de los decretos 35 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995 se dispuso que la prima tendría efecto hasta cuando se consolidase la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, lo que efectivamente se logró con el Decreto 107 de 1996, que fijó la escala gradual porcentual para los sueldos básicos del personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública con respecto al grado de General (artículo 1º), con efecto a partir del 1 de enero de 1996, y derogó expresamente el Decreto 133 de 1995, último de los que establecieron la Prima de Actualización (artículo 39)." (...)"

4.2 Procedencia del Reajuste de Asignaciones de Retiro de los Miembros de la Fuerza Pública conforme al IPC.

La sala tendrá en cuenta que en reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del H. Consejo de Estado se ha venido afirmando que el sistema de oscilación para el reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública, en algunos casos, fue inferior al índice de



precios al consumidor lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993⁵, pues a pesar de que en su artículo 279 ibídem se excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995 que adiciona el artículo 279 de la misma disposición normativa, elimina dicha exclusión.

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ precisó que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en el reajuste de las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y no al principio de oscilación del régimen especial. Apoyó su decisión en sentencia de esa misma corporación con ponencia del Consejero JAIME MORENO GARCÍA de fecha 17 de mayo de 2007, en la que resaltó en lo relevante:

".. Y la sala encuentra que la Ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1992, 2724 de 2000 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior..."

(...) el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, para que la sala no la hay, por lo dicho anteriormente"...

En conclusión, es procedente reajustar la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública conforme al IPC frente al principio de favorabilidad, reajuste que encuentra un límite temporal hasta el año 2004, debido a que con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, se volvió a establecer el

⁵ **Artículo 14: REAJUSTE DE PENSIONES:** con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual de índice de Precio al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno".



régimen de oscilación como sistema de reajuste de las asignaciones de retiro.

Con todo, es de precisar que si bien la aplicación del I.P.C. está prevista legalmente hasta la anualidad de 2004, no obsta ello para que con fundamento en la misma, el monto de la prestación se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Así lo precisó la Sección Segunda, Subsección A, de 27 de enero de 2011, MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicado interno N 1479 -09, actor JAVIER MEDINA BAENA, en la que estableció:

"Entonces, dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades⁶ las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores".

La Sala, también tendrá en cuenta el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección "B" de la Sección Segunda, en sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,⁷ aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004. Sostuvo en lo relevante:

"El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995. A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

⁶ Sentencia N 25000 23 25 000 2008.00798 01 (2061-09) Actor Lucía Sánchez de Manrique, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

⁷ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp. 8464-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C. P. Jaime Moreno García.



El ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año."

En decisión más reciente, contenida en sentencia de tutela de fecha 23 de febrero de 2012⁸, el H. Consejo de Estado fue enfático en el criterio jurisprudencial reiterado que deben respetar las autoridades judiciales sobre la aplicación de la Ley 238 de 1995 cuando resulte más favorable la aplicación del IPC que el principio de oscilación para incrementar las asignaciones de retiro; así como el límite de la aplicación del IPC y la prescripción de mesadas.

En conclusión, resulta procedente incrementar la base de liquidación de la mesada pensional con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor hasta el 31 de diciembre de 2004, resultando claro que por ese hecho el monto se va incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

- El señor LUÍS ALBERTO DE LVALLE CARO elevó petición el 12 de julio de 2011, radicada No. 2011122760 solicitando el reconocimiento de la prima de actualización y el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC (Fl. 17).

- El 15 de marzo de 2013, el responsable de la reserva Activa Policial MECAR certificó que el actor se encuentra en uso de buen retiro y goza de asignación mensual en la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA

⁸ Actor JUAN ALFONSO FIERRO MANRIQUE, contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N. 3 y el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, C.P VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.



NACIONAL, y se pensionó en el Departamento de Policía de Bolívar en la seccional de la SIJIN (Fl. 5).

5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente caso, pretende el accionante i) la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro, con la incorporación de los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización; y ii) i) se le reajuste la asignación de retiro con base en el índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, a partir del año 2001.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que, para obtener el reajuste de la asignación de retiro el actor debió probar que la percibía; así mismo, dar a conocer desde que año percibe dicha asignación, por cuanto el reajuste con base en el IPC es para asignaciones reconocidas antes del año 2004, lo cual no se probó en el plenario.

Conforme lo expuesto, procederá la Sala a pronunciarse sobre los argumentos planteados en el recurso de alzada, de cara al marco normativo y jurisprudencial citado, así como al material probatorio obrante en el plenario.

5.2.1 De la Prima de Actualización

Al respecto, este Tribunal Administrativo se ha pronunciado sobre el carácter temporal de la prima de actualización acogiendo lo manifestado por el Consejo de Estado sobre la incorporación de la prima de actualización de la siguiente manera:

"Se concluye entonces que la mencionada prima de actualización prevista para los años 1992 a 1995, no se previó como factor salarial de carácter permanente, sino que su propósito era nivelar la remuneración al personal activo y retirado de la Fuerza Pública, hasta cuando se consolidara la escala gradual porcentual para dicho personal, la cual se llevó a cabo desde el 1º de enero de 1996, fecha a partir de la cual el artículo 39 del Decreto 107, señaló que surtiría efectos fiscales, por lo



tanto, no tiene incidencia alguna sobre la asignación de retiro a partir del año 1996, por su carácter eminentemente temporal."⁹ (Negrillas de la Sala)

Con base en el anterior pronunciamiento, se concluye que la prima de actualización tuvo un carácter temporal, pues el Gobierno Nacional al año 1996, debía establecer la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal de la Fuerza Pública, lo que realizó finalmente mediante el Decreto 107 de 1996, razón por la cual la prima de actualización no es un factor que deba ser incluido para computar la asignación de retiro, solo fue una prestación que se causó mientras entraba en vigencia el mencionado decreto.

En estas condiciones no resulta procedente la inclusión del porcentaje correspondiente a la prima de actualización en la asignación de retiro del actor, toda vez que ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, y ello ocurrió al entrar en vigencia la escala gradual porcentual, razón por lo cual no están llamados a prosperar los cargos de nulidad propuestos por el actor y la sentencia de primera instancia será confirmada en ese sentido.

5.2.3 Del reajuste de las asignaciones de retiro con base al IPC.

El Honorable Consejo de Estado, con relación al tema del reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, con la aplicación del IPC cuando sea mayor que el principio de oscilación, dispuso que se efectuaría hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma en su artículo 42 volvió a establecer la aplicación del principio de oscilación para su liquidación¹⁰.

Por lo anterior es claro que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, estableció un límite para el reajuste de las asignaciones de retiro con base en el I.P.C. certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, determinando que dicho reconocimiento sólo se

⁹ C. E. Sección Tercera, Subsección "B" C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardilla Rad No.: 05001-23-31-000-2004-05836-01(1168-10) fecha: veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011).

¹⁰ Consejo de Estado, sentencia del 17 de mayo de 2007, proferida dentro del expediente 8464-05



hace desde la fecha en la que surgió para el personal de la Fuerza Pública el derecho al ajuste de la asignación de retiro acorde con el IPC, (a partir de la expedición de la Ley 238 de 1995), hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en la cual entró a regir este estatuto y en la que quedó determinada la discusión que había suscitado la Ley 238 de 1995, pues, como puede advertirse, la norma de carácter especial consagrada en el citado decreto es posterior a la ley que extendió los beneficios, imponiendo de forma expresa el sistema de oscilación para los miembros de la Fuerza Pública, y, por tanto, ya no es factible continuar aplicándola.

En cuanto a este punto, advierte la Sala que en efecto, tal como lo consideró el A quo, en las oportunidades probatorias establecidas legalmente, el demandante no aportó los elementos necesarios para demostrar a partir de qué fecha le fue reconocida al actor la asignación de retiro que alega percibir, con el fin de corroborar si la misma se encontraba dentro de los límites temporales señalados en precedencia para la procedencia del reajuste pretendido (31 de diciembre de 2004).

Así mismo, advierte esta Magistratura que dichas oportunidades probatorias están establecidas en el artículo 212 del CPACA, normatividad que dispone:

ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. *Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenición y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.*
- 2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.*
- 3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.*



4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

PARÁGRAFO. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles.

Por lo anterior, para ser valoradas por esta Magistratura las pruebas aportadas por el actor con el recurso de apelación, debieron haberse solicitado, practicado e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas, es decir, en primera instancia con la demanda, y en segunda instancia procesal, en el término de ejecutoria del auto que admitió el recurso, siempre y cuando, se hubieren configurado alguna de las cinco hipótesis precitadas, lo que no se demostró en el presente asunto.

Conforme a lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas.

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

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante 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 el artículo 366 del Código General del Proceso.



En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada¹¹.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del expediente.

7. Impedimento

Finalmente, la Sala aceptará el impedimento manifestado por el Magistrado JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL; toda vez que, los motivos expresados se hallan ajustados a derecho en virtud de lo establecido en el numeral 2° del artículo 141 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 130 del CPACA y, siendo que el mentado togado ha exteriorizado la afectación en la que se vería avocada su objetividad para emitir decisión dentro del presente asunto, el mismo se declarará fundado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, líquidense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹¹ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



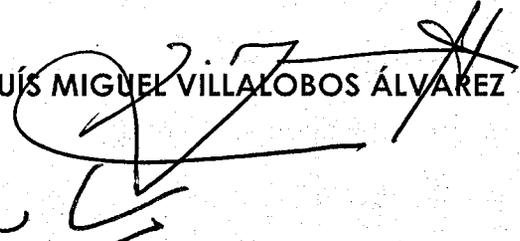
TERCERO: DECLARAR fundado el impedimento manifestado por el Magistrado JOSÉ RAFAEL GUERRERO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

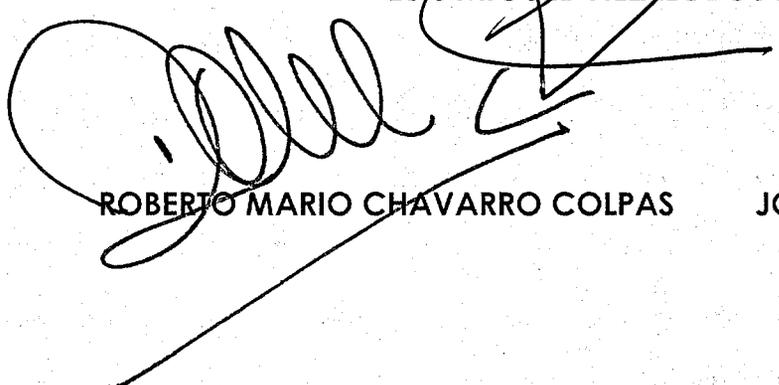
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha, según consta en Acta No. ____

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Impedido