



Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

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

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-011-2016-00049-01
Demandante:	Andrés Grateron Pimienta
Demandado:	CREMIL
Asunto	Prima de actualización.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 09 de marzo de 2018, mediante la cual el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las suplicas de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda (f. 3 – 12).

a. Pretensiones: El demandante solicitó lo siguiente.

1. *Se Declare Nulo el acto acusado contenido en Resolución CREMIL No. 0015847 de fecha 9 de Abril del 2013, emanado de...CREMIL, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago en relación con la petición...radicada con el número 0110412 de fecha 11 de diciembre del 2015, en lo concerniente al reconocimiento y pago de la prima de actualización consagrada en la ley 4ª de 1992 y Decretos 335 de 1992 y 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995.*
2. *Que...a título de Restablecimiento del derecho se condene a...CREMIL a la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida... adicionándole los conceptos de la prima de actualización (...).*
3. *Ordenar a...CREMIL el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la inclusión de la prima de actualización devengada...al momento de su retiro (...).*
4. *Como consecuencia de lo anterior también, se ordene pagar a...CREMIL la diferencia que resulte entre la reliquidación antes ordenada y las sumas canceladas por concepto de incremento o reajuste anual de la asignación de retiro a partir de la fecha de liquidación y hacia el futuro, pues es menester tener en cuenta que por el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en la prima de actualización hace que el monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida pues las diferencia reconocidas a la base pensional si deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.*

Concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación de LA PRIMA DE ACTUALIZACION esos incrementos inciden en los pagos futuros.



5. Se ordene a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales así como las agencias en derecho (...).

b. Hechos:

CREMIL, mediante Resolución No. 1332 del 12 de junio del 1991, reconoció una asignación de retiro al demandante sin considerar la prima de actualización consagrada en la Ley 4° de 1992, Decreto 335 de 1992 y 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995 y la sentencia 327 del 2015 del Consejo de Estado.

Mediante petición elevada el día 31 de julio de 2012 el actor solicitó el reconocimiento de la prima de actualización. No obstante, la misma fue negada mediante la Resolución No. 0015847 del 9 de abril de 2013.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

El demandante afirmó que el acto acusado viola los artículos 1, 13, 25, 48, 53, y 58 de la Constitución Política; 10 y 18 del C.C.; 3 de la Ley 153 de 1887; 34 de la Ley 2° de 1945; 169 y 195 del Decreto 1211/90; 151 y 172 del Decreto 1212/90; 110 y 130 del Decreto 1213 de 1990; 15 del Decreto 335 de 1992; 33 del Decreto 25 de 1993; 28 de los Decretos 25 y 65 de 1993 y 1994 respectivamente; 29 del Decreto 133 de 1995; 1 literal d) 2 literal a) 4, 10 y 13 de la Ley 4° de 1992.

Adujo que mediante las sentencias del 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 extendió al personal retirado de la Fuerza Pública, por lo que debía ser incluida en la correspondiente asignación de retiro.

También se le ha vulnerado el principio constitucional de la igualdad consagrado en la Constitución Política, como quiera que a 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 diferentes Tribunales del país.

CREMIL ha querido alegar que el derecho ha prescrito en cuanto a su término de reclamo, pero el derecho solicitado surgió como efecto de la sentencia del Consejo de Estado que permitió la aplicación de la prima de actualización al personal en uso de retiro de la Fuerzas Militares y de Policía. En consecuencia no puede prescribir el derecho con anterioridad a la posibilidad de reclamación.

El derecho al reconocimiento del pago de la prima de actualización para los suboficiales en situación de retiro nació a la vida jurídica el 1° de enero de 1992, por virtud de los efectos de las sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 dictadas en los procesos 9923 y 11423, mediante las cuales se declaró la nulidad de las expresiones "que la devenguen en servicio activo" y "reconocimiento de", contenidas en el parágrafo del artículo 28 del Decreto 25





de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995, dado que el efecto que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos, hizo que las cosas se retrotrajeran al estado en que encontraban.

La prima de actualización se creó como un factor adicional al sueldo básico, de carácter temporal esto es reconocido entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, cuya finalidad era nivelar los salarios de los miembros de la fuerza pública hasta consolidar la escala gradual única prevista en la Ley 4/92.

Mediante Decreto 107 de 1996, se consolidó la escala gradual porcentual única y por ende a partir de ese año los aumentos de ley para la liquidación de las asignaciones de retiro incorporaron en el sueldo básico del personal todos los incrementos que por prima de actualización recibieron entre 1992 a 1995.

Es claro que decreto tras decreto que se refería a la prima de actualización eran expedidos, y luego eran derogados por decretos inmediatamente anteriores y aquel era limitado para la vigencia fiscal del año de su promulgación ya que la prima de actualización siempre fue concedida de carácter temporal hasta cuando se consolidara la escala salarial porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la fuerza pública.

Si bien el legislador en la Ley 4 de 1992 previó el establecimiento de una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública no le es dable al Gobierno Nacional al fijar el régimen salarial y prestaciones de dicho personal, establecer mecanismos o fórmulas que reflejen resultados diferentes en el monto de dicha prestación para un grupo determinados de los miembros de la fuerza como acontece si a quienes devengan el valor de la prima de actualización se les computa al liquidárseles su asignación de retiro y no se hace lo mismo respecto del personal ya retirado.

Al excluir al personal retirado de la fuerza pública del cómputo de la prima de actualización para la asignación de retiro no solo se desconoce el criterio de nivelación entre las remuneraciones del personal activo y retirado de dicha fuerza, sino que se permite que a partir de la vigencia de dichos decretos y mientras subsista la prima de actualización se presenten diferencias entre lo que perciban como asignación de retiro oficiales y suboficiales del mismo grado, ya que el valor de la asignación de aquellos que devenguen la prima de actualización y que luego se retiren durante la vigencia de esta, será superior a la que perciben quienes se encuentran retirados del servicio activo desde antes de la consagración de tal prima.

3.2. Contestación (fs.199-213).

La apoderada de CREMIL se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo los argumentos que a continuación se resumen:



La prima de actualización fue creada con carácter temporal y no puede extenderse más allá del término de su vigencia, es decir, el 31 de diciembre de 1995.

Por otra parte, sumada a la temporalidad anotada, existe un aspecto que impide la incorporación de la prima de actualización como partida computable dentro de la asignación de retiro, y más aún, impide considerarla como factor salarial para el cómputo de las otras partidas dentro de la asignación de retiro, y es la taxatividad contemplada en el Decreto Ley 1211 de 1990, vigente al momento de los hechos el cual establece, en su artículo 158, las partidas base de liquidación de la asignación de retiro de oficiales y suboficiales, dentro de las cuales no incluye la prima de actualización, y tampoco permite su inclusión de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del mencionado artículo.

La Ley 4 de 1992 en su artículo 10 dispuso que todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

En los decretos de aumento de sueldos, valga decir, los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996 y subsiguientes, en su parte final, se encuentra expresa la exclusión de cualquier modificación que pudiera efectuarse sobre el régimen salarial o prestacional aplicable a la fuerza pública que sea efectuada por cualquier otra autoridad diferente al Gobierno Nacional, ya que es la autoridad que tiene la competencia para la fijación de sueldos.

Así las cosas, el pago de la asignación de retiro a favor del accionante a partir del 1º de enero de 1996 se hizo con fundamento en el sueldo básico fijado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 107 de 1996, a través del cual se logró la nivelación de la escala salarial porcentual, entendiéndose que para el año de 1993 el incremento del sueldo básico, para el personal militar en actividad incorporó los valores pagados por concepto de la prima de actualización que tuvo vigencia temporal en el año de 1992, de la misma forma para el año de 1994 el incremento del sueldo básico reflejó la existencia de la prima de actualización que tuvo vigencia temporal para el año de 1993, y así sucesivamente hasta alcanzar en 1996 la nivelación salarial con la escala gradual porcentual única para las fuerzas militares; de manera que a partir de ese año con la expedición del Decreto 107 "los aumentos de ley para la liquidación de las asignaciones de retiro incorporaron en el sueldo básico del personal en actividad todos los incrementos que por prima de actualización recibieron entre 1992 a 1995. Tanto la nivelación salarial como el reajuste produjeron efectos fiscales desde el 1º de enero de 1992 hasta 1995.





IV. Sentencia de primera instancia (fs. 248 - 252).

El Juez A quo, mediante sentencia de 9 de marzo de 2018 declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y denegó las suplicas de la demanda, argumentando en resumen, lo siguiente:

La reclamación administrativa elevada por el actor fue presentada por fuera del término de los cuatro (4) años con que contaba para interponer dicha solicitud, de conformidad con el Decreto Ley 1211/90.

La sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad de las expresiones "que la devengue en servicio activo" y "reconocimiento de", fue expedida el 14 de agosto de 1997 y quedó ejecutoriada el 19 de septiembre de ese mismo año, por lo que el término de prescripción del derecho a la prima de actualización para los años 1993 y 1994 empezó a contarse a partir de esta fecha, venciendo el 19 de septiembre de 2001.

La sentencia de 6 de noviembre de 1997, mediante la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad de idénticas expresiones en el Decreto 133/95, quedó ejecutoriada el 24 de noviembre de ese mismo año, por lo que el término de prescripción del derecho a la prima de actualización para el año 1995, vencía el 24 de noviembre de 2001.

De acuerdo con el texto del acto acusado la reclamación administrativa de los anteriores emolumentos fue radicada ante la entidad demandada el 19 de diciembre de 2012; es decir, que la reclamación de la prima de actualización creada para los años 1993 a 1995 se hizo por fuera de los plazos comentados y sin vocación para interrumpir la prescripción del derecho, pues ésta ya se había producido, siendo igualmente extemporáneo su reclamo por la vía judicial.

Luego, antes de la presentación de la demanda había prescrito el derecho del actor de reclamar la prima de actualización y en consecuencia, el derecho al reajuste de la pensión, por lo que la decisión de negar los beneficios pedidos por el actor, contenida en el acto acusado, fue ajustada a derecho.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 225 - 230)

El apoderado de la parte demandante solicitó que se revocara el fallo de primera instancia, alegando, en resumen que, si bien el reconocimiento de la prima de actualización fue temporal, produjo efectos de carácter permanente en las asignaciones de retiro, de acuerdo con los decretos que la crearon, constituyendo factor salarial, haciendo la precisión que en el presente asunto, no se reclama el pago de la prima de actualización sino el reajuste de la asignación de retiro como consecuencia del cómputo de la mencionada prestación durante los años 1992 a 1995.



Sostuvo el recurrente que no es cierto que todos los miembros de la fuerza pública hubieran sido correctamente nivelados con ocasión de la expedición del Decreto 107 de 1996, puesto que dicha norma estableció una escala que no incorporó el porcentaje correspondiente a la prima de actualización, toda vez que tal prestación fue creada para nivelar los salarios de los miembros de la fuerza pública, conforme lo previsto en la Ley 4 de 1992, sin tener en cuenta al personal retirado con anterioridad al año 1992.

Afirmó que si bien la Ley 4ª de 1992 previó el establecimiento de una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública, no le es dable al Gobierno Nacional al fijar el régimen salarial y prestaciones de dicho personal, establecer mecanismos o fórmulas que reflejen resultados diferentes en el monto de dicha prestación para un grupo determinados de los miembros de la fuerza, como acontece si a quienes devengan el valor de la prima de actualización se les computa al liquidárseles su asignación de retiro y no se hace lo mismo respecto del personal retirado.

Al excluir al personal retirado del cómputo de la prima de actualización para la asignación de retiro no solo se desconoce el criterio de nivelación entre las remuneraciones del personal activo y retirado, sino que se permite que a partir de la vigencia de dichos decretos y mientras subsista la prima de actualización se presenten diferencias entre lo que perciban como asignación de retiro oficiales y suboficiales del mismo grado, ya que el valor de la asignación de aquellos que devenguen la prima de actualización y que luego se retiren durante la vigencia de esta, será superior a la que perciben quienes se encuentran retirados del servicio activo desde antes de la consagración de tal prima.

Adujo que es claro que en todos los casos en que efectivamente se reconoció la prima de actualización durante los años 1992 a 1995 tal reconocimiento afectó indudablemente la base pensional de la asignación de retiro, por lo que al reconocer la citada prima se modificaba indefectiblemente la asignación de retiro del actor, sin considerar que la inclusión como factor salarial sea de carácter permanente pues es claro que el reconocimiento tuvo un carácter temporal.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 25 de junio de 2018 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (f. 227, C-2), y en providencia de 26 de septiembre de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 232, C-2).

La parte demandada en sus alegatos, reiteró, en lo sustancial, los argumentos expuesto en la contestación de la demanda (fs. 235 - 238).



La parte demandante no presentó alegatos y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a decidir de fondo el recurso en estudio.

VIII.- CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

8.2 Problema Jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si el demandante tiene derecho a que se incluya en la base de liquidación de la asignación de retiro que le fue sustituida, la prima de actualización a que tuvo derecho durante los años 1992 a 1995.

Deberá establecer igualmente si la discusión planteada acerca de la prescripción del derecho a percibir dicha prima tiene relevancia para la definición de la litis, y en tal caso si debe ser avocada por la Sala.

8.3 Tesis de la Sala

A juicio de la Sala, habrá de confirmarse la sentencia apelada porque el demandante no tiene derecho a que se incluya en la base de liquidación de la asignación de retiro que disfruta, la prima de actualización vigente durante los años 1992 a 1995, porque, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, de acuerdo con la normatividad que le dio origen sólo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, 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 registrar tales asignaciones y pensiones; por lo cual no afectó la base de liquidación pensional.

8.4 Marco normativo y criterios jurisprudenciales aplicables al reconocimiento de la prima de actualización.

De la prima de actualización.

El artículo 13 de la Ley 4ª de 1992¹ 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, artículo 15; 65 de 1994, artículo 28; y el Decreto 133 de 1995, artículo 29, que ordenaron 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.

Los Decretos que crearon la prima de actualización fueron los siguientes;

El 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:

¹ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.



"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:

Parágrafo. <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:

"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:

Parágrafo. <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: (...)

Parágrafo. <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, precisó 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:

"(...) 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.

(i) 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)." (...)"

La Sala acoge los criterios anteriores y los aplica para decidir el recurso en estudio.

8.5. Pruebas relevantes para decidir

- Copia de la Resolución No. 1332 de 1991, mediante la cual CREMIL reconoció la asignación de retiro del actor (fs. 25 - 27).
- Copia del Oficio CREMIL No. 0015847 de 9 abril de 2013, por medio del cual la demandada negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante con inclusión de la prima de actualización en el ingreso base de liquidación (f. 23).
- Copia de la hoja de servicio del demandante No. 195, suscrita el 4 de abril de 1991 por el Director Prestacional del Ministerio de Defensa Nacional (f. 29).

8.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Tal como quedó establecido en el marco jurídico de esta providencia, el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, artículo 15; 65 de 1994, artículo 28; y el Decreto 133 de 1995, artículo 29, que ordenaron 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 inicialmente establecieron la prima de actualización sólo para el personal de la Fuerza Pública «en servicio activo», situación que a la postre fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante



sentencias del 14 de agosto de 1997, expediente 9923, Magistrado Ponente, Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente 11423, Magistrada Ponente, Clara Forero de Castro, al considerar que se vulneraba 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.

En cuanto a la naturaleza de la prestación, se aclara que la misma tuvo un carácter temporal y transitorio, que duraría estrictamente hasta cuando se lograra la nivelación salarial de ciertos servidores, lo cual se cumplió con la expedición del Decreto 107 de 1996, mediante el cual se consolidó la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración tanto del personal retirado como activo de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

En tal sentido, se resalta que expresamente en el parágrafo del artículo 15 del Decreto 335 de 1992, se estableció el carácter temporal de la prestación, así: «*La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se establezca una escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para el reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales*».

La Sección Segunda del Consejo de Estado,² en reiteradas sentencias, entre ellas la proferida el 14 de septiembre de 2017 dentro del radicado interno No. 2244-14, ha pregonado el carácter pasajero de la prima mencionada, toda vez que la sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, por lo que **no podría 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, como quiera que son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.

La Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de 7 de abril de 2016- con radicado interno No. 2318-14-, negó la reliquidación de la asignación de retiro del actor, aduciendo el carácter temporal de dicha prima, ya que con posterioridad al año 1996 se había establecido la escala gradual porcentual tendiente a nivelar la remuneración del personal de la Fuerzas Pública mediante el Decreto 107 de 1996.

Más recientemente la Sección Segunda del Consejo de Estado ha reiterado el criterio expuesto. Así, en sentencia de 27 de enero de 2017, proferida por la

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicado: 52001-23-33-000-2013-00155-01(2244-14), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Subsección B, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del radicado número: 15001-23-33-000-2013-00072-01 (2462-14), expresó:

"...Se tiene entonces que el principio de oscilación, respecto de las asignaciones de retiro y pensiones de jubilación de los miembros de las fuerzas militares y la Policía Nacional, se ha venido manteniendo a través de las leyes y decretos de carrera correspondientes, y su objetivo principal radicó en evitar la pérdida del poder adquisitivo, de modo tal que cada variación que sufran los salarios del personal en actividad se extiende ipso jure al personal en retiro.

*Es decir, que el reajuste con base en la prima de actualización, a partir del 1.º de enero de 1996, resulta improcedente por cuanto con la expedición del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año; asimismo, dado que de conformidad con el principio de oscilación, las asignaciones de retiro se incrementan anualmente en igual porcentaje al del aumento de las asignaciones en actividad para cada grado, es inoportuno revisar los reajustes desde 1996, pues las sumas reconocidas como prima ya fueron incorporadas a la asignación cancelada..."*³

Las razones expuestas en la jurisprudencia comentada para demostrar la improcedencia de la reliquidación de la asignación de retiro mediante la inclusión de la prima de actualización en la base de liquidación de la misma, resultan suficientes para denegar las pretensiones de la demanda, tal como lo decidió el A quo.

- El apelante sugiere que al personal al servicio de las Fuerzas Militares que se retiró entre 1992-1995, época en que se reconoció la prima, se le incluyó el valor de dicha prima en el ingreso base de liquidación, y luego en 2006 se beneficiaron nuevamente con la escala gradual única prevista en la Ley 4/92; situación que a su juicio viola el derecho a la igualdad de quienes obtuvieron su asignación de retiro con anterioridad, pues no se les incluyó dicha prima en su ingreso base de liquidación.

La prosperidad de un cargo de violación del principio de igualdad supone que el demandante demuestre que estando en una situación jurídica idéntica a otra persona sufrió un trato jurídico distinto e injustificado; y al presente proceso no allegó prueba alguna de que al personal al servicio de las Fuerzas Militares que se retiró entre 1992-1995 se le incluyó, durante esos años el valor de dicha prima en el ingreso base de liquidación de sus asignaciones; y tampoco demostró que su asignación a partir de 1996 dicha prima no haya sido incorporada para efectos de liquidar su asignación de retiro.

La ausencia de prueba de esos extremos impide sustentar cualquier juicio de igualdad o desigualdad entre quienes obtuvieron el derecho a la asignación de

³ El fallo anterior se apoyó en providencia previa de la Subsección B de la Sección Segunda de 5 de septiembre de 2013, C.P., G.A.M., R. 1865-12.



retiro entre 1992 a 1995, y quienes adquirieron ese derecho antes o después de ese periodo.

- Resalta la Sala que el demandante tuvo derecho, como titular de la asignación de retiro reconocida en 1991, a que ésta se reajustara en la misma proporción en que se reajustó la remuneración del personal en servicio activo durante los años 1992 a 1995, por cuenta de la prima de actualización.

El derecho que durante ese periodo tuvo el demandante fue declarado prescrito por el Juez de primera instancia; y no se encuentra en discusión en segunda instancia porque el demandante no cuestiona esa decisión; tanto es así que en el recurso de apelación expresó con toda claridad:

"...Se deja claro que NO se solicita reconocer la prima de actualización después de 1996, sino que se ordene reajustar la base pensional de la asignación de retiro conforme al reconocimiento que se realizó de la prima de actualización por los años 1992 a 1995."

Por la circunstancia anotada resulta innecesario examinar la decisión del A quo referida a dicha prescripción; y como se concluyó en acápites anteriores que el demandante no tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro mediante la inclusión de dicha prima en el ingreso base de liquidación desde el año 1996 en adelante, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

8.7. Costas en segunda instancia

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

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, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

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

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Condenar en costas procesales en segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. - Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.
Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-011-2016-00049-01
Demandante:	Andrés Grateron Pimienta
Demandado:	CREMIL
Asunto	Prima de actualización.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

1

