



Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-005-2017-00174-01
Demandante	TITO GRACILIANO GARCÍA HUERTAS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Prima de actualización – improcedente su reconocimiento para reajuste de asignación de retiro.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 01 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor TITO GRACILIANO GARCÍA HUERTAS, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor TITO GRACILIANO GARCÍA HUERTAS, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 1-9



2.2 Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo que se abstuvo de realizar un nuevo pronunciamiento de fondo del asunto con consecutivo No. 2016-10604 del 19 de febrero de 2016, y que niega el derecho a la prima de actualización y el reajuste de la base pensional del actor.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se reliquide y reajuste el valor de la asignación de retiro que en la actualidad disfruta el accionante, con la inclusión de la prima de actualización en la asignación básica.

TERCERO: Que se ordene a CREMIL que pague las diferencias de la mesada, debidamente indexadas, teniendo en cuenta la base prestacional reconocida al actor, y la ordenada en la sentencia, desde el año 2012, y hacia futuro.

CUARTO: Que se haga distinción entre la prescripción de las mesadas y la imprescriptibilidad del derecho a que se incluya en la asignación de retiro los porcentajes correspondientes a la prima de actualización.

QUINTO: Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia, con arreglo a lo establecido en el CPACA.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El actor expone que por medio de acto administrativo, se le reconoció una asignación de retiro, por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, previo el cumplimiento de los requisitos de ley para ello.

Indica, que en tiempo pasado demandó ante los jueces administrativos de esta ciudad el derecho al reconocimiento, pago y reajuste de la prima de actualización, siendo reconocido dicho derecho por medio de sentencia judicial. Que CREMIL, dio cumplimiento parcial a la providencia anterior, pues solo se limitó a pagarle la prima de actualización, sin proceder a cumplir con el reajuste.



13-001-33-33-005-2017-00174-01

Sostiene que, en virtud de lo anterior, la Caja en mención no incorporó en la asignación de retiro del mismo, los porcentajes que corresponden a la prima de actualización, de acuerdo con los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995. Dicha prima solo fue reconocida al personal activo de la época, pero al retirado, como el caso del demandante, solo se le reconoció a partir de 1997, adquiriendo el derecho a través de una sentencia del Consejo de Estado.

Afirma, que lo ahora pretendido, no es el reconocimiento de la prima de actualización, sino, el reajuste de la base pensional de la asignación de retiro, con base en la prima de actualización que se devengó entre los años 1992 a 1995.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

- Constitución Nacional: artículos 4, 13, 53.
- Ley 4° de 1992: artículo 13.
- Decreto 335/1992: artículo 15.
- Decreto 25/1993: artículo 28.
- Decreto 65/1994: artículo 28.
- Decreto 133/1995: artículo 29.

Afirma el demandante, que al no reconocerse el reajuste de la asignación de retiro con la incidencia que tuvo la prima de actualización, se estaría contrariando el precedente de la Corte Constitucional en materia de tutela y por lo tanto, se estaría incurriendo en falsa motivación del acto.

Expone que, mediante el art. 13 de la Ley 4 de 1992, el legislador le ordenó al gobierno nacional establecer la escala gradual porcentual, para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública. En cumplimiento de esa disposición, se expidieron los Decreto 335/1992, 25/1993, 65/1994 y 133/1995: artículo 29, en los que se estableció una prima de actualización, la cual solo sería disfrutada por el personal activo. Ahora bien, por medio de sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se hizo extensiva dicha prestación a los miembros retirados de las fuerzas militares.





13-001-33-33-005-2017-00174-01

Explica, que la prima en mención era de carácter temporal, no obstante, la misma afectó la asignación básica de las pensiones ya reconocidas; es decir, la prima de actualización modificó la base de la asignación de retiro.

Manifiesta que las asignaciones de retiro son equiparables a las pensiones, y el hecho de no reliquidarlas, desconoce el deber del Estado de proteger a las personas de la tercera edad.

Como sustento de sus argumentos, el interesado realiza una cita de diferentes sentencias del Consejo de Estado en las que se ordena la reliquidación de la asignación de retiro, con base en la prima de actualización.

2.5 Contestación

2.5.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL²

Esta entidad dio contestación a la demanda, manifestando que son ciertos los hechos expuestos en la demanda, en cuanto al reconocimiento y pago de la prima de actualización; sin embargo, solicita que se denieguen las pretensiones de la demandad, conforme con lo siguiente:

Precisa, que la prima de actualización fue delimitada temporalmente, hasta cuando se expidiera por parte del Gobierno Nacional una norma que nivelara los salarios y asignación de retiro del personal de la fuerza pública, lo cual se materializó con el Decreto 107 de 1996; por lo que a partir del 1º de enero de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados al sueldo del personal activo, y a la asignación de retiro en el caso del personal retirado, por lo que al demandante no le asiste ningún derecho en la actualidad.

Indica, que el art. 158 del Decreto 1211 de 1990 establece cuales son las partidas computables para calcular la asignación de retiro, y entre ellas no aparece la parima de actualización.

Como excepción de mérito, la entidad demandada propuso la inexistencia de norma jurídica que sustente la reliquidación pedida, taxatibilidad de la norma, temporalidad de la prima de actualización, pago total de la obligación, pago

² Folio 44-56 c. 1



13-001-33-33-005-2017-00174-01

frente al reajuste de la asignación de retiro, caducidad de la acción, prescripción del derecho.

III. – SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

Por medio de providencia del 1º de junio de 2018, la Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la parte demandante, con el sustento de que la prima de actualización era un factor temporal que se creó con la finalidad de nivelar los sueldos de los miembros de la fuerza pública en Colombia; y que a partir del Decreto 107 de 1996, el valor de dicha prima fue incorporado al sueldo de los militares, desapareciendo así este factor. Que al actor se le reconoció y pagó la respectiva prima, para los años 1992-1995, en cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena; y, a partir de 1996 la asignación de retiro quedó nivelada con la inclusión de la prima de actualización, por lo que dicho factor desapareció como prestación independiente del sueldo básico.

Afirmó, que la prima de actualización no puede reconocerse como factor de salario para el personal activo, ni como factor para el computo de la asignación de retiro para el personal inactivo, precisamente por el carácter temporal de la misma, y porque ya se encuentra incorporada a dicha prestación.

La anterior decisión la fundamentó en una sentencia de este Tribunal de 2017.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 13 de junio de 2018, la parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia citada, aduciendo en su defensa una sentencia del Consejo de Estado del 6 de septiembre de 2001, en la que se expone que la prima hoy reclamada hace una modificación gradual a los sueldos básicos, que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro, no solo para quienes la devenguen en servicio activo, sino también para el personal retirado.

³ Folio 173-178 c. 1

⁴ Folio 185-191 c. 1



13-001-33-33-005-2017-00174-01

De igual forme, alegó en su favor una sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 26 de julio de 2012, en la que se hace referencia al reconocimiento de la prima de actualización para el personal retirado del servicio, en la que se explica, que si bien ésta tuvo un carácter temporal hasta 1995, con posterioridad a ello la misma mantiene una incidencia en la liquidación de la asignación de retiro.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 18 de julio de 2018⁵, por lo que el 8 de octubre de 2018 se procedió a admitirla⁶, y se corrió traslado para alegar el 21 de marzo de 2019⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: No presentó alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada: Presentó alegatos ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda⁸.

6.3. Concepto del Ministerio Público: no rindió informe.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

⁵ Folio 2 c. 2

⁶ Folio 4 c. 2

⁷ Folio 13 ibídem

⁸ Folio 16-19

7.3 Actos administrativos demandados.

- Acto ficto negativo, generado como consecuencia de la no respuesta a la petición con consecutivo No. 2016-10604 del 19 de febrero de 2016, y en el cual se niega la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro, con base en la inclusión de la prima de actualización como factor salarial.

7.4 Problema jurídico.

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si: ¿el actor tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro con la inclusión de la prima de actualización?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, conociendo el fondo del asunto, determina que el actor no tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro, toda vez que la prima de actualización tuvo una vigencia temporal; además, era entendida como un factor que se incorporó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, hasta tanto se fijara la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996.

Así las cosas, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año (1996) en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 Prima de Actualización

El artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 19, literal e), preceptúa que compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para "... fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública."



13-001-33-33-005-2017-00174-01

En ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4 de 1992, norma general que facultó al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos allí trazados, por ello, el artículo 13, dispuso:

"(...) el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo segundo.

Parágrafo: La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996."

En desarrollo de este mandato constitucional y legal el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en sus artículos 15, 28, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización, *prima de actualización*, sobre la asignación básica devengada por oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Empero, los citados Decretos erigieron la prima de actualización sólo para el personal, **en servicio activo**, situación que posteriormente fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No. 11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar, en primer lugar, que se violaba el derecho de igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, en segundo lugar, que se desconocía el mandato previsto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenaba establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Con fundamento en el anterior criterio, el Consejo de Estado ha venido reconociendo a los miembros en situación de retiro de la Fuerza Pública la prestación objeto del presente proceso; **sin embargo, tal reconocimiento sólo se ha hecho a partir del 1º de enero de 1993; pues en cuanto al año de 1992, la restricción de la prima de actualización para los servidores retirados, prevista en el Decreto 335 del mismo año fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-005 de 1992.**

Corrobora el criterio anterior, la postura fijada en la Sala Plena del Consejo de





13-001-33-33-005-2017-00174-01

Estado² en los siguientes términos "[...] no se reconocerán los reajustes reclamados para la anualidad de 1992, porque el Decreto 335 de ese año, según el cual la prima de actualización sólo podría computarse en las asignaciones de retiro de quienes la hubiesen devengado en servicio activo, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada."

7.6.2 De la incorporación de la prima de actualización en la asignación de retiro.

Es importante aclarar que, una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización lo cual no ofrece duda alguna, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se presente respecto de la asignación de retiro.

Como se anotó, la prima de actualización es un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, no es procedente ordenar al tiempo que se pague la prima de actualización al personal en retiro que no la percibió durante los años 1993 a 1995, y que por otra lado, se reajuste la asignación de retiro por los mismos períodos con dicho factor.

En efecto, este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización incide en el valor de la base de la asignación de retiro y, por ende, debe constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que estuvo vigente dicha prestación), ordenando así realizar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello había lugar.

Sin embargo, en relación a este tema el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁹ ha venido señalando:

² En sentencia de 13 de diciembre de 2002, con ponencia del Magistrado Camilo Arciniegas Andrade.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013. Rad. 25000-23-25-000-2009-00046-01 (1865-12)





13-001-33-33-005-2017-00174-01

"En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1º de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado. En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico."¹⁰ (Subraya la Sala)

En sentencia de 5 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996. Consideró el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

"(...)"

En este aspecto³, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, 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 y 1995, no es posible 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 del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C.P: Luis Vergara Quintero, Rad: 13001233100020100088201(1197-2012)

³ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009; Rad.0084-2008. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.



13-001-33-33-005-2017-00174-01

quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996. "(...)" (Resalta la Sala)

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

○ Resulta importante precisar que si bien la Sección Segunda no ha proferido una sentencia de unificación en tal sentido, lo cierto es que éste ha sido criterio reiterado de todas las subsecciones, por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la postura única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección Segunda del Consejo de Estado y en esa medida se constituye en referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste tanto de salario básico como de asignación de retiro con base en la prima de actualización.

○ De conformidad con lo anterior, la ejecutoria de la última sentencia del Consejo de Estado se dio el día 24 de noviembre de 1997, de tal suerte que los cuatro años dentro de los cuales los interesados debían acudir a la respectiva Caja solicitando el reconocimiento y pago de dicha prestación, se vencían el 24 de Noviembre de 2001.

○ De conformidad con las disposiciones señaladas y el tratamiento jurisprudencial del tema en consonancia con las pruebas recaudadas en el expediente, se puede llegar a las siguientes conclusiones relevantes para resolver el problema jurídico planteado en el caso concreto:

- a) La Prima de actualización nació para nivelar los sueldos del personal activo y retirado de la Fuerza Pública.
- b) Los funcionarios en retiro desde antes de 1992, no alcanzaron a devengar la prima de actualización en servicio activo.
- c) La Prima de actualización para el personal retirado, surgió a partir del 1 de



13-001-33-33-005-2017-00174-01

enero de 1993, en virtud de las Sentencias del Consejo de Estado¹¹ que eliminaron el obstáculo para que éstos la reclamaran; mientras que para el personal en servicio activo, nació a la vida jurídica a partir del 1 de enero de 1992.

- d) Para el caso del personal retirado, la Prima de Actualización tuvo el carácter de prestación periódica por afectar la asignación de retiro, siempre y cuando hubiese sido reclamada durante la fecha de su exigibilidad, **24 noviembre de 1997**, pues sólo en esa fecha fue quedó ejecutoriada la última la sentencia del Consejo de Estado, a partir de las cuales nace el Derecho de la Prima de Actualización al personal retirado
- e) La prima de actualización tiene un carácter temporal, puesto que su vigencia se supeditó hasta tanto se fijó la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha prima fue un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial hasta tanto se creara la escala salarial de dichos funcionarios hasta que se creara la escala salarial porcentual a la que se hizo referencia, momento en el cual desapareció para dar aplicación al principio de oscilación.

7.7 Caso concreto

7.7.1 hechos probados

- Derecho de petición, radicado el 29 de enero de 2016, por medio del cual se solicita la reliquidación de su asignación de retiro, con base en la inclusión de la prima de asignación (fl. 3-5).
- Oficio CREMIL 7223 del 19 de febrero de 2016, por medio del cual se le indica al señor TITO GRACILIANO GARCÍA HURTADO, que la administración ya se había pronunciado en cuanto a la reliquidación de su asignación de retiro (fl. 6).

¹¹ Sentencias del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 dictadas por la Sección Segunda del Consejo de Estado en los procesos 9923 y 11423 mediante las cuales 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 en los artículos 28 del Decreto 65 de 1994 y 29 del Decreto 133 de 1995.



13-001-33-33-005-2017-00174-01

- Resolución No. 445 del 3 de marzo de 1989, por medio de la cual CREMIL le concede al demandante una asignación de retiro en un 70% de su sueldo (fl. 7).
- Resolución No. 2727 del 27 de septiembre de 2007, por medio de la cual CREMIL da cumplimiento a una sentencia de fecha 30 de mayo de 2007, del Juzgado Décimo Primero Administrativo del circuito de Cartagena, en la que se le condenó al pago de la prima de actualización a favor del Suboficial Primero retirado de la Armada Nacional, TITO GRACILIANO GARCÍA HURTADO, el cual liquidó en la suma de \$2.906.643 (fl. 8-9).
- Certificado en el que consta que el señor TITO GRACILIANO GARCÍA HURTADO, laboró en el Establecimiento de Sanidad Militar – Cartagena (fl. 10).

Expediente Administrativo y hoja de vida del Suboficial Primero TITO GRACILIANO GARCÍA HURTADO, en el que se destacan los siguientes documentos:

- Resolución 2565 del 24 de agosto de 1999, por medio de la cual CREMIL niega el reconocimiento y pago de la prima de actualización (fl. 69-71)
- Sentencia del 30 de mayo de 2007, por medio del cual el Juzgado Décimo Tercero administrativo del Circuito de Cartagena reconoce y ordena el pago de la prima de actualización (fl. 80 rev - 86)
- Resolución No. 2727 del 27 de septiembre de 2007, por medio de la cual CREMIL da cumplimiento a una sentencia de fecha 30 de mayo de 2007 (fl. 89-90).

7.7.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, se tiene que el señor TITO GRACILIANO GARCÍA HURTADO, solicitó a CREMIL, por medio de escrito del 29 de enero de 2016, el reconocimiento y pago de la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión de la prima de actualización. Que ante dicha petición, CREMIL emitió el Oficio 7223 del 19 de febrero de 2016, en el que expuso que sobre ese tema había cosa juzgada pues ya existía un pronunciamiento de la administración.



13-001-33-33-005-2017-00174-01

En efecto, encuentra este Tribunal que, al señor TITO GRACILIANO GARCÍA HURTADO se le reconoció su derecho a disfrutar de una asignación de retiro, con Resolución No. 445 del 3 de marzo de 1989, en un 70% de su sueldo (fl. 7), toda vez que había prestado sus servicios a la Armada Nacional durante el término de 20 años. Que, para la fecha en la que se expedieron los Decreto 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995 y 107 de 1996, que regularon la prima de actualización, el actor se encontraba retirado del servicio, por lo que no disfrutó de tal acreencia, como quiera que las normas citadas excluían su aplicación a esta población.

Ahora bien, con sentencias del 14 de agosto de 1997 y noviembre de 1997, el Consejo de Estado le dio otro sentido a los Decreto 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995 y 107 de 1996, armonizándolo con la Ley 4 de 1992, por lo que a partir de dichos fallos, la prima de actualización se hizo extensiva a todo el personal retirado de las Fuerzas Militares.

Que en virtud de lo anterior, el accionante reclamó su derecho, por vía administrativa y judicial, resultando con la sentencia del 30 de mayo de 2007, por medio del cual el Juzgado Décimo Tercero administrativo del Circuito de Cartagena reconoce y ordena el pago de la prima de actualización. La decisión anterior, fue cumplida por CREMIL, mediante Resolución No. 2727 del 27 de septiembre de 2007, reconociendo la suma de \$2.906.643 (fl. 8-9).

En ese sentido se advierte que, en efecto, los fallos proferidos por la jurisdicción contencioso administrativa en temas de reliquidación de asignación de retiro, por la inclusión de la prima de actualización, aplican a los miembros de la fuerza pública que se encontraran en retiro del servicio al momento de su creación, y que no habían devengado la prima de actualización en servicio activo, toda vez que frente a ellos se iba a general una desigualdad desproporcional frente al personal que si estaba devengando la prima de actualización, lo anterior, como quiera que la asignación de retiro de éstos no iba a quedar nivelada, mientras que la asignación de retiro de quienes sí disfrutaran dicha prestación en económica en servicio activo, si estaría nivelada.

Por otra parte, es importante recalcar que si bien es cierto que este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización incidía en el valor de la asignación de retiro y, por ende, debía constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que





13-001-33-33-005-2017-00174-01

estuvo vigente dicha prestación), accediendo así a ordenar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro; dicha postura fue rectificadora por medio de providencia del **16 de diciembre de 2013**¹², al tener en cuenta que la Corporación de cierre de lo Contencioso Administrativo¹³ señaló:

"En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1º de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado.

*En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico."*¹⁴

En sentencia de 5 de septiembre de 2013, el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996. Consideró el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

En este aspecto, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, 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 y 1995, no es posible 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

¹² Sentencia de Sala Plena de la Subsección Especial de Descongestión de este Tribunal. Ponente: Dra. MARCELA LOPEZ ALVAREZ. Cartagena de Indias, D.T. y C, dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013). Radicación: 13-001-33-31-006-2008-00202-02. ELSY RAQUEL GUERRERO DE HERRERA vs CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013. Rad. 25000-23-25-000-2009-00046-01 (1865-12)

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C.P: Luis Vergara Quintero, Rad:13001233100020100088201 (1197-2012)



13-001-33-33-005-2017-00174-01

cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

En este punto debe destacarse que, la prima de actualización fue creada de manera temporal y por ende su pago solo corresponde las anualidades mencionadas. **Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha prima tuvo una vigencia condicionada hasta tanto se consolidara la escala salarial porcentual para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional**, supuesto que se configuró con la expedición del Decreto 107 de 1996; por lo que dejó de tener repercusión sobre las asignaciones de retiro y en consecuencia ningún miembro retirado de las Fuerzas Militares ni de la Policía Nacional tiene derecho a percibirla a partir de tal fecha.

De igual forma, tampoco es procedente reconocer el derecho a que dicho factor salarial sea tenido en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, por el mismo carácter de temporalidad de la norma, ya que si bien, ella establece que quien la devengue tiene derecho a que se le compute para el reconocimiento de su asignación de retiro, dicho aparte de la norma está supeditado a la vigencia del Decreto, es decir, aplicaba solo para esa época de tiempo y a quienes tuvieron la condición de retirado del servicio; igualmente, el Decreto 1211 de 1990, no establece que la prima de actualización haga parte de los factores que deben tenerse en cuenta para el computo de la asignación de retiro.

Como corolario, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones del actor.



6.9. Conclusión

En este contexto, considera esta Corporación que el actor no tiene derecho a que se ordene el reajuste de la asignación de retiro del demandante, toda vez que la prima de actualización tuvo una vigencia temporal; además, era entendida como un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, hasta tanto se fijara la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996.

Así las cosas, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año (1996) en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados y su asignación de retiro fue liquidada conforme al artículo 100 del Decreto 1211 de 1990 en el cual no está incluida dicha prima.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** el fallo de alzada.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte recurrente en esta instancia.

VIII.- DECISIÓN

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 el fallo del 1 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme con las consideraciones que se exponen en la parte motiva de esta providencia.



13-001-33-33-005-2017-00174-01

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte apelante, señor TITO GRACILIANO GARCÍA HURTADO, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No 037 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS (E)

