

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) abril de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-23-33-000-2018-00215-00
Demandante	ORLANDO GARCIA CUELLAR
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)
Tema	Prima de actualización
Magistrado Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Orlando García Cuellar contra Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

Con la demanda se elevaron las siguientes pretensiones.

“PRIMERO: SE DECLARE la NULIDAD del Acto Administrativo CREMIL 60152 - consecutivo N° 2016-512255 del dos (2) de agosto de 2016, expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante el cual se negó al señor ORLANDO GARCÍA CUELLAR, el derecho al cómputo del porcentaje correspondiente o la Prima de Actualización del cago de "Suboficial Jefe Técnico de la Armada Nacional", en la base pensional de la asignación de retiro reconocida a éste último; así como, la reliquidación y reajuste de la misma conforme a dicho derecho.

¹ Fl. 5 del expediente digitalizado.



SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se RECONOZCA o favor del señor ORLANDO GARCÍA CUELLAR el derecho al cómputo del porcentaje correspondiente a la Prima de Actualización del cago de "Suboficial Jefe Técnico de lo Armado Nacional", en la base pensional de la asignación de retiro reconocida a éste último en vida.

TERCERO: Con fundamento en el reconocimiento de dicho derecho, se, ORDENE a lo NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL- a RELIQUIDAR y REAJUSTAR la Asignación de Retiro del señor ORLANDO GARCÍA CUELLAR, computando a la base pensional de la mismo los porcentajes correspondientes o lo Primo de Actualización del cargo de "Suboficial Jefe Técnico de lo Armada Nacional", de acuerdo con lo establecido en lo Ley 4° de 1992 y los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 y los aumentos anuales de ley, poro así establecer lo verdadero bose de su asignación el 31 de diciembre de 1995 con bose en dicho primo v reliquidar lo asignación de retiro en lo formo previsto en lo lev, estableciéndolo definitivo v permanentemente.

CUARTO: Que conforme o lo anterior se CONDENE o lo NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES o PAGAR, de forma indexada, al señor ORLANDO GARCÍA CUELLAR, o quien represente legalmente sus intereses, el valor correspondiente al monto total que resulte de lo sumatorio de los diferencias anuales que surgen entre i.) Lo asignación de retiro devengado y ii) Lo asignación de retiro reliquidado y ajustado, conforme al cómputo de los porcentajes correspondientes o lo primo de actualización del cargo de "Suboficial Jefe Técnico de lo Armada Nacional" en lo bose pensional de lo mismo y los incrementos onuoles de ley, esto o portir del 1° de enero de 1996 hasta el dio efectivo del pago.

QUINTA: Se ORDENE o lo entidad demandada o realizar el reajuste de los valores o pagar en los términos del artículo 187 de lo Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -, y de acuerdo o lo fórmula descrito en lo porte motivo.

SEXTA: Se ORDENE o lo entidad demandada o reconocer intereses moratorios en los términos de los artículos 192 y 195 de lo Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (...)"².

² Folio 2 del expediente digitalizado.

3.1.2. HECHOS³

En la demanda, se afirma que al hoy demandante le fue reconocida una asignación de retiro a partir del 16 de junio de 1987.

El 24 de febrero de 1992, mediante Decreto 335, se creó la prima de actualización que fue pagada al actor entre los años 1992 a 1995 como una simple bonificación de carácter salarial.

Continúa expresando que en el acto de reconocimiento de su asignación de retiro no incluyó la prima de actualización más allá del año 1996.

Se advierte además que el 21 de febrero de 2002, el Tribunal Administrativo de Bolívar ordenó el pago a favor del actor del porcentaje correspondiente de la prima de actualización.

Luego, el 15 de junio de 2002, CREMIL dio cumplimiento a la sentencia, reconociendo el pago de la prima solo hasta el 31 de diciembre de 2005.

El 15 de julio de 2016, elevó petición nuevamente en el sentido que le fuera reconocida la prima de actualización. La petición fue resuelta el 2 de agosto de 2016, mediante el oficio 2016-512255.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁴

Estimó vulnerados los artículos 23 y 53 superiores, así como también los decretos 335 de 1992 y 25 de 1993. También la Ley 4 de 1992 y 133 de 1995.

Luego de hacer una reseña de diversos fallos judiciales, argumenta que el acto demandado adolece de falsa motivación al desconocer los precedentes jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, resaltando a su vez que el tema no fue pacífico en el H. Consejo de Estado, pero que la posición actual sustenta su pretensión.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. CREMIL⁵

Insta a la Sala a desestimar las pretensiones de la demanda.

³ Fl 3 del expediente digitalizado.

⁴ Fl. 5 del expediente digitalizado.

⁵ Fl. 63 del expediente digitalizado.

Precisa inicialmente que al actor le fue reconocida una asignación de retiro en 1987, sin embargo, su prestación se rige por una norma especial que es clara al establecer cuáles son los emolumentos a incluir en la liquidación de la asignación de retiro y que *ninguna de las demás primas será computable para efectos de asignaciones de retiro.*

“La prima de actualización se consagro como un factor adicional al sueldo básico por la vigencia de 1992 a 1995, siendo incorporado su porcentaje en el sueldo básico de la vigencia inmediatamente siguiente; se tiene entonces, que si la norma contempló un porcentaje de prima de actualización del 25% en la vigencia de 1992, a esa persona se le pagaría su sueldo más ese porcentaje de prima, situación que de manera alguna implica la modificación del sueldo básico de actividad; pensar lo contrario, sería tanto como decir que el reconocimiento de una prima técnica implica la modificación de mi sueldo básico”⁶.

A lo anterior, suma como argumento el hecho de la temporalidad de la prima de actualización.

“El pago de las asignaciones de retiro a partir del 1º. de enero de 1996 se hizo con fundamento en el SUELDO BASICO 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 BASICO, 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 BASICO 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 BASICO 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”⁷.

3.3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida el 17 de julio de 2018⁸. Luego, con el advenimiento del Decreto 806, se adoptó la decisión de dictar sentencia

⁶ Folio 69 del expediente digitalizado.

⁷ Folio 73 del expediente digitalizado.

⁸ Folio 47 del expediente digitalizado.

anticipada con providencia de 23 de junio de 2021⁹. En esta providencia, se resolvió lo relativa a las excepciones previas propuestas.

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN¹⁰

Ambas partes presentaron alegatos de conclusión en los que reiteraron los argumentos expuestos en sus escritos de demanda y contestación respectivamente.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello se procede a dictar sentencia de primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer si el acto administrativo demandado ha de ser anulado, ello en virtud a lo expuesto por el actor, quien afirma que su asignación de retiro debe ser reliquidada para incluir la “prima de actualización” entre los factores computables.

5.3. TESIS

⁹ Archivo denominado “02Auto” obrante en la carpeta contentivo del expediente digitalizado.

¹⁰ Archivo “04AlegatosCremil.pdf” y “06AlegatosDemandante”.

La Sala sostendrá como tesis que no se debe anular el acto demandado. La prima de actualización fue reconocida judicialmente con respecto a los años en que tuvo vigencia y no resulta legal su reconocimiento con posterioridad dada su naturaleza temporal.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. PRIMA DE ACTUALIZACION: MARCO NORMATIVO, ALCANCE MATERIAL Y TEMPORAL

Con base en las facultades otorgadas por el artículo 215 de la Constitución Nacional y en desarrollo del Decreto Legislativo 333 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 335 de 1992 mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para, entre otros, los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares.

El artículo 15 del decreto creó una prima de actualización en los siguientes términos:

“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: ...

PARÁGRAFO. 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”.

Posteriormente, la Ley 4 de 1992, en su artículo N° 13, ordenó una nivelación salarial para el personal activo y retirado de la Fuerza Pública, disponiendo:

“ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley 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 2o.

PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996”.

En desarrollo de esta disposición y de las demás normas generales de la ley 4a. de 1992, se expidieron los Decretos 25 de 1993¹¹, 65 de 1994¹² y 133 de 1995¹³, en cuyos artículos 28, de los dos primeros y 29 del tercero, se reprodujo el contenido del artículo 15 del Decreto 335 de 1992, por medio del cual se estableció el pago mensual de una prima de actualización para oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, quienes tendrían derecho a que la misma les fuera computada para el reconocimiento de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones¹⁴.

La expedición de un Decreto derogaba el anterior y se limitaba para la vigencia fiscal del año de su promulgación, por cuanto la prima de actualización siempre fue concebida "temporalmente" hasta que se consolidara la escala salarial porcentual que nivelaría la remuneración del personal de la Fuerza Pública.

Finalmente, mediante el Decreto 107 del 15 de enero de 1996, el Gobierno estableció la escala gradual porcentual para la remuneración del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a que se refería el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, terminando, por consiguiente, la vigencia de la prima de actualización.

Debe advertirse, sin embargo, que mediante las sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad de las expresiones "*que la devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*" contenidas en el parágrafo del artículo 28 de los

¹¹ El parágrafo del artículo 28 del Decreto número 25 de 1993, estableció: "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".

¹² El parágrafo del artículo 28 del Decreto número 65 de 1994, señaló: "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".

¹³ El parágrafo del artículo 29 del Decreto número 133 de 1995, es del siguiente tenor: "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".

¹⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Radicado: 11001-03-06-000-2010-00080-00(2019).

Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, por las siguientes razones:

“En el artículo 13 de esta ley marco [4ª de 1992], el legislador preceptúa, como se vio, que el gobierno nacional establecería una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de dicha Fuerza, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2o. de la misma.

Los decretos acusados -25 de 1993 y 65 de 1994 [133 de 1995]- se expidieron en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4a. de 1992, que por tener el carácter de ley marco, contiene los principios, pautas, directrices, políticas y criterios que deben dirigir la acción del ejecutivo en este específico campo de su gestión - regulación de salarios y prestaciones sociales -, y los linderos que deben enmarcar la misma, sin que le sea permitido al gobierno nacional, al desarrollar la materia que constituye el objeto de la ley, desbordar tales linderos, que son precisamente los que configuran el marco dentro del cual deben dictarse los reglamentos cuya expedición le confió el legislativo.

Así las cosas, se tiene que si el legislativo en 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 prestacional de dicho personal, consagrar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación de las asignaciones de retiro, que conlleven a resultados diferenciales en el quantum de esta prestación para un grupo determinado de los miembros de la Fuerza Pública, como acontece si a quienes la 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.

De ahí que al excluir al personal retirado de la Fuerza Pública del cómputo del valor 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 ésta, será superior a la que perciben quienes se encuentran retirados del servicio activo desde antes de la consagración de tal prima”¹⁵.

Con estas decisiones se reconoció el derecho del personal retirado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a reclamar el reconocimiento y pago de la prima de actualización.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 9923, Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, y expediente No. 1423, Magistrada Ponente: Clara Forero de Castro.

Sin embargo, la Sala Plena del Consejo de Estado mediante sentencia S-746 del 3 de diciembre de 2002, CP. Camilo Arciniegas Andrade, precisó que el reconocimiento debía hacerse a partir del 1° de enero de 1993, en la medida que el parágrafo del artículo 13 de la Ley 4 de 1992 estableció que la nivelación debía producirse para las vigencias fiscales de 1993 a 1995, de manera que el reconocimiento de la prima de actualización como factor salarial computable para la asignación de retiro, se haría efectivo a partir del 1° de enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 1995.

De esta manera el reconocimiento, inclusión y pago en la asignación de retiro para las vigencias fiscales de 1996 y años posteriores no sería viable, de conformidad con el carácter temporal de la prima de actualización, sobre todo porque los valores reconocidos en entre 1993 y 1995 como prima de actualización fueron incluidos en la asignación de 1996, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado¹⁶:

“(...) a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados, por ello, no es necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996 dado que, se insiste, los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación recibida.

En cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro, en sentencia proferida por esta Sala, el 11 de octubre de 2001 en el proceso No. 25000-23-25-99-3548-01(1351) se señaló que la prima de actualización se creó de manera temporal, para los años 1992, 1993, 1994 y 1995 y que en tal virtud, su reconocimiento no puede extenderse para los años subsiguientes a 1996.

Se reitera, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y 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 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, las

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 21 de agosto de 2008, Sección Segunda Subsección B, radicado No. 13001-23-31-000-2003-00725-01 (1589-07), C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

cuales, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad".

También la jurisprudencia del Consejo de Estado estableció que para el personal retirado la posibilidad de reclamar la prima de actualización estaba sujeta al término de prescripción de 4 años previsto en los Decretos 1211, 1212, 1213 de 1990, contado a partir de la fecha de ejecutoria de los fallos de nulidad, en razón a que sólo a partir de la anulación de las expresiones que limitaban el reconocimiento, nació el derecho para dicho personal.

Al respecto, la Sección Segunda en sentencia del 4 de junio de 2007¹⁷, proferida dentro del expediente 6572-05 indicó:

"DE LA PRESCRIPCIÓN

Con ocasión a 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, 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.

Por su parte, la sentencia del 6 de noviembre de 1997 mediante la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad de idénticas expresiones en el decreto 133 de 1995, 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 1995, vencía el 24 de noviembre de 2001.

(...)

Se deduce de lo anterior, que si bien es cierto que la prima de actualización fue una prestación periódica, también lo es, que lo fue durante el tiempo en que estuvo vigente. Que el hecho de limitar en el tiempo, el pago de la prima de actualización hace que al culminar su vigencia, desaparezca del mundo jurídico.

De conformidad con lo expresado, la exigibilidad de la prima de actualización vencía los días 17 de septiembre y 24 de noviembre de 2001, de acuerdo a las fechas en que quedaron ejecutoriadas las sentencias de esta Corporación; además si se tiene en cuenta la prescripción cuatrienal contemplada en el Estatuto de la Policía Nacional, los derechos allí consagrados prescriben en 4 años desde el momento en que se hizo exigible la obligación.

Como el actor formuló la petición en sede gubernativa el 29 de

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda — Subsección "B". Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, catorce (14) de junio de dos mil siete (2007), Radicación número: 68001-23-15-000-2003-00739- 01(6572-05).

noviembre de 2001 (fl.2), transcurrieron más de 4 años desde la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, razón por la cual, prescribió el derecho correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995".

Y en sentencia del 13 de febrero de 2001, la Sección Segunda - Subsección A, refirió:

"En otros términos, para los oficiales retirados existía un impedimento de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengar dicha prestación sólo surgió, con certeza, a partir de la expedición de las sentencias referidas.

Lo anterior justifica plenamente que el demandante sólo hubiese formulado la solicitud en el año de 1998 porque no tendría ningún sentido pedir el reconocimiento de un derecho que por disposición reglamentaria, se carecía.

De la misma forma, no resulta razonable aplicar la prescripción cuatrienal a tal petición, porque esta figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento..."

Todo lo anterior permite a la Sala concluir frente a la prima de actualización, lo siguiente:

- La prima de actualización se creó para nivelar las asignaciones del personal activo y retirado de la Policía Nacional y de las FFMM, condicionada al establecimiento de una escala salarial porcentual que nivelara en forma definitiva dichas asignaciones.
- La prima de actualización tuvo vigencia durante los años 1992 a 1995, establecida en los decretos salariales anuales, en favor del personal activo de la Policía Nacional y las FFMM; sin embargo, el Consejo de Estado anuló las disposiciones que establecían esa limitación y en consecuencia extendió el beneficio al personal que tenía condición de retirado aun cuando no lo hubiera percibido en actividad.
- La prima de actualización perdió vigencia el 31 de diciembre de 1995, porque a partir del 1º de enero de 1996 entró en vigor la escala salarial porcentual que niveló las asignaciones del personal de activos y del personal de retirados, siendo ésta la condición resolutoria de aquel beneficio.

- Los valores reconocidos como prima de actualización entre los años 1993 a 1995 fueron incluidos en las asignaciones fijadas en el año 1996, de manera que se cumplió la nivelación proyectada por la Ley 4 de 1992.
- En consecuencia, a partir del 1º de enero de 1996, no es procedente el reconocimiento de valores nominales por concepto de prima de actualización, bien como factor de salario junto al sueldo dentro de las asignaciones de actividad, o bien como factor de cómputo dentro de la base de liquidación de la asignación de retiro.
- Para el personal retirado, el derecho a la prima de actualización está sometida al término de prescripción de 4 años, contado desde la fecha de ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que anularon las expresiones que limitaban el derecho en favor del personal activo: 19 de septiembre y 24 de noviembre de 1997, esto es hasta el 19 de septiembre de 2001 y hasta el 24 de noviembre de 2001.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

El 15 de julio de 2015, elevó una petición a la hoy accionada en el sentido que le fuera reconocida la reliquidación de la asignación de retiro, con la inclusión de la prima de actualización¹⁸.

El 2 de agosto de 2016, con oficio 2016-51255, CREMIL dio alcance a la solicitud, desestimándola¹⁹.

¹⁸ Folio 17 del expediente digitalizado.

¹⁹ Folio 24 del expediente digitalizado.

Rad. 13001-23-33-000-2018-00215-00

PRIMA DE ACTUALIZACION: su representado el señor JT (RA) ARC GARCIA CUELLAR ORLANDO, a través de apoderado, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la cual se ordenó a la Entidad a reconocer y pagar la Prima de Actualización a favor del causante.

Que en cumplimiento del fallo en mención, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 3389 del 15 de julio de 2002, ordenó el reconocimiento y pago de la Prima de Actualización a favor del militar retirado, acto administrativo que se encuentra debidamente notificado y ejecutoriado, gozando de presunción de legalidad, razón por la cual no hay lugar a nuevos pronunciamientos por ese concepto. (Anexo copia simple de la resolución en mención en 2 folios).



Para 13 No. 27-00 Edificio Bocacha Piso 2, Bogotá D.C., Colombia
Tel: 371 3537300 Línea Gratuita 018000912020 Fax: 371 3537300



Para la autenticidad del presente documento, deberá ingresar a "https://hefestos.cremil.gov.co/certificados.html" e ingresar el código: 1247C20160802957624



Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene entonces que el presente asunto ya tuvo pronunciamiento de fondo por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa configurándose de esta manera la existencia del fenómeno procesal de COSA JUZGADA, la cual impide que se realice un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

El 5 de agosto de 1987, mediante resolución 1022²⁰, CREMIL reconoció a favor del actor una asignación de retiro. En ella, se tuvo en cuenta los factores percibidos durante su vinculación, estos es, sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad y subsidio familiar.

El 15 de julio de 2002, con resolución 3389²¹, CREMIL dio cumplimiento a Sentencia de fecha 21 de febrero de 2002, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante la cual se condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al reconocimiento y pago de la Prima de Actualización a favor del: Señor Jefe Técnico (r) de la Armada ORLANDO GARCIA CUELLAR.

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

²⁰ Folio 27 del expediente digitalizado.

²¹ Folio 31 del expediente digitalizado.

El caso que ocupa la atención de la Sala, el actor pretende la reliquidación de su asignación de retiro, al estimar que no se incluyó la prima de actualización.

De la demanda, se sabe también que en el año 2002, esta Corporación ordenó el pago de la prima de actualización al actor y que la accionada emitió un acto administrativo dando cumplimiento a la orden.

En esta oportunidad, el actor disputa el hecho que en la actualidad no le es incluida nuevamente la prima de actualización en la liquidación de su asignación de retiro.

En relación con la vigencia de la prima de actualización, el H. Consejo de Estado ha afirmado que no fue indefinido o permanente, sino que dicho factor únicamente subsistió entre los años 1993 y 1995, en razón a que para el año 1996 se dispuso la nivelación de los salarios del personal activo de la Fuerza Pública a través del Decreto No. 107 de esa anualidad, lo que se extendió al personal retirado por vía del principio de oscilación. Por ende, ante el cumplimiento de la condición establecida en los Decretos Nos. 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, la prima desapareció, como lo ha concluido el Consejo de Estado:

*“(…) Resulta claro que el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización solo tuvo vigor entre el 1o. de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, puesto que los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 condicionaron su existencia hasta cuando se fijara la escala salarial porcentual única de conformidad con el artículo 13 de la Ley 4.a de 1992, **por lo que una vez cumplida tal condición, el derecho se extinguía, como efectivamente sucedió ante la expedición del Decreto 107 de 15 de enero de 1996, que expresamente derogó lo previsto en el Decreto 133 de 1995.***

***En otras palabras, al haberse consolidado la escala gradual porcentual, por medio del Decreto 107 de 1996, que niveló la remuneración del personal en servicio activo y retirado de la fuerza pública a partir del 1o de enero de 1996 en armonía con el artículo 13 de la Ley 4.a de 1992, la prima de actualización se extinguió jurídicamente. (…)**”²².*

Entiéndase entonces que el mentado emolumento fue creado con vigencia temporal con el fin de incrementar la asignación de los miembros de la Fuerza Pública; ello mientras tenía lugar la nivelación ordenada en la Ley 4 de 1993. Así entonces, dicho monto quedó incorporado en el Decreto 107 de 1996. Por ello, si el concepto quedó integrado a la asignación de retiro,

²² C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00533 (2764-15). M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

no puede reconocerse nueva o alternamente desde el año 1996, cuando ya se había extinguido jurídicamente. Sin embargo, aun admitiendo la tesis del demandante, en todo caso las pretensiones están llamadas a fracasar por la extinción del derecho.

La naturaleza temporal de la prima tuvo injerencia en el análisis del fenómeno de la prescripción. Tras la declaratoria de nulidad parcial de los párrafos ya mencionados en líneas pasadas, el H. Consejo de Estado resolvió lo relativo al plazo extintivo y el inicio de su cómputo²³. Este debate fue zanjado definitivamente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en virtud de un recurso extraordinario de súplica resuelto con providencia del 3 de diciembre de 2002, en los siguientes términos:

“(...) los decretos objeto de la declaración de nulidad parcial reseñados, crearon la prima de actualización exclusivamente para los miembros de la Fuerza Pública en servicio, excluyendo jurídicamente la existencia de tal derecho en cabeza de los oficiales en retiro quienes solo accedieron al mismo a partir de la declaración de nulidad de los apartes del decreto número 35 de 1993 y 65 de 1994 ‘que la devengue en servicio activo’ y ‘reconocimiento de’ dispuesta en las sentencias de la Sección Segunda de la Corporación de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997.

Tampoco resulta de recibo afirmar que el demandante bien pudo solicitar la inaplicación de los decretos que a la postre resultaron anulados parcialmente y a su vez, invocar el principio de oscilación que está consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 (...) porque para que opere la prescripción es indispensable que concurra la exigibilidad del derecho que, como ya se anotó, solo surgió para los oficiales en retiro a partir de la anulación de la norma jurídica que los excluía y la dejación o abandono del titular, que tampoco se produjo en este caso, porque si bien no acudió a las vías indicadas por la demandada, si inició una acción judicial para retirar del mundo jurídico el acto denegatorio la cual fue decidida en sentencia que acogió sus pretensiones.

Mientras estuvieron vigentes los párrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, y el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995 el personal en retiro no tenía derecho a la prima de actualización, no podía reclamarlo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y por tanto la obligación de esta entidad no era entonces exigible. En consecuencia, mal podía hacerse correr la prescripción contra quien no podía exigir su derecho, y al decidirlo así la Subsección

²³ Mientras la Subsección A sostenía que el término de prescripción solo podía correr a partir de la ejecutoria de los fallos de nulidad, la subsección B consideraba que la exigibilidad del derecho surgía con la expedición de cada decreto. Sin embargo, esta última rectificó su tesis en sentencia del 13 de septiembre de 2001 (rad. 2000-983834 (0094-01)) y finalmente la posición, para ese momento ya uniforme, se consolidó con la providencia del 3 de diciembre de 2002.

falladora aplicó indebidamente el artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y dejó de aplicar el artículo 2535 inciso segundo del Código Civil. (...)”²⁴.

Esta posición, aun a día de hoy, es sostenida por el Alto Tribunal.

“(…) esta sección ha considerado en forma consistente y reiterada que es a partir de la fecha de ejecutoria de las providencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, a saber el 24 de noviembre de 1997, que se hizo exigible el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para los miembros de la Fuerza Pública en retiro. Lo anterior, cabe precisar, hasta el 24 de noviembre de 2001, en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en el Decreto 1211 de 1990. (...)

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala que la prima de actualización reclamada en virtud de las sentencias de esta Corporación antes citadas, sólo se hizo exigible para el personal en retiro entre el 24 de noviembre de 1997 y el 24 de noviembre de 2001, como quiera que el término de prescripción para el reconocimiento de dicha prestación para el año de 1995 empezó a contarse a partir del 24 de noviembre de 1997 y hasta el 24 de noviembre de 2001 fecha en que finalizo el término de los 4 años, señalados en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 (...)”²⁵.

En el caso bajo estudio, al actor le fue reconocida la prima de actualización por vía judicial, y dicha orden ya fue cumplida por la entidad accionada. La liquidación del emolumento correspondió a los años en que estuvo vigente, pues más allá, sería imposible el reconocimiento.

Así entonces, siendo que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad, resulta forzoso concluir que las pretensiones de su anulación no están llamadas a prosperar en tanto el ejercicio probatorio de la accionante no fue exitoso y, en cambio, se arribó a la conclusión contraria, cual es que ha de ser confirmada la legalidad de los actos acusados.

5.6.3. Condena en costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo 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”.

²⁴ C.E., S. Plena, Sent. 2000-7773 (S-773), dic. 3/2002. M.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

²⁵ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2015-00139 (2308-16), oct. 26/2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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. Conforme lo anterior, se condenará en costas a la parte demandante, dado que le resultó desfavorable el resultado 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,

VI.- FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

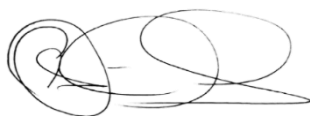
SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ