

Cartagena de Indias D.T y C., Veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-31-004-2003-01597-01
Demandante	ÁNGEL MARÍA PALACIO BONILLA
Demandado	CREMIL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reconocimiento y pago de la Prima de actualización – Prescripción – improcedencia de la reliquidación de asignación de retiro por inclusión de la Prima de actualización</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión a revisar, en el grado jurisdiccional de consulta, la sentencia del 12 de octubre de 2007, y el auto que la adiciona de fecha 22 de enero de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ÁNGEL MARÍA PALACIOS BOLILLA, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora ÁNGEL MARÍA PALACIOS BONILLA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en

¹ Folios 2-14 c/no 1

contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad de la Resolución 0390 del 24 de marzo de 1998 y Oficio 0122727 del 22 de enero de 2002, proferido por la demandada en los cuales se negó al actor el reconocimiento y pago de la prima de actualización de su nivel salarial.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, y por haberse excluido al actor del proceso de la nivelación salarial dispuesto en la ley marco, se condene a CREMIL a:

- a) Reconocer y pagarle al actor la prima de actualización liquidada mensualmente entre el 1ro de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995,
- b) Modificar el acto administrativo mediante el cual la demandada le reconoció la asignación de retiro o pensión, ordenando el computo de los porcentajes de la prima durante las vigencias fiscales dispuestas en el parágrafo del art 13 de la ley 4 de 1992.
- c) Reliquidar los incrementos anuales con base en el nuevo monto prestacional que resulte de aplicar el computo de la prima, aplicando el criterio favorable del Consejo de Estado.

TERCERO: Que se profiera condena en concreto, que disponga el pago de los dineros dejados de percibir.

CUARTO: Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El actor expone que percibe una asignación de retiro de parte de CREMIL, y que el Gobierno Nacional, por medio de la Ley 4 de 1992, artículo 3, estableció

la nivelación salarial para el personal de las Fuerzas Públicas, la cual debía llevarse a cabo entre los años 1993 y 1996.

Sostuvo, que el ejecutivo, promulgó el Decreto 335 de 1992, y consecutivos, en el que se creó la prima de actualización para el personal del servicio activo, condicionando su existencia hasta la creación de la escala salarial porcentual única.

Expone, que como el actor era un agente retirado, las normas mencionadas lo mantuvieron excluido de esos derechos hasta finales del año 1997, cuando el Consejo de Estado declaró nulos los apartes que los decretos mencionados, que impedían la aplicación de la prima de actualización a las personas en la misma condición del actor.

Que con posterioridad a las mencionadas sentencias, solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actualización, así como el computo de sus porcentajes en su asignación de retiro; sin embargo, la entidad demandada negó dicho reconocimiento.

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 y 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.

Según el demandante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares está incumpliendo la Ley y los Decretos reglamentarios con la negativa a sus pretensiones.

Que se vulnera el Principio de Igualdad por cuanto al computar la prima de actualización para las asignaciones de retiro del personal que se encuentra en actividad, se crea una discriminación con el personal ya retirado, porque cuando unos y otros tengan la misma condición tendrán por concepto de dicha prima diferencias en sus asignaciones de retiro.

Que la negativa de reconocer la prima de actualización, contraría al espíritu del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, establecida para nivelar los salarios, asignaciones de retiro y pensiones de la Fuerza Pública pretendiendo que el abanico no fuera tan disperso, según se desprende de la exposición de motivos de la citada ley en la ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 31 de 1991 del Senado de la República, aprobado el 27 de febrero de 1992.

2.5 Contestación

2.5.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL

Esta entidad no dio contestación a la demanda

2.5.2 Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR

Por error de la Secretaria del Juzgado de Primera Instancia, se notificó de la demanda a Casur, entidad que presentó su escrito de contestación de manera extemporánea. Sin embargo, por auto del 3 de septiembre de 2007² el fallador *a quo* advirtió el yerro cometido en la notificación y excluyó a dicha entidad del proceso³.

III. – SENTENCIA OBJETO DE CONTROL⁴

Por medio de providencia del 12 de octubre de 2007, el Juez Segundo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, exponiendo que, si bien la prima de actualización fue creada para cobijar únicamente a los oficiales y suboficiales en servicio activo, lo cierto es que con los fallos del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1994, se extendió su aplicación para el personal retirado del servicio, por lo que se debe considerar que a partir de esa fecha nació el derecho para las personas en esa situación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez de instancia declaró la nulidad de los actos demandados, ordenó el pago de la prima de actualización, y la reliquidación de la asignación de retiro.

² Folio 51

³ Folio 47-50

⁴ Folio 54-60

IV.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento, inicialmente fue repartida al Despacho 005 de este Tribunal, sin embargo, el Magistrado ponente, el 5 de diciembre de 2016⁵ se declaró impedido por haber dictado la sentencia de primera instancia, por lo que la Sala 002 le aceptó el impedimento el 13 de febrero de 2017⁶.

Por medio de auto calendado 22 de agosto de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante:

No presentó alegatos.

6.2. Alegatos de la parte demandada:

No presentó alegatos.

6.3. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VI.- CONSIDERACIONES

6.1. 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

6.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto en el Grado Jurisdiccional de Consulta, por disposición del artículo 184, modificado por la Ley 446 de 1998.

⁵ Folio 5

⁶ Folio 7

⁷ Folio 130

6.3 Actos administrativos demandados.

- Resolución 0390 del 24 de marzo de 1998 que niega el derecho a reconocer la prima de actualización y,
- Oficio 0122727 del 22 de enero de 2002 que expone que a su petición ya se le dio respuesta mediante Resolución 0390 del 24 de marzo de 1998.

6.4 Problema jurídico.

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento de la prima de actualización entre los años de 1992 hasta el 1995, y al correspondiente reajuste de su asignación de retiro, de acuerdo a lo dispuesto en los Decretos 25/93, 65/94 y 133/95, teniendo en cuenta que pasó a retiro a partir del año de 1979.

6.5 Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, conociendo el fondo del asunto, determina que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización y reajuste de su asignación de retiro establecida en los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994, y 133 de 1995, toda vez que cuando presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, dichas acreencias se encontraban prescritas.

De otro lado, tampoco es posible ordenar 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.

6.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

6.6.1 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.”.

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 las 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.

Corroborar el criterio anterior, la postura fijada en la Sala Plena del Consejo de 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.”.

6.6.2 Prescripción de la prima de Actualización

Debe entonces procederse a estudiar si la petición del mencionado derecho fue realizada dentro del término establecido para el efecto y para ello se procede a invocar una sentencia del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 31 de agosto de 2006, Rad. 8958-2005, C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado, manifestó:

“Ahora bien, la Sala ha sostenido en relación con el fenómeno prescriptivo, que éste solamente opera cuando concurren todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en lograr su cumplimiento. (...) A partir de ese momento, el demandante contaba con el término de cuatro (4) años para deprecar el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro con el factor prima de actualización y sucedió que la solicitud se entabló por fuera de este lapso. Si bien es cierto el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro con la incorporación del factor prima de actualización tiene asidero en normas que surgieron al amparo de la Ley 4ª de 1992, dicha acreencia laboral por la circunstancia de no preverse expresamente en los decretos que la contemplaron no quiere decir que ostente carácter imprescriptible, dado que la regla general es que todos los derechos laborales, por razones de seguridad jurídica estén sujetos a la prescripción y la excepción es que no queden afectados por este fenómeno. (...) la postura de la parte actora implicaría admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley 4ª de 1992 serían imprescriptibles, aserto que no es de recibo dado que solamente los derechos laborales de tracto sucesivo de orden vitalicio, salvo excepciones legales, quedan amparados por esta prerrogativa. Respecto de esta clase de derechos, prescriben las mesadas no reclamadas en los términos preclusivos establecidos para el efecto, pero el derecho en sí no se extingue y se hace exigible en cualquier momento. Estas circunstancias no pueden predicarse de la reliquidación de la asignación de retiro con la incorporación del factor prima de actualización, dado que ésta fue contemplada

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

para un período específico vale decir por los años 1993 a 1995 toda vez que a partir del 1º de enero de 1996, se estableció la escala salarial porcentual única para las fuerzas militares y policía por medio del Decreto Nro. 107 del 15 de enero de 1996.”

El Decreto 1211 de 1990, por medio del cual se regula el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en el cual se fijan las Asignaciones, Subsidios, **PRIMAS**, Traslados, Comisiones, Pasajes, Viáticos, Licencias y todo lo relacionado con las prestaciones Salariales de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Jerarquía, Escalafón, Suspensiones y Terminación de la actividad Militar, señala en su artículo 174 lo siguiente:

“ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigible. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasaran a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se haya solicitado el reconocimiento del derecho. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

En el caso objeto de examen, no puede predicarse que a la fecha de expedición de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 la obligación se hubiera hecho exigible para los oficiales retirados del servicio, pues, precisamente, tales preceptos sólo consagraban la prima de actualización para los agentes en servicio activo.

Así entonces tenemos que, procede contabilizar del término de prescripción del derecho a partir de noviembre de 1997 (fecha en la cual quedaron ejecutoriadas las sentencias del Consejo de Estado, a partir de las cuales nace el Derecho de la Prima de Actualización al personal retirado de las Fuerzas Militares), por tanto el plazo de cuatro (4) años con que disponía el interesado para el correspondiente reclamo **venció en noviembre de 2001**, en aplicación del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

6.6.1 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 Administrativo⁸ ha venido señalando:

"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 1° 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."*⁹ (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

⁸ 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)

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C.P: Luis Vergara Quintero, Rad: 13001233100020100088201(1197-2012)

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 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

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.

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 enero de 1993, en virtud de las Sentencias del Consejo de Estado¹⁰ 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.

¹⁰ 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 párrafo 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.

6.7 Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en los considerandos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0390 del 24 de marzo de 1998¹¹, el señor ÁNGEL MARÍA PALACIOS BONILLA, le fue reconocida asignación de retiro por medio de Resolución 853 del 1º de octubre de 1980.

Teniendo establecido que el actor se encontraba en retiro del servicio desde antes de la expedición de los decretos que reglamentaron la prima de actualización, y que existe prueba de que dicha prima no se ha incluido en su asignación de retiro, como factor salarial, se procederá a verificar si el actor, en atención a lo plasmado anteriormente respecto de la prescripción de los derechos laborales de los Militares, presentó en tiempo la petición de reliquidación de su asignación teniendo en cuenta la tantas veces mencionada prima de actualización.

Revisado el expediente, se tiene que la parte actora formuló la petición en sede gubernativa el 26 de febrero de 1998 (fl. 5), es decir, antes de que hubieran transcurrido los 4 años desde la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que permitieron devengar la asignación para el personal retirado, sin embargo, dicha petición fue negada por medio de Resolución 0390 del 24 de marzo de 1998.

Ahora bien, como quiera que con la petición del 26 de febrero de 1998, se interrumpió el término de prescripción contemplado en el art. 174 del Decreto 1211 de 1990; el actor debía presentar la correspondiente acción de nulidad dentro de los 4 años siguientes a esa fecha, so pena de que su derecho prescribiera¹², es decir, tenía hasta el 27 de febrero de 2002 para realizar el respectivo reclamo.

A pesar de lo anterior, se encuentra que el 31 de julio de 2001¹³, el accionante presentó una nueva petición ante CREMIL, solicitando el reconocimiento de la prima de actualización, siendo respondida la misma el 22 de enero de 2002¹⁴, mediante oficio en el que se le indica, que sobre esa solicitud ya existe un pronunciamiento y que se encuentra contenido en la Resolución 0390 del 24 de marzo de 1998.

¹¹ Folio 5 c. 1

¹² Como quiera que la prima de actualización afectaba la asignación de retiro de los militares, debía entenderse ésta como una prestación periódica a la cual no le era aplicable la caducidad de la acción contemplada en el art- 136 del CCA.

¹³ Folio 1

¹⁴ Folio 2

Finalmente, solo hasta el 6 de agosto de 2003 el señor ÁNGEL MARÍA PALACIO BONILLA formuló la respectiva demanda en contra del oficio del 22 de enero de 2002 y de la Resolución 0390 del 24 de marzo de 1998¹⁵; sin embargo, para esa fecha su derecho al reconocimiento de la prima de actualización ya se encontraba prescrito, pues, como se dijo anteriormente, el actor solo contaba con plazo hasta el 27 de febrero de 2002, para acudir ante la administración de justicia a hacer los reclamos respectivos.

Debe dejarse en claro, que la petición del 31 de julio de 2001 no tenía la facultad de interrumpir nuevamente el conteo del término de prescripción, pues éste solo podía ser interrumpido por una sola vez, y dicho efecto ya se había surtido con la presentación de la primera petición, en febrero de 1998. Además, debe exponerse que, la decisión manifestada por CREMIL en el oficio del 22 de enero de 2002, no constituye un acto administrativo susceptible de control por esta jurisdicción, como quiera que el mismo no contiene una manifestación de la administración que extinga, modifique o cree una situación jurídica para el interesado, sino que solo se limitó a decir, que frente a lo pedido por el señor ÁNGEL MARÍA PALACIO BONILLA, ya existía un pronunciamiento.

Así las cosas, para la Sala es claro que los saldos que debieron ser reconocidos por concepto de prima de actualización, están prescritos, lo que impone que se declare extinto al disfrute en dinero del derecho a la prima de actualización.

Por otra parte, es preciso aclarar que, una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización en sí, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se le hace a la asignación de retiro.

Sobre este aspecto 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; ni tampoco a que se tenga 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 de la misma.

¹⁵ Folio 31

Como corolario, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, que concedió las pretensiones del actor, en cuanto al reconocimiento de la prima de actualización dentro del periodo de 1° de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1995, y dispuso la reliquidación de su asignación de retiro.

6.8 De la compulsión de copias

Advierte la Sala que, en todos aquellos asuntos laborales en los que la entidad demandada haya ejercido defensa, deberá ser consultada de acuerdo con el art. 184 del CCA:

"ARTÍCULO 184.— Modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 57. Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses. (...)

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.

Teniendo en cuenta lo anterior advierte la Sala que en el caso de marras la entidad accionada – CREMIL - no dio contestación a la demanda ni presentó recurso de apelación a la condena que le fue impuesta, por tal motivo, de acuerdo con la norma en cita, la sentencia debía ser consultada ante este Tribunal Administrativo.

De acuerdo con lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia, de fecha 12 de octubre de 2007¹⁶, en el numeral séptimo de la parte resolutive, dispuso el envío del proceso a este Tribunal a efectos de que se adelantara el trámite en mención, sin embargo, solo hasta el 21 de octubre de 2016 se cumplió la orden anterior¹⁷.

Al respecto, se encuentra a folio 1 del cuaderno 2, un escrito de fecha 7 de octubre de 2016, en el que la Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo

¹⁶ Folio 54-60

¹⁷ Folio 3 c. 2

del Circuito de Cartagena, expone que la secretaria anterior, la Dra. ISBETH RAMÍREZ GÓMEZ, no dio cumplimiento a la orden contenida en el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia del 12 de octubre de 2007; y que por esa razón, envía en esa fecha el expediente en consulta a este Tribunal.

Adicional a lo anterior, se encuentra que el 26 de septiembre de 2017, el abogado de la parte demandante da cuenta de que CREMIL pagó el valor adeudado por la sentencia de primera instancia, la cual se reitera, no se encuentra ejecutoriada por cuanto no se había surtido el trámite de consulta.

Teniendo en cuenta lo anterior, se impone en esta instancia, proceder a ordenar a la Secretaria de esta Corporación, la compulsas de copias a las entidades penales y disciplinarias correspondientes, a efectos de que se adelanten las investigaciones del caso, para esclarecer las circunstancias bajo las cuales se efectuó el pago de la referida sentencia, además, que se investigue la conducta de la empleada de la Rama Judicial que omitió el envío del expediente para que se surtiera el Grado Jurisdiccional de Consulta a tiempo, pues se tardó 9 años en hacerlo, lo que produjo un detrimento patrimonial a CREMIL.

6.9. Conclusión

En este contexto, considera esta Corporación que el actor no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización y reajuste de su asignación de retiro establecida en los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994, y 133 de 1995, toda vez que cuando presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, dichas acreencias se encontraban prescritas.

De otro lado, tampoco es posible ordenar 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.

En consecuencia, esta Sala **REVOCARÁ** el fallo de alzada, y la providencia que lo adiciona, de fecha 22 de enero de 2008, toda vez que al acto no le asiste derecho frente a los reclamos que eleva ante esta jurisdicción.

VII.- COSTAS -

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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: REVOCAR el fallo del 12 de octubre de 2007, y la providencia que lo adiciona, de fecha 22 de enero de 2008, toda vez que al acto no le asiste derecho frente a los reclamos que eleva ante esta jurisdicción, tal y como se expone en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Por Secretaria, **COMPÚLSESE** copias a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, y demás, a efectos de que se adelanten las investigaciones del caso, para esclarecer las circunstancias bajo las cuales se efectuó el pago de la referida sentencia, además, que se investigue la conducta de la empleada de la Rama Judicial que omitió el envío del expediente para que se surtiera el Grado de Consulta a tiempo, pues se tardó 9 años en hacerlo, lo que produjo un detrimento patrimonial de CREMIL.

CUARTO: No hay lugar a condenar en costas.

QUINTO: una vez en firme, **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 21 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ