

PRIMA DE ACTUALIZACIÓN - Presupuestos para que opere el reconocimiento. Se tipificó aplicación indebida y falta de aplicación de norma sustancial. Marco legal / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Aplicación indebida y falta de aplicación de norma sustancial. Prima de actualización. Prescripción / POLICÍA NACIONAL - Prima de actualización. Oficial en retiro / FUERZAS MILITARES - Prima de actualización. Oficial en retiro / VIOLACIÓN DIRECTA DE NORMA - Prima de actualización. Se tipificó aplicación indebida y falta de aplicación de norma sustancial / FUERZA PÚBLICA - Prestaciones sociales. Marco legal / ASIGNACIÓN DE RETIRO - Reajuste. Prima de actualización / PRESCRIPCIÓN - Presupuestos para que opere

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. No 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 concurren 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 parágrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, y el parágrafo 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 falladora aplicó indebidamente el artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y dejó de aplicar el artículo 2535 inciso segundo del Código Civil. Corolario de lo expuesto es que el recurso extraordinario de súplica prospera. En consecuencia se infirmará parcialmente la sentencia de 23 de noviembre de 2000 dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" de esta Corporación, en cuanto confirmó la sentencia apelada, en la cual se denegó el reconocimiento de la prima de actualización y los reajustes correspondientes de la asignación de retiro del actor entre el 1 de enero de 1993 y el 22 de enero de 1994 y se reformará el punto cuarto de la parte resolutive de la sentencia pronunciada el 3 de marzo de 2000 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual quedará así: Ordenase a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar al señor Mayor retirado Hernando Forero Parra, la prima de actualización a que tiene derecho de conformidad con lo previsto en los decretos 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, a partir del 1 de enero de 1993, reajustando con ella su asignación de retiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dos (2002)

Radicación número: 11001-03-15-000-2000-7773-01 (S-773)

Actor: HERNANDO FORERO PARRA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Decide la Sala el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado judicial del actor contra la sentencia de veintitrés de noviembre de 2000 dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" de la Corporación.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El señor HERNANDO FORERO PARRA, Mayor retirado del Ejército a quien se le ordenó asignación mensual de retiro a partir del 16 de noviembre de 1961, demandó por conducto de apoderado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la nulidad de la resolución 0661 de 21 de abril de 1998 mediante la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó el cómputo de la prima de actualización en la asignación mensual de retiro prevista para los oficiales de las Fuerzas Militares, considerando que según los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, era requisito haberla devengado en servicio activo.

Solicitó como restablecimiento del derecho que se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocerle y reajustarle la asignación de retiro con base en la prima de actualización desde el 1 de enero de 1992 y hasta la fecha en que esta tuvo vigencia, de acuerdo con lo previsto en los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995.

Que las cantidades de dinero que la Caja deberá tener en cuenta para ajustar la asignación de retiro con las sumas determinadas como sueldo básico mensual, anualidad y porcentajes en la estimación razonada de la cuantía de la demanda por valor de 3. 679.812.00, que deberá ser actualizada conforme al IPC.

1.1. Hechos.

Afirma que el Gobierno Nacional con base en el artículo 215 Constitucional expidió los decretos 333 y 335 de 1992 creó la prima de actualización para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública para los grados que se indican en dichas normas y posteriormente, mediante los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 ordenó su reconocimiento para los años subsiguientes.

Que el H. Consejo de Estado en sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, anuló las expresiones " que la devengue en servicio activo" y " reconocimiento de" contenidas en los respectivos párrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 produciendo "... la pérdida de fuerza ejecutoria" de la limitación de reconocimiento únicamente a quienes la hubieren devengado en actividad. A su vez la Ley 4 de 18 de mayo de 1992 fijó pautas y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública y en su artículo 13, dispuso que debía establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración al personal activo y retirado de la Fuerza Pública.

Hace un recuento legislativo de normas que se han ocupado de regular las asignaciones de los integrantes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional a partir de la ley 4 de 1945 para sustentar su afirmación de que el espíritu de esos preceptos es el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro teniendo como base las asignaciones de los miembros de la fuerza pública en actividad para cada grado.

Agrega que en ese orden el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 había ordenado: " Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones de actividad para cada grado."

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que no se viola el artículo 13 constitucional porque quienes la devengaron en servicio activo no están en igualdad de condiciones con el demandante quien no la devengó. Que los privilegios que el Estado otorga a la Fuerza Pública son incentivos para motivar el mejor desempeño de las funciones y no están destinadas a quienes no tienen que responder por el orden público y el servicio; como tales no deben tenerse en cuenta para las asignaciones de retiro (artículo 158 decreto 1211 de 1990) tales como la prima de riesgo, de clima, de orden público.

Que tampoco se viola el artículo 53 de la Constitución Política porque el artículo 15 del Decreto 335 de 1992 establece que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que estén en servicio activo tienen derecho a la referida prima y esta norma no fue anulada por el Consejo de Estado que solo anuló las expresiones " que la devengue en servicio activo" y " reconocimiento de " que se encontraban en los parágrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994. Además, el derecho a la prima de actualización exigía estar en servicio a partir del 1 de enero de 1992 y el demandante no lo estaba.

Propuso las excepciones que denominó " Prescripción del derecho" porque si se aceptara en gracia de discusión que el demandante tiene derecho a la prima de actualización ello solo sería por el año 1992 porque el decreto 335 de ese año que la creó es la única norma con fuerza de ley que podría modificar los estatutos de carrera en lo pertinente, (artículo 158 del decreto 1211 de 1990 y solo tuvo vigencia por un año al haber sido derogado en forma expresa por el artículo 35 del decreto 25 de 1993.

Sin embargo esos derechos están prescritos por mandato del artículo 2925 del Código Civil por haber transcurrido más de tres años desde su exigibilidad; si se considera que la norma aplicable es el artículo 174 del decreto 1211 de 1990 que prevé una prescripción de cuatro (4) años, también están prescritos por el tiempo transcurrido.

La que denominó " indebida interpretación de los fallos de nulidad del Consejo de Estado" porque la declaración de nulidad de las expresiones " que la devengue en servicio activo" y " reconocimiento de" contenidos en los parágrafos del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 no anula la exigencia prevista en los respectivos artículos y en el artículo 29 del decreto 133 de 1995 que establecen: " 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, tiene derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican" "(el resaltado no es del texto)."

Sostiene que prevalece el contenido de los artículos transcrito que la anulación que hizo el Consejo de Estado de los apartes citados de los párrafos por ser estas normas con " carácter aclaratorio respecto a los artículos correspondientes y no modificatorio."

La excepción que llama de " Derogatoria de las normas invocadas"; sostiene que el decreto 335 de 1992 fue derogado por el 25 de 1993, éste por el 65 de 1994 y éste por el 133 de 1995; que el actor pretende revivir estos decretos lo cual vulnera la seguridad jurídica.

Excepción que denomina " Jerarquía normativa" que sustenta afirmando que el decreto 1211 de 1990 es un decreto con fuerza de ley expedido de acuerdo a las facultades de la ley 66 de 1989 y, a su turno el decreto 335 de 1992 es un decreto expedido por el Presidente de la República en uso de facultades del artículo 215 constitucional; como tal modificó el artículo 158 del decreto 1211 de 1990 temporalmente hasta el 31 de diciembre de 1992 fecha en que fue derogado en forma expresa por el artículo 35 del decreto 25 de 1993.

Los decretos 65 de 1994, 133 de 1995 no modifican el decreto 1211 de 1990, lo que significa que la prima de actualización que crea el derecho de nivelar los sueldos de retiro tuvo vigencia por un año y los posibles derechos que creo ya están prescritos.

Finalmente la que designa como "Inepta demanda por inexistencia del derecho" que consiste en afirmar que el demandante no reúne requisitos para acceder a la prima de actualización porque a la fecha de su creación, 1 de enero de 1992, ya tenía 29 años de estar disfrutando de su asignación de retiro.

2. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de marzo 3 de 2000 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la resolución número 0661 del 21 de abril de 1998 expedida por el señor Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y condenó a la demandada a pagar al demandante la prima de actualización a que tiene derecho de acuerdo con los Decretos 335 de 1992; 25 de 1993; 65 de 1994 y 133 de 1995, a partir del 22 de enero de 1994, por razón de la prescripción cuatrienal de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 por haber solicitado la actualización el 22 de enero de 1998. Los valores correspondientes deben ser indexados conforme al artículo 178 del C.C.A. hasta la fecha de ejecutoria del fallo.

3. El fallo suplicado.

La Sección Segunda de la Corporación, Subsección "A", mediante la sentencia del 23 de noviembre de 2000, objeto del recurso extraordinario, resolvió la apelación instaurada confirmando el fallo de primera instancia.

La anterior decisión se fundamentó en la consideración de que lo alegado por el recurrente en términos de que el fallo impugnado implica una burla a quien hizo el proceso ordinario para obtener la anulación de los actos administrativos que le negaban el derecho y una vez obtenido dicha anulación lo reclama no es recibo, porque una es la prescripción de la acción que limita en el tiempo el ejercicio de una acción, al margen de razones que no sean el transcurso del tiempo, que en el caso de los oficiales y suboficiales es de cuatro años, y otro es el efecto de la anulación de los actos administrativos que limitaban el reconocimiento del derecho reclamado por el demandante. Sostiene que si consideraba que tenía derecho a que se reliquidara su pensión con base en la prima de actualización no era necesario esperar la decisión del proceso de nulidad de los decretos que no se la reconocían, porque bien pudo haber reclamado el derecho ante la

administración antes de que transcurrieran los cuatro años y demandar la negativa de la entidad de previsión pidiendo la inaplicación de dichos decretos por su contradicción con la Constitución y la ley. O hacer su reclamo en tiempo y demandar los decretos en nulidad y restablecimiento del derecho. No se requería entonces, como alega el actor, esperar a que la jurisdicción decidiera su acción de nulidad para reclamar.

II. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Primer cargo:

El recurrente acusa a la sentencia suplicada de ser violatoria de norma sustancial por aplicación indebida del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990. Sostiene que su representado solo tuvo realmente el derecho reclamado a partir de la declaración de nulidad de las expresiones " que la devengue en servicio activo " y " reconocimiento de " ocurridas el 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, porque el mismo fue instituido en el Decreto 335 de 1992 pero solo para los militares en servicio activo.

Segundo Cargo. El segundo cargo se sustenta en la falta de aplicación del artículo 2535 inciso segundo del Código Civil, que establece que la prescripción solo corre desde que " la obligación se hace exigible " para lo cual debe existir una obligación por exigir y por indebida aplicación del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 por indebida aplicación y explica nuevamente que hasta antes de producirse los fallos de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 que anularon las expresiones " que la devengue en servicio activo " y " reconocimiento de " no existía obligación exigible para el demandante quien tenía la condición de Mayor en retiro del servicio. Con apoyo en una cita abundante de doctrina y jurisprudencia sustenta su afirmación de que la prescripción no opera en relación con un derecho que no se tiene a cuyo respecto no es posible configurar un abandono o negligencia por sustracción de materia.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte actora reiteró los fundamentos expuestos en el recurso extraordinario en cuanto a que no pueden prescribirse derechos que no sean exigibles, circunstancia que no ocurrió respecto de los reclamados por su representado como tampoco se configura la inactividad o abandono del derecho por parte del mismo, porque, contrario a ello, consta fehacientemente que demandó la nulidad del acto denegatorio de su prima de actualización y una vez obtenida la sentencia de nulidad del mismo insistió en su reclamación de reconocimiento y pago. Cita jurisprudencia de la Subsección B de la Sección Segunda de la Corporación según la cual no puede aceptarse la prescripción extintiva del derecho a la prima de actualización cuando la norma que la creó impedía la exigibilidad a favor de los militares en retiro. En consecuencia, reitera que la exigibilidad solo se configuró a partir de la declaración de nulidad contenida en las sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 de la Corporación y por ello se hace el respectivo reconocimiento del derecho a partir del 1 de enero de 1992.

Hace un recuento del desarrollo de la jurisprudencia de la Sección Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo sobre el derecho de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en situación de retiro del servicio activo a devengar la prima de actualización y a que la misma se tenga en cuenta para reajustar la asignación de retiro y transcribe al efecto apartes de las sentencias respectivas.

La apoderada judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sostiene que la declaración de nulidad de los apartes " que la devengue en servicio activo " y " reconocimiento de " en razón

de sus efectos erga omnes y ex tunc, significa que las expresiones anuladas se reputan como si nunca hubieran existido y concluye con base en lo anterior que la prima de actualización se creó para los militares en retiro igualmente a partir del 1 de enero de 1992, sin que se modifique en ningún sentido su exigibilidad para la vigencia fiscal en la cual rigió la respectiva prestación; en el caso del Decreto 335 de 1992 del 1 al 31 de diciembre de ese año y así para los subsiguientes decretos hasta 1995. Agrega que, a su turno, la prescripción cuatrienal del artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, se comienza a contar a partir de la fecha en que el derecho se hizo exigible o sea el 1 de enero de 1992.

Que el término de prescripción de los derechos y acciones de los asociados lo fija el legislador; que las pensiones como tales no prescriben pero sí las mesadas no reclamadas por sus beneficiarios dentro del término de cuatro años previstos en la ley; que carece de fundamento el argumento del recurrente en cuanto sostiene que las sentencias de nulidad parcial de los decretos que crearon las primas de actualización fijan fechas distintas de prescripción de esos derechos pues mal podría una sentencia fijar los términos de prescripción porque ello compete al legislador y con una sentencia no se puede cambiar el término fijado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990. Si así no ocurriera, ello llevaría al extremo de que, dado que la acción de nulidad simple no tiene en la ley término de caducidad podría ser iniciada en cualquier tiempo contra los actos de contenido general que crean prestaciones sociales con el resultado de que, aún luego de agotada la vigencia fiscal de dichas prestaciones, si se logra una sentencia de nulidad se habilita el cobro de las mismas es decir, se pueden reclamar. Afirma que no se puede perder de vista que los términos de prescripción de derechos se fundamentan en la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica y situaciones como la descrita son contrarias a los principios de separación de poderes y a la seguridad jurídica. Concluye entonces afirmando que los fallos de nulidad de 4 de agosto y 6 de noviembre de 1997 surten efectos pero para los periodos no prescritos y la prescripción se cuenta, como lo ordena la ley, a partir de la solicitud de reconocimiento y pago presentada a la administración competente. Dice que confirma lo anterior aseveración el hecho de que el interesado pudo haber solicitado y agotado la vía gubernativa ante la administración e iniciado en tiempo las acciones judiciales que considerara del caso, contra el acto que creó las prestaciones reclamadas.

El representante del Ministerio Público no hizo pronunciamiento alguno en esta etapa procesal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia y oportunidad para interponer el recurso

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo - tal como quedó modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 - y en concordancia con el artículo 37, numeral 4º, de la Ley 270 de 1996, esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de súplica, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 1 de febrero de 2001, dictada por la Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

El escrito respectivo fue presentado dentro del término que para el efecto señala el inciso segundo del citado artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 267 ibídem y 331 del Código de Procedimiento Civil (fls. 21 vto. cdo. N° 2).

2. Los cargos formulados.

El suplicante acusa la sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección "A", de violación directa por aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares."

En el segundo cargo plantea la violación directa por falta de aplicación del artículo 2535 del Código Civil y del artículo 174 del decreto 1211 de 1990 por aplicación indebida.

El texto de las normas citadas establece:

"Art. 174. Los derechos consagrados en este estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles; el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero solo 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 pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares".

"Art. 2535. La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual se no se hayan ejercido dichas acciones.

"Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible" (Negrillas fuera del texto).

Según dispone el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, el recurso extraordinario de súplica procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones del Consejo de Estado, cuando el fallador incurre en violación directa de normas sustanciales, en las modalidades de aplicación indebida, falta de aplicación, o interpretación errónea.

Esta Sala ha dicho que la violación directa de normas sustanciales surge del juicio hermenéutico que efectúa el fallador sobre la existencia, validez y alcance de una disposición jurídica y que el medio extraordinario de impugnación en referencia solo prospera cuando el suplicante logra demostrar la violación directa en cualquiera de las tres formas referidas.

En el sub-judice se acusa a la sentencia suplicada por aplicación indebida (art. 174 D. 1211/90) y por falta de aplicación (art. 2535, inc. seg. C.); la primera modalidad ocurre cuando el fallador entiende correctamente el sentido de una norma pero la aplica a un caso no regulado por ella y la segunda, tiene lugar cuando el mismo deja de aplicar la norma pertinente al caso que decide; si en el segundo evento el precepto aplicable fuera reemplazado por otro, éste último también resultaría infringido por aplicación indebida.

Los antecedentes reseñados ponen en evidencia que tanto la sentencia suplicada, como las argumentaciones que sustentan el recurso extraordinario de súplica están referidas a la figura de la prescripción, que como es bien sabido constituye un fenómeno sustancial propio de los derechos subjetivos; la prescripción se define como una forma de extinguir las acciones y derechos por el transcurso del tiempo y tiene su fundamento en la actitud de incuria o negligencia del titular del derecho, que hace presumir su falta de interés para ejercerlo.

El recurrente considera que los hechos aducidos en el fallo no pueden subsumirse en la hipótesis legal invocada (art. 174 D. 1211/90), porque en relación con la prima de actualización y hasta antes de que la Sección Segunda dictara las sentencias de 14 de agosto y de 6 de noviembre de

1997, declarando nulas las expresiones "que la devengue en servicio activo" y "reconocimiento de", contenidas en los respectivos párrafos de los artículos 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y en el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, no existía relación jurídica entre el accionante y la demandada; sostiene que la prescripción se cuenta desde el momento en que el derecho se hace exigible y que dada la condición de Mayor Retirado del señor HERNANDO FORERO PARRA, el derecho a reclamar la prima de actualización nació para él después de proferidas las sentencias referidas; de ello concluye que solo a partir de la ejecutoria de las mismas comenzó a correr el término de prescripción.

La entidad demandada, por su parte, sostiene que por virtud de los efectos erga omnes y ex tunc de los fallos que declararon la nulidad de las expresiones "que la devengue en servicio activo" y "reconocimiento de", la prima de actualización para oficiales en retiro, como el demandante, se causó desde la expedición de los decretos que la consagraron únicamente para quienes los devengaran en servicio activo y desde el mismo momento se hizo exigible y su cumplimiento bien pudo ser demandado.

La Sala no acoge esta última interpretación habida cuenta de que 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, que en lo pertinente dice: "Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones en actividad para cada grado" porque para que opere la prescripción es indispensable que concurran 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 falladora aplicó indebidamente el artículo 174 del decreto 1211 de 1990 y dejó de aplicar el artículo 2535 inciso segundo del Código Civil.

Observa además la Sala que la norma del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 se refiere a los derechos cuyo reconocimiento y pago están regulados en dicho estatuto y no comprende por razones obvias otras prestaciones, tales como la prima de actualización creada en norma posterior.

Corolario de lo expuesto es que el recurso extraordinario de súplica prospera.

No obstante, sobre la vigencia de la prestación demandada la Sala observa lo siguiente:

La prima de actualización fue creada por el Decreto 335 de 24 de febrero de 1992 que dispuso en su artículo 15:

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

...

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

....

PARÁGRAFO.- La Prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrán vigencia hasta cuando se establezca una escala 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." (Subraya fuera del texto).

En el artículo 22 de este decreto se dispuso que tendría efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1992. Y debe tenerse en cuenta que fue expedido el 24 de febrero de 1992, es decir, antes de la promulgación de la Ley 4ª del 18 de mayo del mismo año.

El Decreto 335 de 1992 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, que en la sentencia de revisió, se pronunció así:

"...será declarado exequible por no violar el artículo 215 de la Constitución Nacional, ni ningún otro canon constitucional, además de que no desmejora los derechos sociales de los trabajadores."

Mediante la Ley 4ª de 1992 se señalaron "las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones," de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. En los artículos 10º y 13 de esta ley se dispuso lo siguiente:

"Artículo 10.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

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 lo establecido en el artículo 2º.

Parágrafo. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales

de 1993 a 1996."

El Gobierno Nacional, actuando ahora "en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992" dictó los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, por los cuales fijó para los respectivos años los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerza Pública y Policía Nacional para las respectivas vigencias.

El Decreto Legislativo 335 de 1992 fue expresamente derogado (salvo sus artículos 18, 19 y 20 por el artículo 35 del Decreto 25 de 1993; éste lo fue por el Decreto 65 de 1994, que, a su vez, fue derogado por el Decreto 133 de 1995, conforme a reconocida competencia constitucional del Gobierno

y en cada uno de ellos se ratificó la prima de actualización durante sus respectivas vigencias.

Pues bien, el decreto 335 de 1992 estableció que la prima de actualización sólo podría computarse en las asignaciones de retiro de quienes la hubiesen devengado en servicio activo y el mismo fue declarado exequible por la Corte Constitucional.

A su vez, según el parágrafo del artículo décimo tercero de la Ley 4 de 1992, la nivelación de que trata debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996 y desarrollo de ésta fueron los decretos que se expidieron sucesivamente para los años 1993, 1994 y 1995 en los cuales se ratificó la vigencia de la prima de actualización. Estas razones son suficientes para no dar prosperidad a la pretensión de reconocimiento de la prima de actualización a partir del 1 de enero de 1992.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la Sentencia de 23 de noviembre de 2000 proferida por la Sección Segunda- Subsección "A" de la Corporación.

La Sala, actuando en instancia, DISPONE:

INFIRMASE parcialmente la sentencia de 23 de noviembre de 2000 dictada por la Sección Segunda-Subsección "A" de esta Corporación, en cuanto confirmó la sentencia apelada, en la cual se denegó el reconocimiento de la prima de actualización y los reajustes correspondientes de la asignación de retiro del actor entre el 1 de enero de 1993 y el 22 de enero de 1994.

REFÓRMASE el punto cuarto de la parte resolutive de la sentencia pronunciada el 3 de marzo de 2000 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, el cual queda así: ORDENASE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES reconocer y pagar al señor Mayor retirado HERNANDO FORERO PARRA identificado con cédula de ciudadanía Nr. 17' 045.498 de Bogotá, la prima de actualización a que tiene derecho de conformidad con lo previsto en los decretos 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, a partir del 1 de enero de 1993, reajustando con ella su asignación de retiro.

CONFIRMASE en todo lo demás la sentencia suplicada.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y Devuélvase a la Sección de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

PRESIDENTE

MARIO ALARIO MÉNDEZ

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Ausente

GERMAN AYALA MANTILLA TARSICIO CÁCERES TORO

Ausente

REINALDO CHAVARRO BURITICA

MARIA ELENA GIRALDO G.

ALIER E. HERNANDEZ ENRIQUEZ

RICARDO HOYOS DUQUE

JESÚS MARÍA LEMOS BIUSTAMANTE

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Ausente

ALVARO GONZALEZ MURCIA

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

OLGA INES NAVARRETE B.

ALEJADRO ORDOÑEZ MALDONADO

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

Ausente

DARIO QUIÑONES PINILLA

GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR

Ausente

MANUEL SANTIAGO URUETA A.

MERCEDES TOVAR DE HERRAN

SECRETARIA



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

