

PRIMA DE ACTUALIZACION - Presupuestos para que opere el reconocimiento. Se tipificó aplicación indebida de norma sustancial. Marco legal / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Aplicación indebida de norma sustancial. Prima de actualización. Prescripción / POLICIA NACIONAL - Prima de actualización. Oficial en retiro / FUERZAS MILITARES - Prima de actualización. Oficial en retiro / VIOLACION DIRECTA DE NORMA - Prima de actualización. Se tipificó aplicación indebida de norma sustancial / FUERZA PUBLICA - Prestaciones sociales. Marco legal / ASIGNACION DE RETIRO - Reajuste. Prima de actualización / PRESCRIPCION CUATRIENAL - Presupuestos para que opere. Reconocimiento de prima de actualización a personal retirado

Nota de Relatoría: En igual sentido ver sentencia S-773 del 02/12/03 con ponencia del Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

FUENTE FORMAL: DECRETO 335 DE 1992 / DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 174

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil dos (2002)

Radicación número: 11001-03-15-000-2001-00299-01(S-100)

Actor: ORLANDO TAMAYO TAMAYO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Decide la Sala Plena de lo Contencioso el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor contra la sentencia de 19 de abril del 2001, mediante la cual la Sección Segunda, Subsección "A", de esta Corporación confirmó la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección C), el 5 de mayo de 2000, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el actor, ORLANDO TAMAYO TAMAYO, en su calidad de Mayor Retirado del Ejército a quien le fue reconocida asignación mensual de retiro, mediante la resolución 073 de 14 de julio de 1983, impetró la declaratoria de nulidad del oficio 17989 del 17 de febrero de 1998, mediante la cual el Subdirector de Prestaciones Sociales de

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES le denegó su solicitud de reajuste de la asignación de retiro con la Prima de Actualización. Como restablecimiento del derecho solicitó condenar a la Caja a reajustarle “la asignación de retiro con la Prima de Actualización según los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, en concordancia con el principio de oscilación y demás disposiciones pertinentes, causada desde la fecha en que comenzó a regir dicha prima” y con la actualización de la condena en los términos del artículo 178 del CCA.

Indicó que el Gobierno Nacional expidió los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, mediante los cuales creó una prima de actualización para el personal que se encontraba en servicio activo, en los porcentajes indicados para cada grado, liquidada sobre la asignación básica, la cual debía ser incluida dentro de la respectiva asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, siempre y cuando la hubiese devengado en servicio activo.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de 14 de agosto de 1997, declaró la nulidad de las expresiones «*que lo devengue en servicio activo*» y «*reconocimiento de*», contenidas en el párrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, y en consecuencia, se hizo extensivo este derecho a todos los miembros de la Fuerza Pública, con efectos retroactivos.

Con base en dicha sentencia, solicitó a la Caja el reconocimiento y pago de la prima de actualización, y el reajuste de su asignación de retiro, pero le fueron negados mediante la resolución acusada, aduciendo, entre otras razones, falta de presupuesto.

La demanda argumentó que dividir a los oficiales retirados en dos grupos para dar tratamiento diferencial a quienes devengan por haberse retirado del servicio activo con posterioridad al 1° de enero de 1992, y a quienes se rechaza por haberlo hecho con anterioridad a esa fecha, constituye infracción al principio de igualdad y se violan los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional, los cuales buscan la protección del trabajador y establecen la irrenunciabilidad a los beneficios laborales.

Conforme con lo anterior, consideró que la prima de actualización no solamente debe reconocerse a quienes la devengaron en servicio activo sino también al

personal retirado por cuanto el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 prescribe que las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas.

Mediante sentencia del 5 de mayo del año 2000 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de los actos acusados y en consecuencia, ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que pague al actor la prima de actualización solicitada, con excepción de las obligaciones insolutas anteriores a 30 de diciembre de 1993, en virtud de la prescripción cuatrienal, dado que la petición se hizo el 30 de diciembre de 1997.

II. EL FALLO SUPLICADO

La Sección Segunda (Subsección A) de esta Corporación, mediante la sentencia del 19 de abril de 2001, confirmó la del Tribunal. Destacó que en la sentencia de 14 de agosto de 1997, Consejero Ponente: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, se declaró la nulidad de las expresiones «*que la devengue en servicio activo*» y «*reconocimiento de*», contenidas en el parágrafo de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, por haberlas hallado contrarias al artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, que ordenó al Gobierno establecer una escala gradual porcentual «para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de dicha Fuerza». Respecto a la inconformidad del actor con la aplicación de la prescripción cuatrienal, estimó que le asistió la razón al Tribunal por cuanto conforme al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, los derechos prestacionales en favor de los miembros al servicio de las Fuerzas Militares prescriben en 4 años, contados desde la fecha en que estos se hagan exigibles, exigibilidad que coincide con su causación a partir de la expedición de los decretos y no de la ejecutoria de las sentencias, conforme lo precisó esa Sala en la sentencia del 7 de septiembre de 2000.

III. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurrente en súplica, formula dos cargos contra la sentencia de segunda instancia, a saber:

Primer Cargo

Acusa la aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990, y la falta de aplicación del 2535 inciso 2 del Código Civil en el que se establece que la prescripción corre desde que la obligación se hace exigible, de tal manera que solicita que se infirme la sentencia y sea reemplazada por cuanto en este caso no obran los presupuestos de la prescripción como quiera que la prima de actualización fue concebida en el Decreto 335 de 1992, para los militares y policías en servicio activo. Como el recurrente se encontraba en calidad de retirado de las fuerzas militares, no podía predicarse la exigibilidad del derecho por cuanto ella surgió a partir de la expedición de las sentencias de 14 agosto y 6 de noviembre de 1997 por medio de las cuales se anularon las expresiones que discriminaban a los oficiales en servicio activo frente a los retirados.

Segundo Cargo

Nuevamente censura la falta de aplicación del artículo 2535 inciso 2 del Código Civil y la indebida aplicación del artículo 174 del decreto 1211 de 1990, por las mismas razones aducidas en el cargo anterior, e insiste en que la prima establecida en el Decreto 335 de 1992 y en las normas siguientes fue prevista para los militares y policías en servicio activo y dado que para esa época el actor ostentaba la calidad de retirado, no podía predicarse de él la exigibilidad toda vez que, existió un obstáculo de orden legal que la impedía.

Considera que la prescripción de la obligación conforme al artículo 2535 del Código Civil, se cuenta partir de la exigibilidad de la obligación que en el caso concreto se presentó a partir de los fallos de noviembre 6 y 14 de 1997 por medio de los cuales se determinó la obligación para los militares y policías en retiro y este tuvo plena certeza.

Observa que en virtud del principio de oscilación de asignaciones de retiro y pensiones consagrado en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introducen en las asignaciones de actividad, deben reflejarse en las asignaciones y pensiones ya reconocidas por lo que si el legislador en 1992 determinó la implantación de una escala gradual con el fin de concretar dicha situación, las leyes y decretos expedidos posteriormente no podían consagrar fórmulas que generaran desigualdad entre el grupo de activos y

el de retirados. Para sustentar lo anterior transcribe apartes de la sentencia T-1072 de agosto 17 de 2000 con ponencia del Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

En cuanto a la prescripción extintiva de la prima de actualización transcribe apartes de la sentencia de diciembre 7 de 2000 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación (Expediente 2664-99), criterio que considera errado.

La exigibilidad de la prima de actualización para el personal que no la devengó en servicio activo no puede coincidir con la fecha de expedición de los decretos, sino que a partir de las sentencias de nulidad sobre la prohibición a los retirados que no devengaron la prima en servicio activo quedaron facultados para solicitarla desde el momento en que conocieron dichos fallos y no antes por cuanto existía la presunción de legalidad de los actos administrativos de carácter general (art. 174 y 156 Decretos 1211 y 1212 de 1990), en tal virtud la prescripción debió contarse a partir de la ejecutoria de dichas sentencias y no desde la vigencia de los decretos como erradamente lo consideró el a quo y lo confirmó el ad quem.

Reitera que el derecho del actor a reclamar la liquidación de la prima de actualización en la asignación de retiro o pensión no pudo nacer igual que para los oficiales en servicio activo por cuanto los decretos gozaron de la presunción de legalidad hasta que desaparecieron del ordenamiento jurídico a través de la declaratoria de nulidad.

Colige del análisis de los efectos *erga omnes* y *ex tunc* de las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de carácter general, que éste se tiene para todos los efectos como si nunca hubiera existido, por lo que la obligación no existió antes de ejecutoriada la sentencia, momento en el cual empieza a transcurrir la prescripción. Para sustentar lo anterior transcribe apartes de la sentencia de octubre 5 de 2000 proferida por esta Corporación con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero (Expediente 876-2000).

Pide infirmar la sentencia suplicada y proferir la de reemplazo en la que se disponga la liquidación de la prima de actualización con efectos retroactivos al 1 de enero de 1992 y hasta la fecha en que esta tuvo vigencia.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor reitera los argumentos expuestos en el recurso extraordinario; con apoyo en el artículo 175 del CCA., se refiere a los efectos de las sentencias de nulidad y destaca 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, pues 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 primero de enero de 1992.

La apoderada judicial de la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, luego de indicar que el problema jurídico consiste en determinar de acuerdo con las fechas de las sentencias de nulidad, desde cuándo se hace exigible el derecho, considera que la declaración de nulidad de los apartes "*que devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*" en razón de los efectos erga omnes y ex tunc que comporta, significa que las expresiones anuladas se reputan como si nunca hubieran existido y por lo tanto 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 del mismo año y así para los subsiguientes decretos hasta 1995. A su turno, la prescripción cuatrienal del artículo 174 del decreto 1211 de 1990, dado que se trata de un derecho de ejecución periódica, se comienza a contar a partir de la fecha en que el derecho se hizo exigible o sea el 1 de enero de 1992.

Señala que el término de prescripción de los derechos y acciones de los asociados los fija el legislador; que las pensiones como tales no prescriben pero sí las mesadas no reclamadas por sus beneficiarios. No comparte el argumento del recurrente referido a que las sentencias de nulidad parcial de los decretos que crearon las primas de actualización fijan los términos de prescripción de esos derechos pues mal podría una providencia judicial hacerlo porque ello compete al

legislador. Afirma que con una sentencia no puede cambiarse el término establecido en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990. Si así ocurriera, ello llevaría al extremo de que, dado que la acción de nulidad simple no tienen en la ley término de caducidad podría ser iniciada en cualquier tiempo contra los actor de contenido general que crean prestaciones sociales con el resultado de que, aún luego de ser agotada la vigencia fiscal de dichas prestaciones, si se logra un fallo favorable, habilite el cobro de las mismas. No puede perderse de vista que los términos de prescripción de derechos se fundamentan en la necesidad de salvaguardar la seguridad jurídica y en el caso de situaciones como la descrita son contrarias a ésta y a los principios de separación de poderes.

Concluye que la decisión del Consejo de Estado no es la fuente de la prima de actualización para los militares en uso de buen retiro, porque esperar a una declaración de nulidad para exigir un derecho, es pretender que el juzgador suplante las funciones del legislador, y es revivir los términos de caducidad o prescripción de derechos ya prescritos. La exigibilidad del derecho reclamado no fue modificada por las sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 de esta Corporación.

Solicita se rechacen las pretensiones del recurrente.

El Ministerio Público no registró actuación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 194 del Código Contencioso Administrativo, establece el recurso extraordinario de súplica, por violación directa de la ley sustancial, contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado. Sobre la procedencia, causales y requisitos del Recurso Extraordinario de Súplica regulado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, (incorporado en el 194 del C.C.A), í se dispuso:

“ARTICULO 194. Del Recurso Extraordinario de Súplica. El recurso extraordinario de súplica procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por cualquiera de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado. Es causal del recurso extraordinario de súplica la violación directa de

normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas. Los miembros de la Sección o Subsección falladora estarán excluidos de la decisión, pero podrán ser oídos si la Sala así lo determina.”

“En el escrito que contenga el recurso se indicará en forma precisa la norma o normas sustanciales infringidas y los motivos de la infracción; y deberá interponerse dentro de los veinte (20) días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia impugnada, ante la Sección o Subsección falladora que lo concederá o rechazará.

...”

El precepto transcrito consagra el medio extraordinario para impugnar ante la Sala Plena, las decisiones ejecutoriadas de las diferentes Secciones de la Corporación, con referencia exclusiva y por una única causal, consistente en el quebranto de la norma de derecho sustancial por la vía directa, el que puede ser en tres sentidos, o conceptos de infracción: como resultado de la falta de aplicación, la aplicación indebida, o la errónea interpretación. Deben además, indicarse “*en forma precisa*”, las normas sustanciales vulneradas y el motivo específico de la infracción. De suerte que para obtener un pronunciamiento de fondo, el recurso debe sujetarse a los requisitos de forma y contenido indicados.

En cuanto a su formulación, dado el objeto del recurso extraordinario y que la causal está contraída a la violación de la norma sustancial por la vía directa, que reduce el análisis a la confrontación de la sentencia impugnada con el contenido del precepto presuntamente vulnerado, se requiere la confrontación directa - con finalidad demostrativa de la infracción - de la sentencia con la norma invocada, por lo que no es suficiente y admisible una censura de carácter general al contenido del proceso, ni de recibo, referencia a los elementos de juicio - fácticos y probatorios - que hubieran podido llevar a una decisión diferente.

Se procede entonces a decidir sobre los dos cargos expuestos en la sustentación del recurso. En ambas acusaciones contra la sentencia suplicada, el recurrente censura la aplicación indebida del artículo 174 del decreto 1211 de 1990, y la falta de aplicación del 2535 inciso 2 del Código Civil. Atendiendo a lo anterior, la Sala las resolverá conjuntamente.

La Sección Segunda (Subsección A), confirmó la decisión del Tribunal que consideró que al haberse presentado el 30 de diciembre de 1997, el reclamo por

parte del actor, declaró prescritos los reajustes de las mesadas de los cuatro años anteriores, esto es, las obligaciones insolutas anteriores al 30 de diciembre de 1993, para lo cual aplicó el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que dispone.

«ARTICULO 174. PRESCRIPCION. 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 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 pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.»

El recurrente sostiene que no había lugar a declarar la prescripción, puesto que los hechos aducidos en el fallo no se enmarcan dentro de la hipótesis legal contenida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, porque los miembros retirados de la Fuerza Pública solamente pudieron reclamar la Prima de actualización después del 14 de agosto de 1997, cuando la Sección Segunda de esta Corporación anuló las expresiones de los parágrafos del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, que excluían del goce de la prima al personal retirado. Añade, que antes de las citadas sentencias no existía relación jurídica entre el accionante y la demandada, por lo que la prescripción se empezaría a contar desde la exigibilidad del derecho a reclamar la prima de actualización, hecho que se concretó a partir de la ejecutoria de los fallos citados.

En el asunto concreto la Subsección falladora aplicó el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que regula la prescripción de los derechos laborales de los miembros de la Fuerza Pública; por lo que es preciso establecer desde qué momento pudo el hoy recurrente, como retirado del Ejército de Colombia reclamar el reajuste de su asignación de retiro por haberse creado la Prima de Actualización.

Para la Sala es claro que la prima de actualización fue creada únicamente para los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía, con exclusión de los oficiales retirados, quienes sólo pudieron acceder a dicho beneficio a partir de la ejecutoria de las sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, por medio de las cuales se declaró la nulidad de apartes de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, que la crearon para las respectivas vigencias. Dichas disposiciones previeron:

Decreto 25 de 1993

Artículo 28.- De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una Prima de actualización, en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica, así:

...

PARÁGRAFO.- La Prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de conformidad con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4ª de 1992. El personal (*que la devengue en servicio activo*) tendrá derecho a que se le compute para (*reconocimiento de*) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.»

Decreto 65 de 1994

ARTICULO 28. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Economía 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:

...

PARAGRAFO. La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. El personal (*que la devengue en servicio activo*) tendrá derecho a que se le compute para (*reconocimiento de*) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

Decreto 133 de 1995

Artículo 29. 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 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.

De la lectura de los textos originales, surge que sólo el personal que hubiere devengado la prima de actualización estando en servicio activo tendría derecho a que ésta se le computase para su asignación de retiro. La Sección Segunda de esta Corporación, mediante la sentencia de 14 de agosto de 1997 declaró la nulidad de las expresiones «*que la devengue en servicio activo*» y "*reconocimiento de*" contenidas en los párrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, como violatorias del artículo 13 de la Ley 4ª. Dijo entonces la Corporación:

«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.»

Idéntico pronunciamiento hizo la Sección Segunda en sentencia de 6 de noviembre de 1997, por la cual declaró la nulidad de las mismas expresiones «*que la devengue en servicio activo*» y "*reconocimiento de*" incluidas en el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995.

Sin embargo, en virtud del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, a cuyo amparo todo acto se presume conforme a derecho y será obligatorio siempre y cuando no haya sido anulado o suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa, es palmario que 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, mantuvieron privado de este derecho al personal en retiro, que no podía reclamarlo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por cuanto la obligación se hizo exigible sólo hasta el momento en que la sentencia judicial declaró la nulidad de los actos que excluían a los oficiales en retiro del beneficio de la prima de actualización, fecha en la cual empezó a correr el tiempo para la configuración del fenómeno de la prescripción.

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 inciso segundo del artículo 2535 del Código Civil.

Precisado lo anterior, Sala estima conveniente realizar un análisis sobre los cambios que en materia normativa sufrió el beneficio de la Prima de Actualización.

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades derivadas del Estado de Emergencia Social declarado mediante Decreto 333 de 24 de febrero de 1992, expidió el Decreto Legislativo 335 de la misma fecha, en cuyo artículo 15 creó la Prima de Actualización, al siguiente tenor:

Decreto 335 de 1992 (24 de febrero)

Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, y se dictan otras disposiciones en materia salarial.

...

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 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).

Esta norma creó, entonces, la Prima de Actualización para Oficiales y Suboficiales en servicio activo, y precisó que el personal que la devengare en servicio activo tendría derecho a que se le computase en su asignación de retiro. En el artículo 22 de este decreto se dispuso que tendría efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1992. Y debe tenerse cuenta que fue expedido el 24 de febrero de 1992, es

decir, antes de la promulgación de la Ley 4^a del mismo año (18 de mayo).

El Decreto 335 de 1992 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, que en la sentencia de revisión¹, 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.»

La prestación, como ya se dijo, fue creada antes de la vigencia de la Ley 4 del mismo año por medio de la cual 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”.

En desarrollo de la citada ley 4, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 por medio de los cuales se fijaron para esos años los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía.

El citado decreto legislativo 335 de 1992, fue expresamente derogado por el artículo 35 del Decreto 25 de 1993, que a su vez fue retirado del ordenamiento por el Decreto 133 de 1995, las anteriores normas ratificaron la prima de actualización durante sus respectivas vigencias. El decreto derogado, preveía el computo de la prima de actualización para las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales que las hubieren devengado en servicio activo, disposición que como ya se indicó, fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

Con base en el párrafo 13 de la ley 4 de 1992, se desarrolló la nivelación en los períodos fiscales de 1993 a 1996, como lo corroboran los decretos expedidos sucesivamente para tales períodos en los cuales se ratificó la vigencia de la prima de actualización.

Así las cosas, a juicio de la Sala no prospera el reconocimiento de la prima de actualización a partir de enero de 1992 contenida en las pretensiones de la

¹ C-005/95, 11 de mayo, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

demanda.

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

1. INFÍRMASE parcialmente la sentencia de 19 de abril de 2001 proferida por la Sección Segunda-Subsección "A" de esta Corporación, que confirmó la sentencia de primer grado y dentro de ella el numeral tercero, en el que se reconoció el derecho a los reajustes de la asignación de retiro del actor a partir del 30 de diciembre de 1993, en atención a la prescripción cuatrienal.

La Sala, actuando en instancia, DISPONE:

2. REFÓRMASE el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia pronunciada el 5 de mayo de 2000 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Segunda, Subsección C), el cual quedará así:

“Ordénase a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar al señor ORLANDO TAMAYO TAMAYO, identificado con la C.C. No.17.066.831, como parte de la asignación de retiro, la prima de actualización a que tiene derecho como Mayor (R.) los reajustes de su asignación de retiro resultantes de computar el valor de la prima de actualización en las mesadas a partir del 1° de enero de 1993, de conformidad con lo dispuesto en los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994.

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 M. CARRILLO BALLESTEROS
Presidente

MARIO ALARIO MÉNDEZ

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

GERMÁN AYALA MANTILLA

TARSICIO CÁCERES TORO

Ausente

REINALDO CHAVARRO BURITICÁ

MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

ALVARO GONZALEZ MURCIA

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ

RICARDO HOYOS DUQUE

JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE

Ausente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

OLGA INÉS NAVARRETE BARRERO

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

Ausente

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ

DARÍO QUIÑONES PINILLA

GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

MERCEDES TOVAR DE HERRÁN
Secretaria General