

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – Supuestos para su procedencia / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – El juez debe darle trámite aunque el demandante haya apelado / RECURSO DE APELACION – Su interposición por el demandante no afecta la obligación del juez de darle trámite al grado jurisdiccional de consulta cuando se cumplen los supuestos legales

Conforme al texto del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en materia laboral deben existir los siguientes supuestos: 1) Que la sentencia imponga una condena a cargo de una entidad pública; 2) Que sea dictada en primera instancia; y 3) Que la entidad demandada no hubiese ejercido el derecho de defensa. En el presente asunto se dan los supuestos señalados, en la medida en que se trata de una sentencia condenatoria de una entidad pública, en un proceso de primera instancia y la entidad demandada no ejerció su derecho a la defensa. El hecho de que la parte demandante hubiese apelado en nada afecta la obligación legal que tiene el juez de darle trámite al grado jurisdiccional de consulta establecido a favor de la entidad pública, tan es así que, como lo señala el artículo 184 transcrito, la sentencia no queda ejecutoriada mientras no se surta la consulta. En consecuencia, la Sala procederá a surtir el grado de consulta y luego verificará la apelación de la parte demandante.

PRIMA DE ACTUALIZACION – Tienen derecho a ésta los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública en servicio activo y en retiro / PRIMA DE ACTUALIZACION – Surgimiento del derecho a devengarla para los oficiales y suboficiales retirados

El artículo 13 de la Ley 4 de 1992 ordenó al Gobierno Nacional establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, de conformidad con los principios establecidos en dicha ley, normatividad que estuvo acorde con el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social “CONPES”. En desarrollo de esos mandatos el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en los 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. Sin embargo los decretos mencionados erigieron esta prima de actualización sólo para el personal “en servicio activo”, situación que a la postre 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 del 6 de noviembre del mismo año, expediente No. 11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública. Ahora bien, siguiendo los lineamientos de la Sala

Plena de esta Corporación, el derecho al reconocimiento del pago de la prima de actualización para los oficiales y suboficiales en situación de retiro, como el actor, nació a la vida jurídica el 1º de enero de 1993, por virtud de los efectos de las sentencias de 14 de agosto y de 6 de noviembre de 1997, dictadas por esta Sección en los procesos 9923 y 11423, mediante las cuales la Corporación declaró la nulidad de las expresiones “que la devenguen en servicio activo” y “reconocimiento de”, contenidas en el parágrafo del artículo 28 del Decreto 25 de 1993 y en los artículos 28 del decreto 65 de 1994 y 29 del Decreto 133 de 1995, dado que los efectos ex tunc que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos hizo que las cosas se retrotrajeran al estado en que se encontraban, pero fue el legislador quien ordenó la actualización de los sueldos hasta cuando se estableciera la escala porcentual de los salarios. Por los pronunciamientos de la Corporación, el demandante quedó autorizado fundadamente para reclamar ante las autoridades administrativas la mentada prestación porque antes de la anulación tales actos gozaban de la presunción de legalidad y, en consecuencia, el derecho a obtener el pago de la prima de actualización materialmente no existía. En otros términos, para los oficiales y suboficiales retirados existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de la prima de actualización y, por ende, el derecho a devengar la mentada prestación sólo surgió, con certeza, a partir de la expedición de las sentencias referidas.

PRIMA DE ACTUALIZACION – Tuvo carácter transitorio

La prima de actualización sólo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo carácter transitorio. En efecto, los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que la establecieron, no le otorgaron carácter permanente sino sólo vigencia limitada para los años indicados, esto se deduce con toda claridad del texto de cada uno de los decretos y de lo expresamente manifestado por la ley 4ª de 1992, que sólo autorizó la nivelación por “las vigencias fiscales de 1993 a 1996”, situación que también es aplicable a los retirados. De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual fijada por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados. Así las cosas el fallo sometido a consulta se confirmará parcialmente pues el reconocimiento de la prima de actualización sólo se hará a partir del 1º de enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 1995.

Nota de Relatoría: Se cita la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 3 de diciembre de 2002, Expediente No. S-764, actor ELISERIO BARRAGÁN ORTIZ, Consejero Ponente Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE.

CONDENA EN COSTAS – Exige la valoración de la conducta de las partes

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante para que se condene en costas a la parte demandada por no haber allegado oportunamente al proceso

las pruebas, no está llamado a prosperar porque la conducta asumida no ocurrió dentro del proceso y no se le puede endilgar a la representación judicial de la parte demandada la falta de respuesta atribuible a otra dependencia que no está bajo su dirección. El tema está reglamentado por el artículo 171 del C.C.A. y de acuerdo con este precepto la condena en costas exige la valoración de la conducta asumida por las partes. La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido que sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas, lo que, a contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a ella.

Nota de Relatoría: Se cita la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 18 de febrero de 1999, Expediente No 10.775, M.P: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: DR. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá, D.C., once (11) de octubre de dos mil siete (2007).-

REF: EXPEDIENTE No. 080012331000200000361 01 (1098-05).-
AUTORIDADES NACIONALES.-
ACTOR: ALFARO ABEL SÁNCHEZ CUMPLIDO.-

Decide la Sala la consulta de la sentencia del 22 de julio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda incoada por ALFARO ABEL SÁNCHEZ CUMPLIDO contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No.12360 del 28 de agosto de 1998, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por los cuales se le negó al actor el reconocimiento de la prima de actualización solicitada.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actualización, desde su creación hasta el 31 de diciembre de 1995, de conformidad con los porcentajes establecidos para el grado del titular del derecho en los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995. Pidió, además, computar la prima de actualización en la asignación de retiro o pensión y demás prestaciones sociales del actor como derecho derivado de dicha prima y la condena en costas.

Para fundamentar las pretensiones, expuso, en síntesis, los siguientes hechos:

1. El actor percibe una asignación de retiro de la entidad demandada según se establece de los actos acusados o de los

pronunciamientos expresos que hará la entidad demandada ante los requerimientos de esta Corporación.

2. El artículo 13 de la Ley 4ª de mayo de 1992 dispuso nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, la que se debía efectuar dentro de las vigencias fiscales de 1993 a 1996.
3. El Ejecutivo, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, expidió el Decreto 335 de 1992 con fuerza de ley y a partir de ahí los decretos subsiguientes crearon la prima de actualización para el personal en servicio activo, condicionando su vigencia hasta cuando se establezca una escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.
4. El Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia del 14 de agosto de 1997, Exp. 9923, MP: Nicolás Pájaro Peñaranda, declaró la nulidad de las expresiones “QUE LA DEVENGUE EN SERVICIO ACTIVO” y “RECONOCIMIENTO DE”, de los párrafos de los artículos 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, que limitaban el derecho al personal que la devengara en servicio activo, haciéndola extensiva a los demás miembros de la Fuerza Pública.
5. Con posterioridad a estas decisiones el actor solicitó a la demandada el reajuste, reliquidación o cómputo de su asignación mensual de retiro con la citada prima, y el reconocimiento y pago de todos los derechos de ella derivados desde su creación.

NORMAS VIOLADAS

Artículos 1, 13, 25, 48, 53 y 58 de la Carta Política; artículos 10 y 18 del Código Civil; artículo 3 de la Ley 153 de 1887; artículo 34 de la Ley 2º de 1945; artículos 158, 169 y 174 del Decreto 1211 de 1990; 140, 151 y 155 del Decreto 1212 de 1990; 100, 110 y 113 del Decreto 1990; 113 decreto 1213 de 1990, 15 del Decreto 335 de 1992; 33 del Decreto 133 de 1995; 1º literal d), 2, literal a), 4º, 10º y 13 de la Ley 4ª de 1992, normas estas de alcance nacional con aplicación del artículo 141 del C.C.A.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia del 22 de julio de 2004, accedió a las súplicas de la demanda y condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar al demandante la prima de actualización a que tiene derecho, desde el momento en que se hizo exigible y hasta cuando se cumpla el evento señalado en el Decreto 133 de 1995, artículo 29, y a actualizar la suma dejada de pagar desde el 1 de enero de 1992, fecha en la cual comenzó a regir la prima, y negó el pago de daños y perjuicios porque no fueron demostrados en el proceso.

EL RECURSO DE APELACION

El demandante pretende que se revoque el numeral “cuarto” (sic) para que se condene en costas a la entidad demandada, porque en el

proceso no allegó oportunamente las pruebas que se le solicitaron en el curso del proceso (folio 175).

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

Antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, la Sala procede a realizar las siguientes precisiones en relación con la procedencia del grado jurisdiccional de consulta:

Por auto de ponente de 8 de marzo de 2006, el Magistrado conductor del asunto dejó sin efectos el auto del 27 de julio de 2005, que admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en el proceso de la referencia, para, en su lugar, correr el traslado que prevé el artículo 184 del C.C.A., es decir, dio trámite a la consulta y señaló que al resolver este grado se definiría el recurso de apelación presentado por el demandante.

La anterior decisión fue recurrida por el Ministerio Público, que argumentó que debía mantenerse el trámite dispuesto en el recurso de apelación porque las providencias que le dieron trámite se encuentran en firme y el hecho de que deba surtirse el grado de consulta a favor de la entidad demandada no excluye la admisión y trámite de la apelación presentada por la parte demandante, además de que en el

trámite de la apelación se puede alegar de conclusión por el término de diez (10) días, que es superior al señalado en el artículo 184 del C.C.A.

El auto recurrido fue revocado por la Sala de Decisión del recurso de súplica, con los siguientes argumentos:

“En este punto, es del caso anotar que el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación tienen objetos diferentes. En efecto, el grado jurisdiccional de consulta, al tenor del artículo 184 del C.C.A., se entiende siempre interpuesto a favor de las entidades o de quien haya sido representado por curador ad-litem.

A su vez, el recurso de apelación, se surte con el fin de estudiar la cuestión decidida en primera instancia y revocar o reformar la sentencia y se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante. El superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto de recurso.

Lo anterior quiere decir, que nos encontramos ante un medio de impugnación y un grado jurisdiccional que se excluyen entre sí, por cuanto uno es establecido a favor del apelante en lo que le fuere desfavorable y el otro a favor de la Entidad condenada, por un lado y por el otro, el superior se encuentra limitado por la competencia funcional.

En consecuencia, contrario a lo afirmado tanto en la providencia suplicada como en el recurso, no es posible dar trámite conjunto a un recurso de apelación y a un grado jurisdiccional de consulta y por tal razón no es simplemente circunstancial la orden del Tribunal en el sentido de que si la sentencia no es apelada debe consultarse con el superior, por cuanto uno y otro medio difieren en cuanto a sus fines.

Al presentarse una situación como la presente, por ser condenatoria la sentencia para la Entidad, el grado jurisdiccional de consulta en asuntos contenciosos laborales sólo procederá, si la sentencia no es apelada y la Entidad no ejerció defensa alguna dentro del proceso.

Por las razones que anteceden, se revocará el auto suplicado y en su lugar, se ordenará seguir adelante con el trámite del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.”. (folios 213 a 220).

El artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, establece:

“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 consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectuará una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.”. (Destacado no es del texto).

Conforme al texto de la norma, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en materia laboral deben existir los siguientes supuestos: 1) Que la sentencia imponga una condena a cargo de una entidad pública; 2) Que sea dictada en primera instancia; y 3) Que la entidad demandada no hubiese ejercido el derecho de defensa.

En el presente asunto se dan los supuestos señalados, en la medida en que se trata de una sentencia condenatoria de una entidad pública, en un proceso de primera instancia y la entidad demandada no ejerció su derecho a la defensa.

De otra parte, al margen de cualquier discusión de índole procesal a la que se refieren los autos señalados, en el presente asunto debe surtirse el grado de consulta pues se dan los supuestos que la norma prevé para determinar su procedencia.

El hecho de que la parte demandante hubiese apelado en nada afecta la obligación legal que tiene el juez de darle trámite al grado jurisdiccional de consulta establecido a favor de la entidad pública, tan es así que, como lo señala el artículo 184 transcrito, la sentencia no queda ejecutoriada mientras no se surta la consulta.

En consecuencia, la Sala procederá a surtir el grado de consulta y luego verificará la apelación de la parte demandante.

FONDO DEL ASUNTO

Conforme lo antes expuesto, el problema jurídico a resolver se contrae a dilucidar si la sentencia sometida al grado jurisdiccional de consulta, dictada dentro del proceso de la referencia, se encuentra ajustada a derecho.

El artículo 13 de la Ley 4 de 1992 ordenó al Gobierno Nacional establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, de conformidad con los principios establecidos en dicha ley, normatividad que estuvo acorde con el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social "CONPES".

En desarrollo de esos mandatos el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133

de 1995, que ordenaron, en los 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.

Sin embargo los decretos mencionados erigieron esta prima de actualización sólo para el personal “en servicio activo”, situación que a la postre 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 del 6 de noviembre del mismo año, expediente No.11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Ahora bien, siguiendo los lineamientos de la Sala Plena de esta Corporación, el derecho al reconocimiento del pago de la prima de actualización para los oficiales y suboficiales en situación de retiro, como el actor, nació a la vida jurídica el 1º de enero de 1993, por virtud de los efectos de las sentencias de 14 de agosto y de 6 de noviembre de 1997, dictadas por esta Sección en los procesos 9923 y 11423, mediante las cuales la Corporación 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, dado que los efectos ex tunc que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos hizo que las cosas se retrotrajeran al estado en que se encontraban, pero fue el legislador quien ordenó la actualización de los sueldos hasta cuando se estableciera la escala porcentual de los salarios.

Por los pronunciamientos de la Corporación, el demandante quedó autorizado fundadamente para reclamar ante las autoridades administrativas la mentada prestación porque antes de la anulación tales actos gozaban de la presunción de legalidad y, en consecuencia, el derecho a obtener el pago de la prima de actualización materialmente no existía.

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

Lo dicho justifica plenamente que el demandante sólo hubiese formulado solicitud los días 28 de mayo de 1999 y 12 de junio de 2000 (folio 2) porque no tendría ningún sentido pedir el reconocimiento de un derecho del que, por disposición reglamentaria, se carecía.

De la misma forma no resulta razonable aplicar la prescripción cuatrienal a tales peticiones porque esta figura es una sanción al titular

del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento y ninguno de estos factores se da en el presente caso.

En el mismo sentido conviene aclarar que las sentencias dictadas por esta Corporación al declarar la nulidad de las expresiones “que la devengue en servicio activo” y “reconocimiento de” lo único que hicieron fue legitimar con autoridad¹ a los retirados para pedir el reconocimiento de la prima de actualización pues su derecho nació a la vida jurídica, como se indicó, por mandato del artículo 13 de la ley 4ª de 1992, concretada en los decretos que establecieron la prestación para los activos excluyendo, sin justificación, a los miembros retirados de la Fuerza Pública.

En conclusión es claro que el demandante, percibía su asignación de retiro desde el 1º de septiembre de 1980, en su calidad de Agente y por no habersele pagado, tiene derecho al reconocimiento deprecado del 1º de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1995.

Conviene señalar que la prima de actualización sólo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo carácter transitorio.

En efecto, los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que la establecieron, no le otorgaron carácter permanente sino sólo vigencia limitada para los años indicados, esto se deduce con toda claridad del texto de cada uno de los decretos y de lo expresamente

¹ Nótese que el Consejo de Estado es el juez natural de los actos administrativos y de los decretos reglamentarios.

manifestado por la ley 4ª de 1992, que sólo autorizó la nivelación por “*las vigencias fiscales de 1993 a 1996*”, situación que también es aplicable a los retirados.

De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual fijada por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados.

Para abundar en razonamientos, es pertinente citar la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, contenida en la sentencia de 3 de diciembre de 2002, Expediente No. S-764, actor ELISERIO BARRAGÁN ORTIZ, Consejero Ponente Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, en la que se señaló:

“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 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:

...

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).

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 4ª del mismo año (18 de mayo).

El Decreto 335 de 1992 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, que en la sentencia de revisión², 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.»

A las fechas de expedición y de vigencia de este decreto, el actor ya había pasado a retiro, decretado por Resolución RESCA 347/90 (31 de diciembre de 1990), y gozaba de asignación de retiro desde el 1º de abril de 1991³. Luego no alcanzó a devengar la prima de actualización mientras estuvo en servicio activo y, por lo tanto, según el parágrafo del artículo 15 transcrito, no tenía derecho a que esta nueva prima se le computase en su asignación de retiro.

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:

² C-005/95, 11 de mayo, Magistrado Ponente Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

³ Antecedentes, fl. 42 C.1.

Ley 4ª de 1992 (18 de mayo)

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 2°.

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 fuerzas para las respectivas vigencias, y en todas estas normas incluyó la Prima de actualización. El Decreto Legislativo 335 de 1992 fue expresamente derogado (salvo sus artículos 18, 19 y 20)⁴ por el artículo 35 del Decreto 35 de 1992; éste lo fue por el Decreto 65 de 1994, que, a su vez, fue derogado por el Decreto 133 de 1995. Cabe anotar que esta Corporación ha señalado reiteradamente la fuerza que tienen los decretos expedidos en desarrollo de leyes marco o cuadro para derogar leyes anteriores, siempre que unos y otras se refieran a la misma materia delimitada por la ley marco y que se sujeten a los principios establecidos en ésta. Ha dicho el Consejo de Estado:

«No obstante, la capacidad "legislativa" y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazado por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. El Consejero que actúa como Ponente identificó así algunas de esas reglas:

"3) Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes marco; por vía de ejemplo tenemos que un decreto sobre comercio exterior, expedido en desarrollo de la ley marco

⁴ Los artículos 18, 19 y 20 se refieren a la cuota mensual del 5% que aportan los retirados para el pago de servicios médico-asistenciales y para la Caja respectiva.

de comercio exterior podría derogar leyes comunes que se hubieran expedido con anterioridad sobre esta misma materia.»⁵

Como se dijo atrás, los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 crearon la prima de actualización para las respectivas vigencias. Esta prima tenía carácter temporal, «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», según se lee en los respectivos artículos, que enseguida se transcriben:

«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.

⁵ Sección Cuarta, sentencia de 20 de mayo de 1994, Consejero Ponente Dr. Reinaldo (sic) Chahín Lizcano. Reiterada por la Sección Primera en sentencia de 1 de noviembre de 2001, Rad. 6686, Magistrada Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

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.

Bien se ve cómo según el texto original de estas disposiciones, 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. Pero la Sección Segunda de esta Sala, en sentencia de 14 de agosto de 1997⁶ 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

⁶ Sección Segunda, sentencia de 14 de agosto de 1997, expediente 9923, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

expresiones «*que la devengue en servicio activo*» y "*reconocimiento de*" incluidas en el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995⁷.

Sin embargo, 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, por tanto, no podía reclamarlo a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional o, por mejor decir, 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.

Prospera, entonces, el primer cargo.

Se infirmará en este aspecto la sentencia, y en su lugar, se revocará la del Tribunal para reconocer al actor el derecho al reajuste de su asignación de retiro, por efecto de la prima de actualización, entre el 1° de enero de 1993 y el 16 de abril de 1994, derecho que no se extinguió por prescripción.

Y 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.

En orden a la segunda acusación, encaminada a que se deje sin efectos la sentencia en cuanto confirmó la denegación de la prima de actualización a partir del 1 de enero de 1996, la Sala considera que esta prima fue creada con carácter temporal, pues en los artículos 28 de los decretos 35 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995 se dispuso que la prima tendría efecto hasta cuando se consolidase la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, lo que efectivamente se logró con el Decreto 107 de 1996, que fijó la escala gradual porcentual para los sueldos básicos del personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública con respecto al grado de General (artículo 1°), con efecto a partir del 1 de enero de 1996, y derogó expresamente el Decreto 133 de 1995, último de los que establecieron la Prima de Actualización (artículo 39).

⁷ Sección Segunda, sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 11423, Consejera Ponente: Dra Clara Forero de Castro.

Acertó, entonces, la Subsección sentenciadora al denegar la prima de actualización para los meses posteriores a diciembre de 1995.”

Así las cosas el fallo sometido a consulta se confirmará parcialmente pues el reconocimiento de la prima de actualización sólo se hará a partir del 1º de enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 1995.

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante para que se condene en costas a la parte demandada por no haber allegado oportunamente al proceso las pruebas, no está llamado a prosperar porque la conducta asumida no ocurrió dentro del proceso y no se le puede endilgar a la representación judicial de la parte demandada la falta de respuesta atribuible a otra dependencia que no está bajo su dirección.

El tema está reglamentado por el artículo 171 del C.C.A. y de acuerdo con este precepto la condena en costas exige la valoración de la conducta asumida por las partes.

La jurisprudencia de esta corporación ha sostenido que sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas, lo que, a contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a ella.

Así lo señaló esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999, Sección Tercera, Expediente No 10.775, M.P: Dr. Ricardo Hoyos Duque, en la que dijo:

“El artículo 55 de la ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, faculta al juez para condenar en costas a la parte vencida pero en consideración a la conducta asumida por ella. Dice la norma:

En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil’. (...)

La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del C.C.A. sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso. La dificultad surge al determinar los criterios que debe tener en cuenta el juez para decidir cuando la conducta de la parte justifica la condena en costas.

La norma remite así a lo que la doctrina ha denominado “cláusulas abiertas” o “conceptos jurídicos indeterminados”, los cuales no dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma con un mayor margen de apreciación.

Respecto de los criterios jurídicos indeterminados ha sostenido García de Enterría que el margen de apreciación que los conceptos jurídicos indeterminados permite no implican en ningún caso una discrecionalidad para determinar si ellos objetivamente existen o no^{8[3]}. En este sentido el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo en relación con los actos administrativos señala que "en la medida en que el contenido de una decisión... sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Es decir que en el caso concreto, la cláusula abierta que contiene el artículo 56 de la ley 446 de 1998 no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional.

La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.

En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial.

Es claro que el Legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora.”

No habiéndose comprobado conducta abusiva atribuible a la parte accionada, se comparte el fallo del tribunal, en cuanto a este punto se refiere.

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

F A L L A:

Confírmase parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 22 de julio de 2004, en el juicio promovido por ALFARO ABEL SÁNCHEZ CUMPLIDO contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues sólo se reconocerá la prima de actualización al demandante a partir del 1º de enero de 1993 y hasta

el 31 de diciembre de 1995, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Confírmase en lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN JESÚS MARÍA LEMOS
BUSTAMANTE**

**JAIME MORENO GARCÍA
PÁEZ**

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE

**ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS