

Cartagena de Indias D.T. y C., trece (13) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Acción	Ejecutivo derivado de sentencia
Radicado:	13-001-33-31-002-2007-00036-01
Demandante:	JUAN JAVIER SUESCUN MELO
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrada Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema:	<i>No libra mandamiento de pago, porque la sentencia que declara el derecho va en contra del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado sobre prima de actualización no constituye una obligación clara, expresa y exigible.</i>

PRONUNCIAMIENTO

Estando el proceso de la referencia al Despacho para decidir el recurso de apelación contra el auto proferido el 31 de mayo de 2017, donde el Juez Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena,¹ no libra mandamiento de pago.

I. ANTECEDENTES

1.1 Auto apelado

El auto apelado es el proferido el 31 de mayo de 2017, mediante el cual el juzgado de primera instancia, explica que el Decreto 335 de 1992 le da vida a la prima de actualización, la cual buscaba nivelar el catalogo prestacional del personal retirado y en servicio activo de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y policía nacional, así mismo entraron en vigencia los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que establecieron la prima porcentual sobre la asignación básica, extendiendo esta figura a todos los miembros de la fuerza pública.

Por lo tanto, el A quo, consideró que la prima de actualización podía ser reconocida y pagada solo entre las anualidades comprendidas entre 1992 y

¹Folios 81-83 cuaderno No. 1



1995, según la temporalidad consagrada en los decretos antes mencionados, siendo consolidado con el Decreto 107 de 1996.

Por último, enfatizó que si la prima de actualización era una prestación transitoria, la cual su objeto era nivelar el catálogo prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, con el Decreto 107 de 1996, no tendría sentido reconocerla y pagarla después de la vigencia de 1995; por lo tanto, sería contrario a lo legalmente dispuesto librar mandamiento pago, con base en una sentencia como título ejecutivo, cuando dicha prima su vigencia fue transitoria, por ende el reconocimiento y pago del reajuste se encuentra sujeto al lapso en que esta hizo parte del catálogo prestacional de los servidores públicos de las fuerzas militares.

1.2. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandante², apela el auto que se abstiene de librar mandamiento de pago, con el argumento que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, interpreta de manera equivocada el concepto emitido por otras autoridades judiciales, desconociendo flagrantemente la sentencia del Tribunal de Bolívar de fecha 10 de agosto de 2012, que revocó la sentencia del mismo juzgado que había denegado las pretensiones de la demanda.

Explica la recurrente, que el Juzgado de primera instancia, se niega a hacer cumplir mediante el proceso ejecutivo lo decidido por su inmediato superior en su sentencia que fue confirmada en su totalidad después de un juicioso análisis por parte de la Corte Constitucional mediante sentencia T- 327 -15. Siendo inaceptable jurídicamente que un juzgado al que le revocaron una decisión finalmente la imponga en un proceso ejecutivo, que le es incoado precisamente para que haga cumplir la decisión de su inmediato superior.

Explica que el juez, no puede apartarse, no puede emendar, no puede desconocer y mucho menos controvertir el fallo del Tribunal de Bolívar, siendo un exabrupto jurídico que el juzgado en lugar de hacer cumplir la sentencia de un Tribunal, decida coadyuvar su incumplimiento por parte de la entidad condenada.

Igualmente fundamenta el recurso de apelación en el hecho que si el A quo, consideró que no podía librar mandamiento de pago con base en una

² Folios 85-90



sentencia de su superior jerárquico, por considerarla contraria a lo legalmente establecido, está tácitamente manifestado que dicho sentencia es entonces ilegal fruto de un prevaricato; olvidando que lo legalmente establecido en el presente caso, es la decisión de segunda instancia que confirmó la sentencia de la Corte Constitucional, pues se ajusta al debido proceso.

Concluye manifestando que si la propia Corte Constitucional encuentra la sentencia del 10 de agosto de 2012 del Tribunal de Bolívar ajustada a la Constitución, a las leyes y a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, no se entiende por que el señor juez afirma que "*actuaria de manera contraria a lo legalmente dispuesto si librara mandamiento de pago que se depreca con base en la sentencia invocada como título ejecutivo.*"

Procede el despacho a decidir el recurso de apelación en contra del auto proferido el 31 de mayo de 2017, que no libra mandamiento de pago, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. Control de Legalidad.

Tramitada la Segunda instancia, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada.

2.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de la apelación de un auto proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena.

2.3. Problema jurídico.

De la lectura de la demanda así como del auto recurrido, y el escrito mismo de apelación, esta Sala debe determinar si la obligación demandada por el señor Juan Javier Suescun Melo, respaldada en la sentencia del 10 de



Agosto de 012 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, y la Resolución 217 del 23 de enero de 2015, expedida por CREMIL, cumplen los requisitos del art. 488 del C.P.C., para ser consideradas clara, expresa y exigible.

2.4. Tesis de la Sala

La Sala confirmará el auto recurrido, acogiendo la tesis según la cual, efectivamente, la obligación ejecutada no resulta ser clara, expresa ni exigible, como quiera que según lo ha venido sosteniendo el Consejo de Estado, la prima de actualización no tiene injerencia en la asignación de retiro a partir del 1º de enero de 1996.

Lo anterior, teniendo en cuenta que nuestro máximo Tribunal Contencioso ha reiterado en la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996; de modo que no era procedente librar mandamiento de pago; pues no podemos desconocer, que la prima de actualización tuvo vigencia para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, fecha a partir de la cual empezó a regir la escala gradual porcentual.

En orden a resolver el presente asunto, la Sala se permitirá ahondar en los temas alegados en la alzada.

2.5 Caso en Concreto

2.5.1. Hechos probados

Se tiene como probado que el título ejecutivo que se aporta en este caso, como base de la ejecución, es la primera copia de las sentencias de 27 de septiembre de 2011 dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena³ y 10 de agosto de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar⁴, por medio de las cuales se reconoció a favor del señor JUAN JAVIER SUESCUN MELO el derecho a percibir la prima de actualización de que tratan los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de

³ Folios 20-32

⁴ Folios 34-46



1995, y copia auténtica de la Resolución No. 217 de 23 de enero de 2015⁵, por medio de la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES da cumplimiento a tales decisiones judiciales, y el valor a reconocer por concepto de la liquidación y reajuste de la prima de actualización es la suma de cero pesos.

Que la Corte Constitucional mediante sentencia T- 327 de 2015 revisó el fallo proferido por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – sección Cuarta, que resolvió confirmar el fallo de instancia “impugnado, en cuanto declaró improcedente la tutela frente a las sentencias del 26 de julio, 10 y 16 de agosto, 18 y 25 de octubre y 15 noviembre de 2012, dictadas por el Tribunal Administrativo de Bolívar”⁶

2.5.1. Análisis de los fundamentos del recurso de apelación

Sea la primero indicar que el proceso ejecutivo es el mecanismo judicial establecido en el ordenamiento jurídico, para hacer efectivo el derecho que tiene el ejecutante mediante la conminación al ejecutado para que se allane al cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible y su recaudo se hace por intermedio de un título que puede ser complejo, cuando se trata de varios documentos que integran la obligación y simple cuando es un único documento.

Es dable colegir que aquí se pretende el pago de un título complejo, consignada en unas sentencias proferidas por esta Jurisdicción en primera y segunda instancia, cuyo cumplimiento se plasmó en la Resolución No. 217 de 23 de enero de 2015, donde se decide que el valor a reconocer por concepto de liquidación y reajuste de la prima de actualización es la suma de cero pesos, pero al detenernos en el estudio de las condiciones y requisitos de este tipo de título ejecutivo, esta Sala, considera que la obligación que se ejecuta no es clara, por las razones que a continuación se explican.

Se denota que la demandante, en su libelo demandador menciona que es irracional, que la reliquidación de la prima de actualización sea cero, afirmando que CREMIL controvierte lo ordenado por la autoridad judicial, de esta simple revisión, se observa por esta Corporación, que si la parte que

⁵ Folios 49-52

⁶ Folios 59- 76



pretende la ejecución de la sentencia no está de acuerdo con la Resolución 217 de 23 de enero de 2015, no emerge con claridad la obligación que aquí se pretende, pues la demandada explica que la Prima de Actualización fue creada con carácter temporal y no puede extenderse más allá del término de su vigencia, lo anterior, apoyadas en distintos pronunciamientos del Consejo de Estado.

Vemos entonces, que la parte demandante a pesar que pretende la ejecución de las sentencias proferidas, no podemos desconocer que el actor presenta una inconformidad con relación al acto de ejecución, el cual en principio no procede recurso alguno, pero de manera excepcional puede controvertirse cuando dicho acto contiene puntos nuevos no ordenados en la sentencia, en consecuencia, esta Magistratura se permite colegir que la obligación cuya ejecución se pretende no es clara.

Precisado lo anterior, esta Corporación, se centra la inconformidad del recurrente en la negativa de la ejecución por la inclusión de la prima de actualización en la base de la asignación de retiro del demandante y en su no pago por la anualidad de 1996, para lo cual alega que el A quo se niega a librar mandamiento de pago, a pesar que se trata de una sentencia proferida por su superior funcional y manifestando que si la propia Corte Constitucional encontró la sentencia del 10 de agosto de 2012 del Tribunal de Bolívar ajustada a la Constitución, a las leyes y a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, no entiende porqué el señor juez afirma que *"actuaría de manera contraria a lo legalmente dispuesto si librara mandamiento de pago que se depreca con base en la sentencia invocada como título ejecutivo."*

El Juez de primera instancia consideró que la obligación contenida en la sentencia de 10 de agosto de 2012 dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, es contraria a lo dispuesto en la ley, porque la prima de actualización es una prestación que tuvo una vigencia transitoria, por ende el reconocimiento y pago del reajuste incluyendo esta prima en la asignación de retiro, se encuentra sujeto al lapso de tiempo en que esta hizo parte del catálogo prestacional de los servidores públicos de las fuerzas militares, por lo tanto, se abstuvo de librar mandamiento de pago.

De la lectura de la sentencia de segunda instancia que se aporta como base de esta ejecución, emerge que la condena impuesta a la Caja de



Retiro de las Fuerzas Militares, en cuanto se refiere a la inclusión de la prima de actualización en la asignación de retiro, acepta que no tiene carácter permanente y que no debe reconocerse después de los años 1996, como se lee a continuación:

“Se reitera entonces, que al reconocer la precitada prima se modifica indefectiblemente la basa pensional de la asignación de retiro de la actora, sin que pueda ser considerada tal ejecución como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

Así las cosas, no se va a reconocer la prima de actualización después de los años 1996, sino que se ordenara reajustar la base pensional de la asignación de retiro de la actora conforme al reconocimiento que se realizó de la prima de actualización para los años 1992 a 1995.” (Subrayas de la Sala)

En efecto, este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización incide en el valor de la base de la asignación de retiro y, por ende, debe constituirse su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995 (fecha hasta la que estuvo vigente dicha prestación), ordenando así realizar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello había lugar, postura que se encuentra en contraposición a lo dispuesto por el Consejo de Estado⁷, que ha venido señalando:

“En otras palabras, al haber sido derogado el Decreto 133 de 1995 unido a la pérdida de fuerza ejecutoria de los demás decretos que regularon la prima de actualización para los años subsiguientes, la misma dejó de existir jurídicamente a partir del 1° de enero de 1996, motivo por el cual el reajuste solicitado dentro de la presente controversia, queda sin piso jurídico para acceder a su reconocimiento, en la medida en que con la expedición del Decreto 107 de 1996 fueron nivelados los salarios, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a de 1992, al haberse consolidado y fijado la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública correspondientes a su grado y asignación, nivelándose así la remuneración del personal en servicio activo y retirado.

En consecuencia, la Sala observa que no le asiste derecho al demandante a reclamar que se le compute en su salario básico la prima de actualización, en la medida en que

⁷Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013. Rad. 25000-23-25-000-2009-00046-01(1865-12)



no posee un justo título para reclamar nuevamente el derecho que desde tiempo atrás recibió, como salario básico.”⁸

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

Resulta importante precisar que la discusión ha sido pacífica en el Consejo de Estado y ha sido criterio reiterado de todas las subsecciones, por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la postura única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección Segunda del Consejo de Estado y en esa medida se constituye en referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste tanto de salario básico como de asignación de retiro con base en la prima de actualización.

Por lo expuesto, este Tribunal acogiendo el precedente jurisprudencial, no es procedente acceder a librar mandamiento de pago por dicha pretensión (prima de actualización), dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación en aplicación del principio de oscilación de la escala gradual porcentual.

De otro lado, pero dentro del mismo contexto, la parte demandante en su recurso de apelación, manifiesta que si la propia Corte Constitucional encuentra la sentencia del 10 de agosto de 2012 del Tribunal de Bolívar ajustada a la Constitución, a las leyes y a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, no se entiende por qué el señor juez afirma que “*actuarial de manera contraria a lo legalmente dispuesto si librara mandamiento de pago que se depreca con base en la sentencia invocada como título ejecutivo.*”

Esta Corporación, considera, que dicho argumento es infundado, toda vez que la sentencia de la Corte Constitucional T- 327 de 2015 revisó el fallo proferido por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – sección Cuarta, que resolvió confirmar el fallo de instancia “*impugnado, en cuanto declaró improcedente la tutela frente a las sentencias del 26 de julio, 10 y 16 de agosto, 18 y 25 de octubre y 15 noviembre de 2012, dictadas por*

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, 17 de abril de 2013, C.P: Luis Vergara Quintero, Rad:13001233100020100088201(1197-2012)



*el Tribunal Administrativo de Bolívar*⁹ ; vemos que nuestro máximo tribunal constitucional no analiza el fondo del asunto, solo se limitó confirmar la improcedencia de la acción, porque no se cumplió con el requisito de la inmediatez, luego entonces, no es dable que la parte recurrente diga que la Corte Constitucional consideró que la sentencia de 10 de agosto de 2012 dictada por el Tribunal de Bolívar, se encuentra ajustada a la ley, a la constitución y a la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues está demostrado que la confirmación fue a la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela.

En ese orden de ideas, se hace imperioso confirmar la decisión del juzgado de primera instancia, en cuanto se abstuvo de librar mandamiento de pago a favor del demandante, por los conceptos reclamados en la demanda a título de reajuste de la asignación de retiro a partir del 1º de enero de 1996 con inclusión de la prima de actualización.

2.6. Conclusión

Corolario de lo expuesto, la Sala Confirmará el auto apelado de primera instancia, porque, el Consejo de Estado se reitera en la improcedencia del cómputo de la prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige a esta prestación a partir del año 1996, de modo que no era procedente librar mandamiento de pago; pues no podemos desconocer, que la prima de actualización tuvo vigencia para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995, fecha a partir de la cual empezó a regir la escala gradual porcentual.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, profiere las siguientes

DECISIONES:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, adiado 31 de mayo de 2017, donde no se libra mandamiento de pago, tal como se expuso en la parte motiva de la providencia.

⁹ Folios 59- 76

SEGUNDO: En firme esta decisión **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen, previa anotación en el sistema informativo de administración Justicia Siglo XXI.

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No 028 de la fecha.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado