



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación N° 11001 03 25 000 2011 00172 00 (0585-11)

ACCIÓN DE NULIDAD

Actor: JOSÉ BIRNE CALDERÓN

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Decide la Sala, en única instancia, la acción de **simple nulidad** formulada por José Birne Calderón contra el Gobierno Nacional.

LA DEMANDA

JOSÉ BIRNE CALDERÓN, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. (fls. 36 a 71), solicita al Consejo de Estado, declarar la nulidad del primer inciso del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 “por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

Como fundamento de su pretensión expone los siguientes HECHOS:

1. El Congreso expidió la Ley marco 923 de 2004, mediante la cual señaló las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía observar para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro para los

miembros de la Fuerza Pública, y en su artículo 3 determinó los elementos mínimos a tener en cuenta para ese efecto, en especial, los siguientes:

“3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, **el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio**, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables” (resalta propia de la demanda)

“3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo” (resaltado de la demanda).

2. En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, por el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de la cual hace parte la Policía Nacional, por ende, lo allí dispuesto aplica a los agentes de esta institución.

3. El artículo 23 del decreto en cita, determinó las partidas computables a tener en cuenta para el reconocimiento de las asignaciones de retiro y pensiones de los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, así: sueldo básico, prima de actividad, prima de antigüedad, prima de academia superior, prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6, gastos de representación para oficiales Generales, subsidio familiar en el porcentaje que esté reconocido a la fecha del retiro, bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos 30 años como agentes, sin contar tiempos dobles.

4. El decreto referido fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, por medio de partidas, prestaciones sociales y primas, pero no señaló la forma como se liquida cada una de ellas, es decir, se trata de tipos en blanco o por remisión, pues para determinar su monto y forma de liquidación es necesario acudir a decretos previos que han consagrado tales partidas. En lo que respecta a las que

corresponden a los miembros de la Policía Nacional, se ha de remitir al Decreto 1213 de 1990, artículos 30, 100 literal b y 101, y otros anteriores.

5. El artículo 24 del mentado decreto, fijó el monto de la asignación de retiro para los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que tuvieran 15 años o más de servicio y fueren retirados por llamamiento a calificar servicios, disminución de la capacidad psicofísica, voluntad del Gobierno o la Dirección General, en el 50% del monto de las partidas computables referidas en el artículo 23, por los 15 primeros años de servicio y 4% más por cada año que exceda los 15, hasta los 24 y sin sobrepasar el 85%.

6. El Decreto 1213 de 1990, al que se debe remitir para liquidar las partidas a que se ha hecho alusión, en torno a la prima de actividad consagraba:

“Artículo 30.- Prima de actividad. Los Agentes de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un cinco por ciento (5%) por cada cinco (5) años de servicio cumplido”.

7. Como el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 prevé que la asignación de retiro de agentes se liquida con el 50% de las partidas computables, ello equivale a aumentar el monto de la prima de actividad, pues es la única partida que no se había consagrado en el 50% sino en un porcentaje inferior, referido en el artículo citado en el numeral anterior.

8. En el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990 se señalaba, dentro de las bases de liquidación para la asignación de retiro de los Agentes de la Policía Nacional un 15% de prima de actividad, para aquellos que completaban 15 años de servicio y, en general, fijaba las partidas computables para liquidar esa asignación de retiro, con el respectivo monto.

9. Ello implica que con la previsión del Decreto 4433 de 2004 se derogó tácitamente lo relativo a la prima de actividad, previsto en los artículos 100, literal b) y 101 del Decreto 1213 de 1990 y, en general, lo pertinente de los

demás decretos que consagraban la forma de liquidar la pensión o asignación de retiro para los Agentes de la Policía Nacional.

10. Al haber derogado la forma de computar la prima de actividad para el momento del retiro, y haber aumentado esa partida, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional empezó a liquidar a los agentes la mencionada prima sobre el nuevo porcentaje previsto en el Decreto 4433 de 2004, como consta en las pruebas que se arriman.

11. El incremento de la prima de actividad para el grado de Agentes de la Policía Nacional, generó malestar en los demás miembros de la institución de grados superiores, que también devengan esa partida como factor para el reconocimiento de su asignación de retiro. Adicionalmente, como el Gobierno Nacional incumplió lo previsto en el artículo 3 numerales 3.2 y 3.13 de la Ley 923 de 2004, ello conllevó el aumento de esa partida para los miembros activos de la institución, mediante Decreto 2863 de 2007.

12. Al verificar el monto de prima de actividad que devengan quienes tienen reconocida asignación de retiro, pensión de invalidez o pensión de sobrevivientes, se hace evidente que los antiguos pensionados, a quienes se les reconoció su prestación con fundamento en los artículos 23, 24 y 42 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990, reciben esa prima en un monto inferior al 50%.

13. Al expedir el Decreto 4433 de 2004, el Gobierno Nacional debió incluir un inciso adicional, en el siguiente sentido:

“Los Agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro, pensión de sobrevivientes y de invalidez obtenidas antes del 31 de diciembre de 2004 tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 24, numeral 24.3, parágrafo 1, inciso segundo del presente decreto que modifica el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990.”

Considera el demandante que la omisión legislativa puesta de presente, hace anulable la disposición acusada.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como violados los artículos 2, 13, 25, 29, 53, 150 numeral 19, literal e, 218 inciso 3 y 220 de la Constitución Política; 2, numeral 2.1, 3 numerales 3.2 y 3.13 de la Ley 923 de 2004 y 13 de la Ley 4 de 1992.

Con la omisión aludida en el último de los hechos planteados, se violan los deberes y responsabilidades de las autoridades, las que están dirigidas a proteger a las personas en su vida, honra y bienes, pues uno de los pocos bienes con que cuentan algunos agentes pensionados, es el sueldo de retiro, el que se ve menguado con la disposición acusada, en cuanto se omitió aumentar, para las asignaciones de retiro reconocidas antes de la expedición del Decreto 4433 de 2004, el rubro de la prima de actividad.

Se viola además el derecho a la igualdad, pues se trata de situaciones idénticas, la de los Agentes de Policía que accedieron a la asignación de retiro a partir del 31 de diciembre de 2004 y los que accedieron a la prestación antes de esa fecha, similar a lo que ocurrió cuando se consagró la prima de actualización destinada únicamente para el personal que la devengara en servicio activo, y al estudiar esa situación, el Consejo de Estado consideró que constituía una violación para los pensionados el no aplicarla de igual manera para el personal en retiro.

La Corte Constitucional también ha estimado que cuando se conceden beneficios prestacionales a una población que está disfrutando una mesada pensional y no se extienden a quienes han adquirido el derecho pensional con anterioridad a la norma que los consagró, se entiende que tal estipulación es violatoria de los derechos de los pensionados.

Como el sueldo de retiro que perciben los Agentes de la Policía Nacional es producto de su relación laboral con el Estado, este debe expedir las normas con un criterio favorable, en garantía de los derechos laborales de los pensionados, criterio que en el caso bajo análisis debió imperar a efecto de incrementar la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se aumentó en las asignaciones de actividad para cada grado, incorporando un inciso en la norma, en los términos descritos en los hechos de la demanda.

La omisión que se acusa desconoce los derechos adquiridos con justo título, pues una ley no puede tener efectos retroactivos de modo que desconozca situaciones jurídicas consolidadas bajo una ley anterior; además, en garantía de la condición más beneficiosa, tanto el legislador como el intérprete deben acoger la norma que resulte más benéfica para el trabajador, principio que no solo opera cuando hay conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, sino en normas con idéntica fuente y aquellas que admiten diversas interpretaciones, debiendo aplicarse la más favorable, en su integridad.

El análisis que antecede, aplica, en el caso bajo estudio, en cuanto el Decreto 4433 de 2004 crea una discriminación a favor de los Agentes que quedan cobijados por sus previsiones, en materia de prima de actividad, como partida computable para liquidar las asignaciones de retiro o pensiones, frente a los agentes pensionados con normas anteriores.

El Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004 en la que fijó las pautas a las que se debía sujetar el Gobierno Nacional y que fueron desconocidas con la omisión legislativa que se acusa, por no incrementar la prima de actividad como partida computable para el personal de agentes pensionados, situación que desbordó las facultades otorgadas y desmejoró al personal que tenía reconocida la asignación de retiro o pensión con anterioridad al Decreto 4433 de 2004.

El precitado decreto se apartó de lo estipulado en la ley marco, pues desconoció que para acceder a la pensión de invalidez, en ningún caso podía exigir un requisito inferior al 50% de invalidez y consagró como requisito para la disminución de la capacidad laboral el 75% y, en lo que respecta a la prima de actividad, la aumentó del 20% al 50% como factor salarial para liquidar las asignaciones de retiro, pero la entidad de previsión solo la ha aplicado al personal que accedió al sueldo de retiro a partir de la expedición de tal decreto, con lo que desatendió lo previsto en los artículos 2, numeral 2.1 y 3 numeral 3.13 de la Ley 923 de 2004.

De igual manera se violó el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que creó la escala gradual porcentual, la que de acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencias C-163/93 y C-167/93 “permite que todos los salarios, primas y partidas que ganan estos funcionarios se muevan sobre porcentajes determinados por el legislador de todos los funcionarios de la Policía Nacional con respecto al General más antiguo de la misma” y la violación se concreta en el hecho de que el incremento de la prima de actividad cobija a los agentes de la Policía Nacional pensionados con posterioridad al Decreto 4433 de 2004 y no a los pensionados con anterioridad, situación que descompensa la escala gradual porcentual.

LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Como argumentos de defensa sostuvo que la Constitución Política consagró un régimen salarial y prestacional especial para la fuerza pública, que se mantuvo, según lo estatuido en el Acto legislativo 01/05; además, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha sostenido que el legislador puede diseñar regímenes especiales en los que se tengan en cuenta las condiciones particulares de ciertos grupos, que merezcan una especial regulación, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

Aseguró que en lo que respecta al instrumento jurídico mediante el cual se expide el régimen prestacional de la fuerza pública, existe una línea jurisprudencial uniforme en el sentido de que se debe expedir bajo el esquema concurrente de la ley marco o general y los decretos reglamentarios del Gobierno. De igual manera, se ha insistido en que las diferencias entre los regímenes especiales y el general no se pueden analizar desde una perspectiva aislada, sino en el contexto completo, con el fin de garantizar las particularidades de tales regímenes de excepción.

Con base en el anterior argumento, consideró que no pueden examinarse en forma aislada los efectos de la prima de actividad en un grupo especial de beneficiarios -los retirados a partir de una fecha específica- sin mirar el contexto completo de sus asignaciones y otras prestaciones y sin examinar el contenido y alcance del Decreto 2863 de 2007, que no es materia de debate en esta litis.

Dijo que es necesario tener en cuenta que la prima de actividad para la mayoría de uniformados, con excepción de los agentes de la Policía Nacional es estática, mientras que para estos es dinámica pues va incrementando con el transcurso del tiempo hasta alcanzar un máximo del 80% de la asignación básica y del sueldo de retiro, de modo que no se puede predicar respecto de ellas una equiparación, pues constituiría un efecto perverso de desigualdad.

Como lo que se alega en la demanda es una omisión legislativa, consideró que es aplicable la jurisprudencia constitucional en el sentido de que no es posible analizar las características particulares de una prestación -prima de actividad- y sus efectos sobre un grupo específico -agentes de la Policía- sin considerar la totalidad del régimen prestacional que les es aplicable, máxime cuando el demandante no tiene en cuenta que los agentes de la Policía Nacional tienen un régimen de prima de actividad distinto al resto de la fuerza pública, y las singularidades de ese grupo hacen que esa prima no

sea jurídica y económicamente idéntica a las demás, lo que hace improcedente la nulidad deprecada.

Sostuvo que como uno de los cargos de la demanda consiste en la infracción del derecho adquirido de los Agentes pensionados, de mantener el nivel de asignación que se corresponda con el del personal activo, es necesario tener en cuenta que tal derecho hace parte de los de segunda generación y por ende, para su aplicación requiere una regulación normativa que exprese los requisitos para acceder a él. Explica que al reunirse tales requisitos, el derecho ingresa al patrimonio del ciudadano y, en ese caso, no puede ser desconocido por leyes posteriores, pero cuando aún no ha ingresado a su patrimonio, por no haberse cumplido los requisitos previstos en la norma, constituye solo una mera expectativa, siendo así, solo en el primer evento, el legislador tiene limitación en la configuración de las normas, pero no cuando solo se trata de expectativas del servidor, caso en el cual el legislador no tiene impedimento alguno para modificar la situación.

Precisó que al expedirse el Decreto 4433 de 2004 existían Agentes retirados que tenían consolidada su situación jurídica y, por ende, no puede afirmarse, como lo pretende el demandante, que hubo extralimitación en el ejecutivo para dar un tratamiento diferencial a los retirados con posterioridad a ese decreto, pues tal consagración sólo cobijaba a quienes no tenían consolidada su situación jurídica, sino que lo harían a futuro.

En lo tocante a la vulneración del derecho a la igualdad que se alega en la demanda, sostuvo que en ella se pretende uniformidad sin atender las condiciones particulares de las dos situaciones que se pretenden equiparar, pues existe una situación consolidada para aquellos que se pensionaron antes de la expedición del decreto, lo que difiere de quienes adquirieron ese mismo derecho con posterioridad.

Aseguró que tal es la diferencia que existe, que en el evento de que una norma posterior reduzca derechos pensionales, ello no afecta las

situaciones consolidadas, mientras que tal modificación sí puede hacerse en torno a los trabajadores activos, siendo así, al tratarse de situaciones que no son equivalentes, bien podía generarse un tratamiento normativo diferente, de modo que la solicitud de conceder un trato idéntico excede el límite del principio de igualdad.

En lo que atañe a la presunta violación del principio de favorabilidad, precisó que de él se hace uso cuando existe duda en la aplicación de una norma, de manera que se interprete en la forma en que más le convenga al trabajador, pero en el caso de la norma que se acusa sólo procede una única interpretación, que consiste en la aplicación del 50% de la prima de actividad para el cómputo de las asignaciones de retiro o pensiones reconocidas a favor de los agentes que hubieren adquirido el derecho prestacional con posterioridad al Decreto 4433 de 2004.

Explicó que la existencia de principio de oscilación en materia de asignaciones de retiro implica que las prestaciones sociales del personal retirado se liquidan tomando como base las variaciones de las asignaciones de actividad, y es claro que la inclusión de la prima de actividad en las asignaciones de retiro de los agentes está sujeta al ámbito temporal, pues la norma vigente al momento de la consolidación del derecho es la que determina las condiciones y forma de su aplicación.

Agregó que en el ordenamiento jurídico colombiano la regla general es que las leyes nuevas tengan vigencia hacia el futuro, en garantía de la confianza y seguridad jurídica, y no es posible que con la acción de nulidad que nos ocupa se pretenda trasgredir el principio de irretroactividad de la ley laboral.

Finalmente manifestó que la disposición cuestionada no viola la escala gradual porcentual, pues esa medida tuvo carácter provisional y estuvo restringida hasta la vigencia fiscal de 1996 y por ello no puede entenderse que con ese fundamento no se pueda dar un trato diferenciado en periodos distintos, máxime cuando con posterioridad a esa escala gradual porcentual,

se ha hecho uso del principio de oscilación a efecto de propender por el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, con el objeto de lograr un aumento en el mismo porcentaje que recibiría si se encontrara activo.

El Ministerio de Defensa Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda ante la falta de claridad de los cargos, la confusión en los argumentos y la inexactitud de las normas que se invocan como violadas, pues aunque se alega una presunta omisión legislativa, no se precisan las razones y fundamentos que soportan esa pretensión, así como tampoco se hace una confrontación de la norma que se acusa, con el ordenamiento jurídico.

Precisó que una demanda de nulidad supone i) identificar el objeto sobre el cual versa la acción y ii) exponer las razones por las cuales la norma que se controvierte vulnera las disposiciones constitucionales o legales invocadas como trasgredidas, lo que comporta la exposición del contenido de las normas que riñen con las acusadas.

En cuanto al fondo del asunto, hizo alusión a los antecedentes legislativos de la Ley 923 de 2004 y realizó un análisis del contenido de esa disposición, refiriendo en qué consistían cada una de las previsiones de que se compone, para concluir que tanto esa ley como el Decreto 4433 de 2004 acataron plenamente lo dispuesto en el literal e) numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Hizo referencia al régimen de transición que se previó con el ánimo de respetar el tiempo de servicio para efecto de acceder al derecho a la asignación de retiro, de aquellos que estaban activos al momento de la expedición de la ley.

Dijo que a partir de su promulgación, la Ley 923 de 2004 es la ley marco en el sector defensa y junto con su decreto reglamentario derogaron las normas existentes, pero respetaron los derechos adquiridos.

En lo tocante al presupuesto de la liquidación de la prima de actividad para los retirados o cobijados por situaciones establecidas en el régimen de transición, sostuvo que en vigencia del Decreto 1213 de 1990 y demás que regulaban el tema, existían unos presupuestos distintos para su fijación, y los establecidos en la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario, no pueden ser aplicados en forma retroactiva a situaciones que ya se encuentran consolidadas conforme a leyes anteriores.

Aseguró que en aplicación del principio de irretroactividad de la ley, los efectos del Decreto 4433 de 2004 rigen a partir de su vigencia y cobija las situaciones que se consoliden a partir de ese momento y no las definidas con fundamento en normas anteriores.

Consideró necesario declarar el litisconsorcio adhesivo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y de la Policía Nacional, la primera de ellas encargada de la administración de aportes, reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro y la segunda, en cuanto expidió conceptos que se allegan como prueba.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación rindió concepto en el que solicitó proferir un fallo inhibitorio. Dijo, en síntesis, lo siguiente:

En el asunto puesto a conocimiento de la jurisdicción no hay materia sobre la cual sea viable un pronunciamiento de fondo, pues a pesar de que el ataque se dirige presuntamente contra el acto reglamentario de salarios y prestaciones de la fuerza pública, la inconformidad que se formula no recae

en una proposición jurídica existente, sino en una deducción del actor, razón suficiente para la decisión inhibitoria.

Agotado el trámite procesal, y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a establecer la legalidad del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, que consagra la oscilación de la asignación de retiro y pensión en cuanto, en sentir del actor, incurrió en una omisión legislativa, pues dejó de incluir un aparte, de modo que el artículo se hubiera redactado en los siguientes términos:

“Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. Los Agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro, pensión de sobrevivientes y de invalidez obtenidas antes del 31 de diciembre de 2004 tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 24, numeral 24.3, parágrafo 1, inciso segundo del presente decreto que modifica el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrá acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

El aparte en negrilla es el que, de acuerdo con la demanda, se debió incorporar en el texto de la norma acusada.

Para efecto de estudiar la legalidad de la disposición demandada, se abordarán los siguientes aspectos: 1. Marco normativo y jurisprudencial

de las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, 2. La disposición demandada y 3. Análisis de la Sala.

1. Marco Normativo y Jurisprudencial

El artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política confirió al Congreso de la República la facultad para expedir la ley por medio de la cual fije el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública.

En ejercicio de su facultad legislativa, el Congreso de la República expidió la Ley 923 de 2004 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.” y en ella fijó el respeto a los derechos adquiridos, como objetivo y criterio a tener en cuenta a efecto de establecer el régimen pensional y de asignación de retiro de ese personal -artículo 2, numeral 2.1-.

Además, fijó como elementos mínimos, entre otros, los siguientes:

“**Artículo 3°. Elementos mínimos.** El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

(...)

3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.”

Bajo los anteriores criterios, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, mediante el cual estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, destinado a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares¹.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de ese decreto, se garantizó el respeto a todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a leyes anteriores, por los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las fuerzas militares y de la policía nacional y soldados de las fuerzas militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia de ese decreto hubieran cumplido la totalidad de requisitos para acceder a una asignación de retiro, pensión de invalidez, sustitución o pensión de sobrevivencia.

El artículo 23 del decreto en cita fijó las partidas computables para liquidar la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional y, para el caso de los Oficiales, Suboficiales y Agentes, estableció como tales las siguientes: sueldo básico, **prima de actividad**, prima de antigüedad, prima de academia superior, prima de vuelo en los términos establecidos en el artículo 6 de ese decreto, gastos de representación para oficiales generales, subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos 30 años como agentes, sin contar tiempos dobles, la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

¹ Artículo 1 del decreto en cita.

Y en el párrafo del artículo previamente citado, se determinó que ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones serían computables para efecto de liquidar tales prestaciones.

En forma precisa, en el artículo 24, párrafo 1, sobre el monto de las partidas computables a tener en cuenta para la liquidación de asignaciones de retiro y pensiones, se estableció:

“Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).”

2. La disposición demandada

El artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 establece:

“Artículo 42. *Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.* Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

Y lo que el demandante acusa, es que la disposición trascrita adoleció de un aparte en el que se consagrara que la partida de prima de actividad para las asignaciones de retiro y pensiones reconocidas antes de la entrada en vigencia de ese decreto, debían ajustarse en el mismo porcentaje en que se

ajustó esa partida para el personal activo, con ocasión del incremento consagrado en el artículo 24, numeral 24.3, parágrafo 1, inciso segundo del decreto en cita, que modifica el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990.

3. Análisis de la Sala

En forma previa, la Sala debe decir que no se consideró necesaria la vinculación de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional y de la Institución policial, que fue solicitada por el apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, toda vez que la materia de la litis es una disposición normativa expedida por el Gobierno Nacional, conformado, en este caso, por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Defensa; por lo tanto, son estos los legitimados para intervenir en la controversia, en la medida en que participaron en su expedición.

Ahora bien, como la controversia se circunscribe a establecer la presunta omisión en que incurrió el Gobierno Nacional en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, al dejar de prever el incremento de la prima de actividad para los agentes de la Policía Nacional pensionados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, a fin de que sea ajustada esa partida en el mismo porcentaje que se ajuste al miembro activo correspondiente, es necesario traer a estudio lo que esta Corporación ha sostenido en torno a los supuestos en que se produce la omisión legislativa², así:

“Tal como lo señaló la Sección en anterior oportunidad³ y con fundamento en jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴, se está

¹ En este caso, reglamentaria.

³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de octubre de 2008. Radicado No. 1017-2004. Actor: Asociación Nacional de Pensionados de Álcalis de Colombia y Otro. Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Reiterado en Sentencia de 2 de abril de 2009. Radicado No. 9901 de 2005. Actor: Cristian Albert Uscátegui Sánchez. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C- 1009 de 2005. Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Consideró la Corte “Esta Corporación ha señalado de manera reiterada en su jurisprudencia que para efecto de proceder al examen de constitucionalidad de una disposición jurídica, por haber incurrido el Congreso en omisión legislativa relativa, se hace necesario el cumplimiento de ciertas condiciones, a saber “(i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían

ante la presencia de una omisión legislativa, cuando el debate surge en torno a un texto legal que se reputa incompleto, habida cuenta que se prescinde de una condición o ingrediente que, atendiendo al contenido superior del ordenamiento, debe formar parte de la materia normativa.

Por manera, que se constituyen en rasgos característicos de dicha figura los siguientes: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, **o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta;** (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el Constituyente al Legislador.

De esta suerte y tal como lo analizó la Sección, es posible entonces el estudio, no solo de la existencia de la omisión legislativa relativa, entre un texto legal y un mandato de la Carta Fundamental, sino que *mutatis mutandi* también es viable la comparación a fin de establecer la omisión regulatoria, entre un precepto legal y su reglamento.”⁵ (Resaltado propia del texto).

Bajo el anterior supuesto la Sala analizará si la disposición acusada incurrió en la omisión reglamentaria que alega la parte demandante.

En sentir del actor, la disposición demandada debió contener un aparte dirigido a incrementar la prima de actividad a quienes a 31 de diciembre de 2004 tenían reconocida la asignación de retiro y/o pensión, considerando que según lo dispuesto en el artículo 24, numeral 24.3, parágrafo 1, inciso 2º

que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, **o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta;** (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

⁵ Sentencia de 28 de febrero de 2013, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 11001-03-25-000-2010-00058-00(0458-10).

del Decreto 4433 de 2004, se modificó el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, en el sentido de aumentar esa partida a efecto de ser incluida en las asignaciones de retiro y pensiones adquiridas a partir de su vigencia, así:

“Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.” (Negrilla fuera de texto).

Y, dentro de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 de la norma en comento, se encuentra la prima de actividad⁶, es decir, que las asignaciones de retiro y pensiones a ser reconocidas con posterioridad al 31 de diciembre de 2004, dentro del supuesto de hecho aludido en el párrafo 1 de la disposición pretrascrita, tendrán como partida computable el 50% del monto de la partida computable “prima de actividad”.

La anterior previsión, en sentir del actor, genera una desigualdad entre quienes se pensionen con posterioridad al decreto 4433 de 2004 y aquellos que se pensionaron con anterioridad a la vigencia de esa norma, pues para estos últimos, el reconocimiento de sus asignaciones de retiro y pensiones atendían a lo dispuesto en el artículo 101 del Decreto 1213 de 1990, que preveía el cómputo de la prima de actividad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 101. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Agentes que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico.
- Para agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicio, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico.
- Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.”

Al analizar las disposiciones previamente enunciadas, se puede concluir que el reparo del demandante no se contrae a cuestionar, como tal, el principio de oscilación consagrado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, en virtud del cual las asignaciones de retiro y pensiones se han de incrementar en el mismo porcentaje en que aumenten las asignaciones de actividad para cada grado, sino el porcentaje de la prima de actividad tenido en cuenta para liquidar las asignaciones de retiro y pensiones reconocidas antes de la vigencia de ese decreto, frente al porcentaje de esa partida computable que a futuro se tendrá en cuenta para liquidar tales prestaciones, en tanto que el consagrado en normas anteriores es inferior al que se estableció en el

⁶ Según el numeral 23.1.2.

artículo 24, parágrafo 1, inciso 2 y que aplica a quienes adquieran el derecho prestacional con posterioridad a su vigencia.

En efecto, el fundamento de su disentimiento consiste en que las asignaciones de retiro y pensiones que se reconozcan con posterioridad a la vigencia del Decreto 4433 de 2004, no guardarían igualdad con las reconocidas antes de su vigencia, siendo estas últimas inferiores, dado el porcentaje de la prima de actividad aplicado al momento del reconocimiento prestacional.

Siendo así, forzoso es concluir que la inconformidad que se plantea en la demanda, no se dirige contra la norma acusada –artículo 42-, pues lo que esta disposición plantea es la igualdad que debe existir entre el incremento de asignaciones de retiro y pensiones, frente al incremento que se aplique a los miembros activos de la institución, mientras que el cuestionamiento de la demanda se circunscribe a hacer notar la posible desigualdad que se generaría entre las asignaciones de retiro y pensiones reconocidas antes del Decreto 4433 de 2004, con las reconocidas con posterioridad a él.

En síntesis, la norma acusada plantea igualdad, entre asignaciones de actividad y de retiro y el cuestionamiento de la demanda, busca demostrar una presunta desigualdad entre asignaciones de retiro y pensiones reconocidas antes y después del Decreto 4433 de 2004, de modo que se trata de una materia distinta.

Así las cosas, con base en los argumentos planteados en el libelo, se puede inferir que la norma que podría dar lugar a generar la desigualdad que se aduce, es el artículo 24, parágrafo 1, inciso 2 del Decreto 4433 de 2004, que es el que en realidad fijó un porcentaje diferente de las partidas computables a ser tenidas en cuenta para liquidar las asignaciones de retiro y pensiones que se reconozcan en vigencia de ese Decreto, y que difiere, en lo que respecta a la partida “prima de actividad”, con lo que se venía aplicando para esa liquidación, en virtud del artículo 101 del Decreto 1213

de 1990 y con base en el cual se habían reconocido las anteriores asignaciones de retiro.

Consecuentes con lo anterior, como la presunta omisión reglamentaria que se acusa, no se predica, ni tiene relación con el principio de oscilación que consagra la norma demandada, se concluye que los argumentos invocados en el concepto de violación no se dirigieron a desvirtuar la legalidad de la norma demandada y por ende, se deben despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

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

F A L L A

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda formulada por el señor JOSÉ BIRNE CALDERÓN contra el Gobierno Nacional.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada, ARCHÍVESE el expediente.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO