TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
MAGISTRADA PONENTE: ANA YASMÍN TORRES TORRES
SALA DE DECISIÓN NO. 6

Tunja, doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Accionante:	Segundo Miguel Rojas Sáenz
Accionado:	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR
Expediente:	15001-33-33-008-2013-00099-01
Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 25 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 14 a 24)

El señor Segundo Miguel Rojas Sáenz por medio de apoderado y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad del Oficio No. 3426/GAG-SDP de 9 de agosto de 2012, proferido por el Director (E) de CASUR[1] que negó el incremento en el porcentaje de la prima de actividad para efector de reajustar su asignación de retiro.

[1] Coronel Gustavo Cañas Cardona.

1.1. HECHOS

Relató el demandante que prestó sus servicios como Agente de la Policía Nacional durante más de 24 años, siendo retirado el 2 de julio de 1975 por solicitud propia.

Expuso que mediante Resolución No. 4466 de 1975, CASUR le reconoció asignación de retiro correspondiente al 85% de las partidas legalmente computables para el cargo.

Indicó que el 26 de julio de 2012 radicó ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, petición en la que solicitó el incremento de la prima de actividad en un 50% de conformidad con el Decreto 2863 de 2007 y que por ende se le pagaran las diferencias que resultaran a su favor desde el 1° de julio de 2007.

En consecuencia, manifestó que con Oficio No. 3426/GAG-SDP de 9 de agosto de 2012, se le resolvió en forma desfavorable, indicándole que el Decreto 2863 de 2007 estableció explícitamente el incremento del 50% de la prima de actividad respecto del personal Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y no de los Agentes.

Expresó que de no aceptarse el anterior oficio como un acto administrativo susceptible de demanda, de manera subsidiaria pide se declare la nulidad del acto presunto que se derive del silencio administrativo en que haya incurrido la entidad demanda al no dar respuesta a su solicitud.

Finalmente, adujo que tiene derecho a que CASUR le reconozca el incremento del 50% en la prima de actividad dentro de su asignación de retiro como antiguo agente de la Policía.

1.2. PRETENSIONES.

El demandante pide lo siguiente:

1.2.1 PRINCIPAL

1. Declarar la nulidad del Oficio No. 3426/GAG-SDP de 9 de agosto de 2012, proferido por el Director (E)[2] de CASUR que negó reajustar su asignación de retiro de incrementando el porcentaje de la prima de actividad en un 50% sobre el 50% devengado al momento de su retiro, a partir del 1º de julio de 2007, conforme a lo dispuesto en los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

2. En consecuencia, se ordene a la demandada reliquidar o reajustar la asignación de retiro, incrementando el 50% sobre el porcentaje de la prima de actividad, con aplicación del artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, modificado por el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, en armonía con el artículo 4º ibídem, a partir del 1º de julio de 2007.

3. Se condene a CASUR a reconocer, liquidar y pagar las mesadas retroactivas de la variación porcentual de la prima de actividad dejada de cancelar, desde el 1º de julio de 2007, sumas debidamente indexadas conforme al IPC.

---

[2]Coronel Gustavo Cañas Cardona.

4. Se disponga el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.2.2. SUBSIDIARIA

Pide que en el evento de que el Oficio No. 3426/GAG-SDP de 9 de agosto de 2012, no constituya un acto administrativo objeto de demanda, se:

1. Declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo ocasionado por la falta de respuesta a su petición elevada el 26 de julio de 2012 ante CASUR.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó como normas infringidas las contenidas en las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, preámbulo, artículos: 1, 2, 4, 13, 46, 48 y 53.
- Ley 923 de 2004, artículos: 2 y 3 inciso 1° y numerales 3.3 y 3.8.
- Decreto 4433 de 2004: artículos: 3, 23, 26 y 42.
- Código Civil, artículos 10 (subrogado por el artículo 5 de la Ley 57 de 1887), 26, 27 y 30.

Alegó el demandante que el artículo 2° del Decreto 2863 de 2004 modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007, incrementando en un 50% a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990, sin hacer referencia al Decreto 1213 de 1990 que contempla el régimen pensional de los Agentes de Policía.

Luego, argumentó el actor que de la aplicación literal de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 se deriva una notable discriminación, al tratar de manera diferente el personal agente de la Policía activo como retirado, en relación con los demás miembros de la Fuerza Pública, pues de manera injustificada los excluye del incremento de la prima de actividad en los términos de la norma aludida, vulnerando así principios constitucionales como la universalidad, igualdad y equidad.

Por lo anterior, indicó que existe una omisión legislativa en cabeza del Gobierno Nacional que actúa en desarrollo de las leyes marco, la cual no encuentra justificación alguna desde el punto de vista constitucional, por tal razón en virtud del artículo 4º Superior debe inaplicarla en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, para en su lugar hacer extensivo el incremento de la prima de actividad, dispuesta en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, tanto para los agentes de policía activos como en retiro.

2. CONTESTACIÓN (fls. 51 a 54)

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, dio contestación al libelo introductorio, oponiéndose a las pretensiones del mismo, bajo los siguientes argumentos:

La Fuerza Pública y la Policía Nacional según artículos 217 y 218 de la Constitución Politica gozan de un régimen especial en materia pensional, y en el presente asunto el actor laboró aproximadamente 24 años como agente de la Policía, siendo acreedor de dicho régimen.

La prima de actividad en principio era una prestación únicamente a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, posteriormente se convirtió en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro, cuyo porcentaje se

estableció de acuerdo a los años en que el interesado haya estado en servicio activo.

En el caso del actor, afirmó que su asignación se liquidó con el Decreto 2340 de 1971, normatividad vigente al momento en que se efectuó su retiro, el 2 de julio de 1975.

Por otro lado, el Decreto 2863 de 2007 que previó el reajuste del 50% de la prima de actividad que venía devengando al 1º de julio de 2007, solo lo estipulo respecto del personal oficial y suboficial, en ninguno de los apartes del precepto normativo hizo alusión de su aplicación a los Agentes de la Policía Nacional que se hallaran retirados de la institución y con asignación reconocida.

Expuso que carece de facultades legislativa para expedir normas aumentando el porcentaje de los factores salariales liquidables para la asignación salarial de los Agentes de Policía, así como tampoco puede aplicar normas posteriores a situaciones consolidadas con regímenes anteriores.

Propuso las siguientes excepciones:

i.) Irretroactividad de la Ley. Indicó que la Ley 923 de 2004, Decretos 4433 de 2004 y 2863 de 2007, cuya aplicación buscar conseguir el actor, no establecieron ni fijaron efectos retroactivos que amparen su situación prestacional.

ii) Inexistencia del derecho. Expuso que el reconocimiento y pago de la prima de actividad se realizó en los términos del Decreto 2340 de 1971, por lo que intentar factores y porcentajes de asignación diferentes dispuestos en otras

normas, de las cuales no es destinatario, es romper con el principio de inescindibilidad de las normas laborales especiales.

iii) Inepta demanda por improcedencia de la acción incoada. Si el querer del actor es cuestionar el contenido de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional Nos.: 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005 y 407 de 2006, que determinan los lineamientos jurídicos que regirían los reajustes pensionales, normas aplicadas en debida forma por la demandada, ha debido instaurar la acción de nulidad simple ante la autoridad competente.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Estando dentro la oportunidad procesal para presentar alegatos la parte **Demandante** básicamente reitera argumentos planteados en la demanda[3]. La Entidad **Demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio.

4. SENTENCIA APELADA[4]

Con sentencia de 25 de marzo de 2015, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja declara probada la excepción de *Inexistencia del Derecho* propuesta por CASUR. En consecuencia, niega las pretensiones de la demanda y condena en costas al actor vencido con las resultas del proceso. Para sustentar la decisión a la que arribó el a quo, expone que el Decreto 2863 de 2007 del cual pretende el demandante ser beneficiario, sólo estableció el aumento de la prima de actividad en un 50% para los oficiales y suboficiales y no respecto de los agentes de Policía por tal razón es imposible constituirlo como destinatario de dicha prerrogativa.

---

[3] Folios 135 a 139.
[4] Folios 141 a 153

Además, señaló que el Consejo de Estado al resolver la demanda de nulidad simple interpuesta contra el Decreto 2863 de 2007, decidió en sentencia de 27 de marzo de 2014[5] no declararla, pues considera que el excluir los agentes de policía como destinatarios de tal disposición no vulnera el principio de igualdad en relación con los demás miembros de la Fuerza Pública, toda vez que responden a condiciones, funciones y responsabilidades diferentes entre sí que los ponen en un plano distinto. En consecuencia, declaró la excepción de *Inexistencia del derecho* planteada por la entidad accionada.

En ese orden, indicó que de acuerdo con el material probatorio obrante en el proceso, al AG Segundo Miguel Rojas Sáenz no le asiste el derecho a la reliquidación de la prima de actividad en un 50% como factor computable de la asignación de retiro, en tanto la normatividad aplicable a su situación está determinada por la época en que se produce su retiro, es decir el Decreto 2340 de 1971 que estableció el 15% de la prima de actividad, posteriormente aumentada al 20% de conformidad con el Decreto 1213 de 1990.

Concluyó que el acto acusado conserva su presunción de legalidad, por tal razón negó las pretensiones de la demanda.

5. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 155 a 172)

Con escrito de 7 de abril de 2015, la parte actora interpuso recurso de apelación contra la providencia de primera instancia, exponiendo como planteamientos de inconformismo los siguientes:

[5] Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Expediente: 11001032500020090002900 (0656-2009)

Manifestó que en un plano de comparación entre el Decreto 1212 de 1990[6] y el Decreto 1213 de 1990[7], se puede observar que otorgan un trato paritorio, a pesar de que los sujetos destinatarios de dichas normas, pertenezcan a distintos grados dentro de la jerarquía de la Fuerza Pública, es decir, que tienen tantas similitudes como diferencias, sin embargo se les reconocen derechos similares. Motivo por el cual no es acertado otorgarles un trato diferente o excluyente al que los expone el Decreto 2863 de 2007.

Al igual, anotó que el reajuste de la prima de actividad en los términos del Decreto 2863 de 2007 no los pone en una situación de igualdad a los beneficiarios, en tanto cada uno de los retirados de la Fuerza Pública recibe una suma diferente por dicho concepto, percibiendo de esta manera diferentes emolumentos de acuerdo a su grado, nivel y cargo. De ahí, que la norma responda al principio de progresividad manteniendo el trato paritario que se debe a los integrantes de este grupo de servidores públicos.

Por lo anterior, consideró que está siendo objeto de un trato discriminatorio al negársele el trato igualitario que reclama, en tanto el Decreto 2863 de 2007 lo excluye del beneficio que establece, tornándose de esta manera inconstitucional, al vulnerar el derecho a la igualdad, susceptible de ser inaplicado por vía de excepción.

Resaltó que mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es totalmente factible la inaplicación de una norma que resulte contraria a la Constitución y la cual haya servido de sustento al acto administrativo de carácter particular cuya nulidad se solicite.

---

[6] Régimen pensional de oficiales y suboficiales de la Policía
[7] Régimen pensional Agentes de Policía

De otra parte, indicó que es totalmente diferente la causa petendi que se derivó de la sentencia de 24 de marzo de 2014, mediante la cual la Sección Segunda del Consejo de Estado negó la nulidad del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007 y lo que se pretende en el presente asunto que básicamente es la inaplicación de dicho artículo que constituyó el fundamento inspirador del acto administrativo demandado, sin que esto implique que desaparezca del mundo jurídico.

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, el **Demandante.-** Insistió en los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 155-172).

Por su parte, la Entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si el actor en su calidad de Agente de Policía retirado tiene derecho al incremento de la prima de actividad en los términos establecidos en el Decreto 2863 de 2007, pese a que tal Decreto excluyo a estos servidores públicos como beneficiarios de dicha prerrogativa.

Por lo anterior, comenzará la Sala por analizar la *i)* Naturaleza jurídica de la prima de actividad; el *ii)* Régimen aplicable a los Agentes de Policía en relación con la prima de actividad; el *iii)* Incremento de la prima de actividad dentro de la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, para finalmente resolver *iv)* El caso en concreto.

2.1. Naturaleza jurídica de la prima de actividad

En sentencia de 16 de abril de 2009[8], el Consejo de Estado explicó que desde su creación, la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El Gobierno Nacional bajo las pautas trazadas por el Congreso de la República en cuanto al régimen prestacional de la Fuerza Pública, fijó a partir de varias normas lo concerniente a la prima de actividad, en los porcentajes correspondientes teniendo en cuenta para cada caso los años de servicio y la condición del servidor, es decir si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

2.2. Régimen aplicable a los Agentes de Policía en relación con la prima de actividad

El régimen pensional aplicable a los Agentes de Policía está supeditado al momento en que se produzca el retiro del servicio, junto con los porcentajes y los factores salariales previstos por la normatividad vigente para ese entonces.

Tomando como referencia la fecha de retiro del actor el 2 de julio de 1975, reconociéndole su status pensional mediante Resolución No. 4466 de 1975, la normatividad vigente en relación con la prima de actividad era el Decreto 2340 de 1971, cuyo artículo 52 estableció:

> *"A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se retire o sea retirado bajo la vigencia del*

[8] Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).

mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:
a. Cesantía y demás prestaciones unitarias: sueldo básico; prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente y una doceava parte de la prima de Navidad
b. Asignaciones de retiro y pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para, el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijos legítimos; un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, ***una prima de actividad del quince por ciento (15 %) del sueldo básico correspondiente*** *Y doceava parte ¡de la prima de navidad." (Negrilla fuera de texto)*

Luego, es expedido el Decreto 2063 de 1984, que señaló en cuanto a la prima de actividad en su artículo 40, lo siguiente:

"PRIMA DE ACTIVIDAD. *(Decreto derogado por el artículo 179 del Decreto 97 de 1989). 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 cumplidos."*

A su turno, el artículo 98 Ibídem preceptuó las bases de liquidación de la asignación de retiro, así:

"BASES DE LA LIQUIDACIÓN. *(Decreto derogado por el artículo 179 del Decreto 97 de 1989) A partir de la vigencia del presente decreto, a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales, sobre las siguientes partidas, así:*
Cesantía y demás prestaciones unitarias, sobre:
Sueldo básico
Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

Prima de antigüedad
Una doceava parte (1/12) de la prima de Navidad.
Subsidio Familiar.
Asignaciones de retiro y pensiones, sobre:
Sueldo básico
Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
Prima de antigüedad
Una doceava parte (1/12) de la prima de Navidad.
Subsidio Familiar, liquidado conforme lo dispuesto en el artículo 41 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De igual forma, la norma en comento en su artículo 99 fijó los porcentajes en que debe ser computada la prima de actividad, teniendo en cuenta el tiempo por el cual prestó su servicio a la Institución, así:

"ARTÍCULO 99. COMPUTO DE PRIMA DE ACTIVIDAD. *(Decreto derogado por el artículo 179 del Decreto 97 de 1989). 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 servicios, 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."

Posteriormente, el Decreto 1213 de 1990 en sus cánones 30, 100 y 101 reprodujeron en parte los artículos antes transcritos, haciendo algunos cambios no sustanciales en torno a las bases de liquidación; sin embargo, mantuvieron la prima de actividad como factor salarial liquidable de la

asignación de retiro, en los mismos porcentajes previstos por el artículo 99 del Decreto 2063 de 1984.

A su vez, la norma en comento mediante su artículo 102 introdujo una modificación al porcentaje de la prima de actividad reconocida a los agentes de policía cuyo retiro o separación se haya producida antes del 24 de agosto de 1984, fijando el computo de la prima de la siguiente manera: a) *Para Agentes con menos de veinte (20) años de servicio, el quince por ciento (15%) del sueldo básico; b) Para Agentes entre veinte (20) y veinticinco (25) años de servicios, el veinte por ciento (20%) del sueldo básico y c) Para Agentes con más de veinticinco (25) años de servicio, el veinticinco por ciento (25%) del sueldo básico.*

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado[9] ha sido reiterativa en señalar que el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de determinar el porcentaje de la prima de actividad como base de liquidación de la asignación de retiro, es el vigente al momento en que se cause el retiro.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional al resolver los alcances de la Ley 923 de 2004, en sentencia C-924 de 2005, señaló que el régimen jurídico pensional aplicable a cada asunto, está determinado por la fecha en que se originen los hechos que den lugar a la pensión, toda vez que la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los casos que se configuren a partir de su vigencia, sin que se afecten las situaciones consolidadas con el régimen anterior.

De tal suerte que no es posible pregonarse la igualdad de condiciones pensionales entre sujetos destinatarios de regímenes distintos. De ahí que las

[9] Ver Sentencia del 21 de agosto de 2008, radicación 0663-08, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia 16 de abril de 2009, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

situaciones afianzadas con regímenes anteriores no puedan verse beneficiadas o afectadas por normas posteriores.

2.3. Incremento de la prima de actividad dentro de la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

El Decreto 2863 de 2007 *"Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones"*, dispuso en su artículo 2º:

> *"Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así: Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990.*
>
> *Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)"*

A su vez, el artículo 4º Ibídem complementó de alguna manera la norma anterior extendiendo sus efectos al personal oficial y suboficial de las Fuerzas Militares y de Policía no activos, al respecto señaló lo siguiente:

> *"En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, 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 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007".

En cuanto a lo que tiene que ver con el tema planteado, el demandante afirma que el Decreto 2863 de 2007 incurrió en omisión legislativa al no incluir los Agentes de la Policía Nacional como destinatarios del mismo, y por ende es procedente inaplicar el Decreto por vía de excepción[10], pues infringe el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política y el principio de oscilación consagrado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

Para efectos de analizar los argumentos expuestos por el actor, la Sala estudiará los siguientes aspectos: *i)* De la vía de excepción; *ii)* De la función legislativa; *iii)* Del derecho de igualdad en los regímenes pensionales especiales y *iv*) Del principio de oscilación.

2.3.1. De la vía de excepción

El control por vía de excepción consagrada en el artículo 148 del C.P.A.C.A., consiste en un mecanismo del que puede hacer uso el juez oficiosamente o a petición de parte dentro de los procesos contenciosos administrativos que se adelante y cuya finalidad es dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnere la Constitución Política, decisión que sólo opera entre quienes hagan parte del litigio.

Fundamento de lo anterior, se tiene el artículo 4° de la Constitución Politica que contempla: *"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*". Es decir, que la vía de excepción

[10] Artículo 148 del C.P.A.C.A.

constituye una obligación expresa del juez contencioso de ignorar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar la Carta Magna, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

2.3.2. De la función legislativa

Corresponde al Congreso de la República expedir las leyes y por medio de ella ejercer, entre otras, las siguientes funciones, de conformidad con el artículo 150 Superior:

> *"19. Dictar las normas generales, y* ***señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos****:*
> *a) Organizar el crédito público;*
> *b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;*
> *c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;*
> *d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;*
> *e)* ***Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública****. Ver Art. 1° Decreto Nacional 1919 de 2002*
> *f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Ver Art. 1° Decreto Nacional 1919 de 2002*
> *Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y estas no podrán arrogárselas."*
> *(La negrilla no hace parte del texto).*

En efecto, concurre la participación activa del Congreso de la República con el Gobierno Nacional, el primero establece los parámetros generales del régimen prestacional de la Fuerza Pública a través de leyes cuadro o marco y el segundo le incumbe proferir los decretos reglamentarios que así las desarrollen.

A su vez, la Ley 4º de 1992 en el artículo 2º fijó los lineamientos que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional, al momento de determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados **públicos de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública, entre ellos:**

> *"(...)*
>
> *i. La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;*
> *j. El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;*
>
> *(...)"*

En ese orden, es claro que la remuneración salarial o pensional que deba percibir el personal de la Fuerza Pública, está sujeta al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidad y calidades que la ley les asigne, de tal manera que no es factible que todos los miembros de la Fuerza Pública reciban en el mismo porcentaje sus prestaciones sociales, cuando existen regímenes especiales que no pueden ser desconocidos.

2.3.3. Del derecho de igualdad en los regímenes pensionales especiales

El derecho de igualdad[11] es de rango constitucional, en lo que tiene que ver con el aspecto salarial impone el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, pilar que debe ser analizado junto con el principio de la remuneración mínima vital y móvil[12], proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. En otras palabras, se desconoce el principio de igualdad cuando a dos sujetos que se encuentran en situaciones idénticas se le da un trato distinto ante la ley.

---

[11] Artículo 13
[12] Artículo 53 C.P.

La anterior tesis ha sido reiterada a través de múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado, como ocurre en sentencia de 27 de marzo de 2014[13] en la que al referirse sobre los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007 advirtió que la no inclusión de los Agentes de Policía como beneficiarios del incremento de la prima de actividad en relación con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, no constituye per se un tratamiento discriminatorio y por ende no vulnera el derecho de igualdad, puesto que no se trata de individuos iguales ante la ley, dado que ostentan responsabilidades y funciones distintas entre sí.

En términos de la sentencia aludida, expreso lo siguiente:

> *"(...)* ***así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones. Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se predique la violación del derecho a la igualdad.*** *Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992." (Negrilla fuera de texto).*

La Sala considera pertinente resaltar que el Consejo de Estado se ha pronunciado en este sentido en procesos ordinarios-laborales, como también en acciones de tutela contra providencia judicial[14] señalando que:

---

[13] Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 11001-03-25-000-2009-00029-00 (0656-09), Actor: Carlos Arturo Zuluaga Guerrero.

[14] Sentencia 10 de julio de 2014; M.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso; Ref.: Expediente 11001-03-15-000-2014-01081-00; Actor: Rosalba Bohórquez de Núñez.

> *"(...)*
> *En ese orden de ideas, la Sala debe reiterar, como ya lo ha pronunciado en anteriores ocasiones[15], que* ***la diferencias de trato entre los Agentes y los oficiales y suboficiales, que dispuso el Decreto 2863 de 2007, no trasgrede el principio de igual como lo sugiera la actora****.*
>
> *En tal virtud, es importante recordar que el derecho de igualdad se desconoce cuándo a dos individuos con idénticas condiciones se les da un trato diferenciado ante la ley. No obstante, en el caso sub examine no* ***estamos ante dos sujetos idénticos ya que cada uno pertenece a rangos distintos dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública****." (Destacado fuera del texto).*

Así mismo, este Tribunal en sentencia de 20 de agosto de 2015[16], con ponencia del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Rivero, al estudiar en un caso idéntico, en relación con el principio de igualdad en materia salarial, concluyó:

> *"(...)*
> *En cuanto al derecho de igualdad en los regímenes especiales, como es el caso del establecido para los Miembros de la Fuerza Pública, la Corte Constitucional[17] ha señalado que un grupo de personas puede encontrarse respecto a cierto factor "en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales". Igualmente, señaló que el legislador puede dar un trato igual a situaciones aparentemente distintas "pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad": y finalmente, concluyó que "para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad."[18]*

---

[15] Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente, María Claudia Rojas Lasso, 12 de junio de 2014, ref.: expediente 11001-03-15-000-2014-00834-00, Actor: Deogracias Vargas.
[16] Rad.: 15001-33-33-011-2013-00026-01; Actor: Crisanto Carrero Ladino; Demandado: CASUR
[17] Sentencia C-229 de 2011 M.P. Luis Ernesto Varas Silva.
[18] Ver entre otras las Sentencias T-422 de 19 de junio de 1992 y C-022 de 23 de enero de 1996.

Por su parte, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 25 de noviembre de 2004, al estudiar la legalidad de los artículos 1° y 2° de los Decretos 062 del 8 de enero de 1999, 2737 de diciembre de 2001 y 745 del 17 de abril de 2002, que fijan la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública, y que establecen que los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, percibirán por todo concepto una asignación mensual a la que devenguen los Ministros del Despacho, llegó a la siguiente conclusión frente al principio de igualdad en materia salarial:

> *"Los criterios de distinción que hace el gobierno para fijar los sueldos del personal con respecto a la asignación básica del grado del General, sin tomar en cuenta como factor la prima de alto mando (55%), no constituyen una "odiosa discriminación" como lo califica el demandante, sino que obedecen a distinciones razonables atendidas circunstancias como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder al grado de General y Almirante. El principio de igual no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan fundamento* ***objetivo razonable,*** *acorde con los fines perseguidos por la autoridad*[19]*.* ***Los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial."*** *(Negrilla fuera del texto)"*

2.3.4. Del principio de oscilación

El principio de oscilación fue instituido como un mecanismo de nivelación o de reajuste de las asignaciones del personal de la Fuerza Pública en retiro, de

[19] Ver entre otras las Sentencias C-221 de 1992, C- 430 de 1993, T-230 de 94, C-445 de 1995, C-022 de 1996, T-352 de 1997, C-563 de 1997 y C- 112 de 2000.

acuerdo con las variaciones que sufre cada retribución de actividad dependiendo del grado respectivo.

El Decreto 1213 de 1990 *"Por el cual se reorganiza la carrera de Agentes de la Policía Nacional"* en su artículo 110 estableció el principio de oscilación en relación con las asignaciones de retiro y pensiones de los Agentes de Policía, bajo el siguiente tenor literal:

> *"Las asignaciones de retiro y pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de este Estatuto; en ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Agentes o beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley."*

El artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 al igual hizo referencia al principio de oscilación aplicable a las asignaciones de retiro y de la pensión, en los siguientes términos:

> *"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."*

No obstante, la Sala debe precisar que pese a que el actor pretende la aplicación del principio de oscilación a su asignación de retiro en los términos del artículo 42 del Decreto 4433 de 2007, no es posible pues por disposición

del artículo 2º ibídem, deben respetarse los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos por los Agentes de la Policía Nacional, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez.

Es decir, el precepto establece de alguna manera un régimen de transitoriedad pensional aplicable a situaciones consolidas bajo normas anteriores, las cuales no pueden ser objeto de prebendas o condiciones desfavorables que se implementen en virtud de la nueva norma, sino que por el contrario seguirán rigiéndose por la normatividad vigente al momento en que se efectuó el retiro del interesado.

Recopilado el anterior marco normativo y jurisprudencial se puede concluir que el trato diferente entre los Agentes y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y Policía Nacional, fijado en el Decreto 2863 de 2007, no acarrea la vulneración del principio de igualdad ni de oscilación, toda vez que sus cargos responden a condiciones y funciones totalmente distintas entre sí, en consecuencia no resulta procedente inaplicar su contenido por vía de excepción de acuerdo con el artículo 148 del C.P.A.C.A., al no ser contrario a la Constitución Política.

2.4. CASO CONCRETO

Arribando al *sub examine*, encuentra la Sala probado dentro del expediente, lo siguiente:

El señor Segundo Miguel Rojas Sáenz en su condición de agente de la Policía Nacional fue retirado el 2 de julio de 1975, como consta en la Hoja de Servicios No. 1511 PN-RPD de 8 de agosto de 1975. (fls. 10 a 13).

Con Resolución No. 4466 de 1975 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconoció al señor Rojas Sáenz de conformidad con los artículos 52, 53 y 55 del Decreto 22340 de 1971, asignación de retiro equivalente al 85% del sueldo básico partidas computables vigentes en todo tiempo para un Agente de Policía de actividad, incluido el 15% de la prima de actividad (fl. 8 a 9).

La Sala debe señalar que el porcentaje computado al actor por concepto de la prima de actividad corresponde y se ajustó al tiempo por el cual prestó sus servicios a la Institución, esto es, 24 años, 7 meses y 11 días, de conformidad con el Decreto 2340 de 1971, norma aplicable de acuerdo con la fecha en que se efectúo su retiro, cuyo artículo 52, dispuso:

> *"A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de Agentes de la Policía Nacional que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así: (...)*
> *b. Asignaciones de retiro y pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para, el personal de Agentes casados o viudos con hijos legítimos del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijos legítimos; un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico,* ***una prima de actividad del quince por ciento (15 %) del sueldo básico correspondiente*** *Y doceava parte ¡de la prima de navidad." (Negrilla fuera de texto)*

Del Oficio No. 3426/GAF-SDP de 9 de agosto de 2012[20], acto acusado, se desprende según la información suministrada por el Director (E) de CASUR, que al actor se le reliquidó la prima de actividad de su asignación de retiro con el 20%, tal como lo dispone el artículo 102 del Decreto 1213 de 1990, habida cuenta que su separación se causó el 2 de julio de 1975, haciéndose así acreedor del beneficio establecido por dicho artículo.

---

[20] fl. 2

En ese orden, en el *sub lite* la norma aplicable para efectos prestacionales atendiendo la fecha de retiro del actor el 2 julio de 1975, es el Decreto 2340 de 3 de diciembre de 1971 junto con la modificación introducida por el Decreto 1213 de 1990, que estableció de manera expresa el incremento del 20% de la prima de actividad para los agentes de policía que se retiraron antes del 24 de agosto de 1984.

Por lo anterior, el demandante no puede ser destinatario del Decreto 2863 de 2007, cuya vigencia comenzó a operar en el mundo jurídico el 27 de julio del mismo año, por cuanto primero no es posible que una norma posterior tenga efectos retroactivos en situaciones consolidadas con regímenes anteriores; y segundo, el no incluir a los Agentes de Policía como beneficiarios del incremento del 50% de la prima de actividad no constituye vulneración del derecho a la igualdad en relación con el respeto del personal de la Fuerza Pública, como quiera que no se encuentran ante iguales condiciones y tampoco desempeñan funciones idénticas.

Si bien es cierto, el postulado constitucional indica que a trabajo igual sueldo igual, la distinción que se predica tiene sustento en los diferentes rangos que operan dentro de la jerarquía organizacional de la Fuerza Pública, además tambien obedece a criterios de objetividad, razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos, así como a la naturaleza y funciones de cada cargo tal como lo dispone la Ley 4º de 1992.

En ese estado de cosas, la Sala concluye que el acto administrativo demandado, el oficio No. 3426/GAF-SDP de 9 de agosto de 2012[21], se ajustó a las normas vigentes al retiro del demandante, así como en las proporciones o porcentajes establecidos para el computo de la prima de actividad dentro de

[21] Por el cual se negó el incremento de la prima de actividad del actor en los términos del Decreto 2863 de 2007.

su asignación de retiro, es decir, en los Decretos 2340 de 1971 y 1213 de 1990, por lo que no se configura la causal de nulidad alegada en la demanda.

Así las cosas, esta Sala confirmara la sentencia de primer grado que negó las pretensiones de la demandada interpuesta por el señor Segundo Miguel Rojas Sáenz contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

2.5 DE LAS COSTAS

Atendiendo el criterio establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de marzo 21 de 2013[22] para efectos de determinar si es procedente condenar en constas alguna de las partes procesales, es importante decir que a pesar de que en el presente asunto la situación se adecua a la regla 3° del artículo 365 del C.G.P., en tanto la sentencia de primera instancia recurrida por el demandante es confirmada en todas sus partes por este Tribunal, lo cierto es, que no fueron presentados alegatos en segunda instancia por la entidad demandada, la cual resulto beneficiada en últimas con la decisión, por tal razón no se encuentra probado que haya incurrido en gastos adicionales producto de la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 6 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

[22] *"5.1.8. **La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley**. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. (...)" (Negrilla fuera de texto).*

3. RESUELVE

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia de 25 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO.- No se condena en costas por no encontrarse probadas dentro del proceso.

TERCERO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIÉGAS TRIANA
Magistrado

ANA YASMÍN TORRES TORRES
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 25 de hoy, 16 FEB 2016
EL SECRETARIO