



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017)

RADICACIÓN: 150013333014 2016 00101 00
DEMANDANTE: Jorge Armando Zambrano Abril
DEMANDADO: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA (fls. 3-8 y 27-28)

Solicita el apoderado demandante que se declare la nulidad del oficio No. 24587 GAG/SDP del 30 de septiembre de 2014, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR, a través del cual se negó el reconocimiento, reajuste indexación y pago retroactivo correspondiente al 35% de la prima de actividad efectiva a partir del año 2004, hasta la fecha en que se haga exigible el derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 113 del decreto 1213 de 1990.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR, a reconocer, reajustar y pagar el retroactivo de la prima de actividad de conformidad con lo establecido en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990; que se disponga el reconocimiento y pago indexado de los dineros dejados de cancelar por los anteriores conceptos desde el año 2004 y hasta la fecha en que se haga efectivo su reconocimiento y que se disponga el pago de intereses moratorios sobre las sumas reconocidas a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

• **FUNDAMENTOS FÁCTICOS.**

Señala que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR, mediante Resolución No. 3675 del 8 de julio de 1994 reconoció al señor Jorge Armando Zambrano Abril la asignación de retiro asignándole un 15% de la prima de actividad, faltándole un incremento correspondiente al 35%.

Afirma que el señor Jorge Armando Zambrano Abril mediante derecho de petición radicado el 4 de agosto de 2014 dirigido a la entidad demandada solicitó:

“A. El reconocimiento, reajuste, indexación y pago retroactivo correspondiente al 35% de la prima de actividad se debe efectuar a partir del 2004, hasta que se haga exigible el derecho esto de conformidad al artículo 113 del decreto 1213 de 1990.

B. Igualmente se solicitó en esta petición, indexar en forma permanente el porcentaje del 35% en los valores de asignación de retiro a que tiene el señor Jorge Armando Zambrano Abril...” (f. 27)

Sostiene que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR mediante el acto administrativo contenido en el oficio No. 24587 GAG/SDP del 30 de septiembre de 2014, dio respuesta de manera desfavorable la solicitud elevada.

- **NORMAS VIOLADAS.**

NORMAS DE RANGO CONSTITUCIONAL

Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48, 53, y 95

NORMAS DE RANGO LEGAL

Decreto Ley 1213 de 1190, artículo 2 del decreto 2863 de 2007.

Ley 923 de 2004 artículos 2, 2.4 y 3.13.

Ley 2 de 1945 artículo 34.

Ley 1437 de 2011 artículo 10.

JURISPRUDENCIALES.

Fallo del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2014 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren radicado 2602-2011.

Como concepto de violación expone que la entidad demandada al negar el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión del 35% del valor de la prima de actividad, está desconociendo lo establecido en los artículos 4 y 53 de la Constitución Política; agrega que la prima de actividad ha sido considerada desde su creación, como una prestación social periódica y habitual a favor de los miembros de la fuerza pública (fuerzas militares y policía nacional) que ha buscado compensar de alguna manera el desgaste físico y emocional al que se ve sometido el personal uniformado mientras se encuentra en servicio activo, en el desarrollo de su incansable y especial labor; agrega que este factor posteriormente se convirtió en factor de liquidación o partida computable de las asignaciones de retiro o pensiones militares y policiales, razón por la cual debe en cuenta el porcentaje establecido en el régimen vigente al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.

Agrega que no se puede desconocer el precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado en sentencia 17 de octubre de 2014 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren radicado 2602-2011, en el cual se ordena la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del 50% de la prima de actividad, en el cual se analizaron los mismos supuestos fácticos y jurídicos aplicables al caso del señor Jorge Armando Zambrano Abril.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada se abstuvo de contestar la demanda.

III. ACTUACION PROCESAL

3.1 Audiencia Inicial: Admitida la demanda mediante proveído del 10 de octubre de 2016¹ y notificadas las partes², la entidad demandada no contestó la demanda;

¹Ver folios 37 a 39.

mediante auto del 8 de marzo de 2017, se fijó fecha para audiencia inicial³, la cual se realizó el 5 de abril de 2017⁴.

3.2 Audiencia de Pruebas: El 26 de abril de 2017 se realizó audiencia de pruebas⁵, en la cual se incorporó la totalidad de las pruebas solicitadas y decretadas por el Despacho, ordenándose a las partes la presentación de los alegatos por escrito⁶.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte actora

Guardo silencio en esta etapa procesal.

4.2. Entidad demandada. (f. 79-80)

La apoderada judicial se opuso a las pretensiones de la demanda señalando que el Decreto 2070 de 2003, empezó a regir a partir de su publicación (28/07/2003) y que mediante sentencia C-432 de 2004 la Corte Constitucional declaró la inexecutable del mismo. Agregó que el Decreto 4433 de 2004 comenzó a regir a partir del 31 de diciembre de 2004, fecha para la cual el demandante ostentaba la calidad de retirado, por cuanto la asignación mensual de retiro fue reconocida en imperio del Decreto 1213 de 1990, norma con la que se consolidó el derecho, razón por la que la Entidad accionada no le adeuda valor alguno al demandante por dicho concepto.

Afirma que en el presente caso no se dan los presupuestos facticos necesarios para que al actor se le reconozca el 50% de la prima de actividad previsto en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, debido a que su derecho se consolidó en vigencia del Decreto 1213 de 1990 y según esta disposición la asignación mensual de retiro se incluía como partida computable únicamente el 15% de su sueldo básico por concepto de prima de actividad.

4.3. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio.

V. ANALISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

1. Copia del derecho de petición radicada el 4 de agosto de 2014 ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR, en el cual solicita el

²Ver folio 44 a 46.

³Ver folio 51.

⁴Ver folios 53 a 55.

⁵Ver folio 75.

⁶ Ver folio 75 a 76.

reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta para el efecto el 35% de la prima de actividad (f.9-11).

2. Hoja de servicios del señor Jorge Armando Zambrano Abril (f. 13).
3. Resolución No. 3675 del 8 de julio de 1994 por medio de la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR, reconoce y ordena el pago de una asignación de retiro al agente Jorge Armando Zambrano Abril (f. 14-15).
4. Certificación de la última unidad de prestación de servicio del señor Jorge Armando Zambrano Abril, en la cual figura como ultima unidad el Departamento de Policía- DEBOY ubicado en la ciudad de Tunja (f. 17).
5. Reajuste del salario devengado por el demandante durante los años 2004 a 2012, teniendo en cuenta para el efecto el índice de precios al consumidor IPC (f. 18-19).
6. Oficio No. 24587 GAG/SDP del 30 de septiembre de 2014, por medio del cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional CASUR negó el reajuste del 50% de la prima de actividad solicitada por el señor Jorge Armando Zambrano Abril (f. 34).
7. Copia de la totalidad del expediente administrativo del señor Jorge Armando Zambrano Abril (medio magnético f. 72, 74).

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho establecer si en el presente caso debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa al Decreto 2863 de 2007, al haber discriminado al personal de Agentes de la Policía Nacional con respecto a los oficiales y suboficiales de la misma Institución y en consecuencia establecer si al señor Jorge Armando Zambrano Abril en calidad de agente retirado de la Policía Nacional le asiste el derecho a que se reliquide su asignación de retiro teniendo en cuenta el aumento contemplado en un 50% para la prima de actividad de los servidores activos en el Decreto 2863 de 2007.

VII. TESIS

De acuerdo con lo expuesto y una vez analizada la demanda, el Despacho advierte que los argumentos relevantes, se concretarán a las siguientes:

- **Tesis argumentativa propuesta por la parte Demandante:**

De acuerdo con el principio de oscilación, las asignaciones de retiro y las pensiones se incrementan en el mismo porcentaje en que se incrementa al personal en actividad para cada grado, por lo que el Decreto 2863 de 2007 dejó por fuera del incremento allí contemplado (prima de actividad) a los agentes de la Policía Nacional, omisión que es discriminatoria e injustificada, siendo necesario dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad.

- **Tesis argumentativa propuesta por la Demandada**

Al momento del reconocimiento de la asignación de retiro, al actor le fue reconocida una prima de actividad equivalente al 15% del salario, no obstante y a pesar que el Decreto 2863 de 2007 estableció un incremento del 50% por dicho concepto, también lo es que dicho factor solo le es aplicable al personal de Oficiales y Suboficiales, aunado al hecho que el demandante adquirió su asignación de retiro en vigencia del Decreto 1213 de 1990, la cual establece que la prima de actividad para el caso de los Agentes corresponde al 15% del sueldo, norma que se encuentra vigente pues no ha sido declarada ilegal o inconstitucional.

- **Tesis Argumentativa del Juzgado:**

El despacho en el caso de la prima de actividad correspondiente a los Agentes de Policía, el despacho procede a acoger los argumentos expuestos frente al tema por el Tribunal Administrativo de Boyacá y en consecuencia negará las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el régimen aplicable a los oficiales y suboficiales de la policía nacional no puede ser aplicable a los Agentes de dicha institución teniendo en cuenta que las funciones y responsabilidades en cada cargo resulta ser disimiles y por lo tanto no existe vulneración al derecho a la igualdad.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- **Recuento normativo de la prima de actividad**

Es necesario señalar que la prima de actividad fue creada a través de la Ley 131 de 1961, siendo establecida como un beneficio al personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la policía nacional en servicio activo la cual no sería tenida en cuenta para liquidar las asignaciones de retiro, pensiones o demás prestaciones sociales; posteriormente y a través del Decreto 188 de 1968 dicha prerrogativa se extendió a los agente de la policía nacional y se aumentó su cuantía.

Posteriormente el gobierno nacional a través del Decreto 2063 de 1984, estableció que la prima de actividad sería tenida en cuenta a efecto de establecer el ingreso base de liquidación de la asignación de retiro de los agentes de la policía nacional, en el monto allí establecido para la prima de actividad; por su parte el Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional, estableció nuevamente la prima de actividad como base de liquidación de las prestaciones sociales y por consiguiente de asignación de retiro, al respecto señaló:

“ARTICULO 100. BASES DE LIQUIDACION. 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 unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

a. Sueldo básico.

b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.

c. Prima de antigüedad.

...

ARTICULO 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

...

ARTICULO 104. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los 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 equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad". (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, con la expedición del Decreto 2070 del 28 de julio de 2003, se estableció que para la liquidación de la asignación de retiro, se debería tener en cuenta la partida computable prima de actividad en el porcentaje devengado en actividad, sin limitar el porcentaje como sí lo hacía el Decreto 1213 de 1990, no obstante el Decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 432 del 6 de mayo de 2004.

Posteriormente se expidió la Ley 923 de 2004, por medio de la cual se fija las normas, objetivos y criterios a los que debe ceñirse el gobierno nacional para fijar el régimen pensional y la asignación de los miembros de la fuerza pública; atendiendo a dicha facultad se expidió el Decreto 4433 de 2004 en el cual se recogió las partidas computables que serían tenidas en cuenta a efectos de liquidar la asignación de los miembros de la fuerza pública.

Así las cosas, es claro que la prima de actualización fue concebida inicialmente como una prestación que sería devengada solo por los miembros de la fuerza pública que se encontraba en servicio activo, no obstante la misma posteriormente fue tenida en cuenta a efectos de liquidar la asignación mensual de retiro, para lo cual se debería tener en cuenta cada uno de los porcentajes establecidos para dicho emolumento, siendo necesario establecer las normas que se encontraban vigentes al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.

- **De la omisión legislativa solicitada por el demandante.**

Es preciso señalar que el Gobierno Nacional atendiendo a las facultades conferidas en la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 1515 del 5 de mayo de 2007,

por medio del cual se fijó "...los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial", norma que dispuso en sus artículo 1º y 32:

"ARTÍCULO 1º. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

(...)

AGENTES DE LOS CUERPOS PROFESIONAL Y PROFESIONAL ESPECIAL DE LA POLICÍA NACIONAL..."

ARTÍCULO 32. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto-ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.

La referida disposición fue modificada parcialmente por el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y la Ley 923 de 2004, el cual dispuso en su artículo 2º:

"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 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990⁷, 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%).

ARTÍCULO 4º. 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 1º 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 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

PARÁGRAFO. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones."(Negrilla fuera de texto)

⁷ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

De la normativa transcrita, se puede observar que a través del Decreto 1515 de 2007 se fijó un régimen salarial de sueldos básicos acorde con una escala porcentual para los miembros de la Fuerza Pública, en desarrollo de las facultades que en materia salarial confiere la Ley 4ª de 1992 al Presidente de la República y que en la modificación realizada por el Decreto 2863 de 2007, se concretaron los regímenes a los que era aplicable el incremento en la prima de actividad, esto es, **para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (Decretos 1211 y 1212 de 1990) y el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional (Decreto 1214 de 1990).**

De acuerdo con lo anterior es claro para el despacho que el personal de Agentes de la Policía Nacional, que se regulaba por el Decreto 1213 de 1990, no fue incluido dentro del grupo de beneficiarios con el incremento al porcentaje de la prima de actividad, circunstancia que precisamente constituye el tema de discusión pues la parte actora considera que dicha exclusión no tiene justificación y que por ello, a través de la excepción de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, es posible que la jurisdicción extienda el citado beneficio al grupo de Agentes de la citada Institución.

Respecto a la omisión legislativa el consejo de estado ha señalado:

"(...) la inconstitucionalidad por omisión (...) juzga la conducta negativa, de inercia o inactividad de un órgano del poder que no adecuó su conducta, total o parcialmente, al cumplimiento de la obligación de dictar una norma tendiente a garantizar la efectividad de los mandatos constitucionales y legales.

A los ciudadanos se les deben proporcionar las vías procesales idóneas con el fin de que los afectados con la omisión inconstitucional puedan acceder a la administración de justicia con el fin de obtener la descalificación de la conducta omisiva, pues un derecho sin acción o posibilidad de ejercicio resulta inexistente.

La denominada "inconstitucionalidad por omisión" ha sido prohijada y desarrollada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"Requisitos de la omisión legislativa relativa

5. Uno de los presupuestos mínimos para la procedencia de la acción pública de constitucionalidad es la existencia de una disposición jurídica susceptible de control por parte de la Corte. A partir de este requisito, la jurisprudencia de esta Corporación ha fijado el requisito de certeza del cargo de inconstitucionalidad, según el cual la demanda debe dirigirse en contra de un contenido normativo verificable; excluyéndose por ende aquellos implícitos, no señalados expresamente en la demanda o que parten exclusivamente del entendimiento subjetivo que el actor hace de las normas acusadas.⁸

Sin embargo, esta regla general encuentra excepciones para el caso de las omisiones legislativas relativas. Este instituto jurídico parte de considerar que, en ocasiones, el legislador puede proferir una disposición que omite incluir en sus efectos a determinados supuestos de hecho, pretermisión que involucra la afectación de normas de la Carta Política, generalmente con consecuencia de una discriminación injustificada por parte de la norma acusada. En estos eventos, es admisible la interposición de la acción pública, a efecto que se declare la existencia de la omisión relativa y, en consecuencia, se emita una sentencia integradora que incorpore el supuesto de hecho excluido.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1052/01. (Cita del texto original).

(...)

La jurisprudencia constitucional resalta, igualmente, que la declaratoria de omisión legislativa relativa está precedida de requisitos definidos, que responden a la necesidad de preservar el principio democrático, el cual sustenta la libertad de configuración normativa de que es titular el legislador. En ese sentido, ha previsto que la omisión legislativa relativa supone dos condiciones, a saber: "(i) El juicio de inexecutable requiere la concurrencia de una norma frente a la cual se predique la omisión; y (ii) la misma debe excluir un ingrediente, condición normativa o consecuencia jurídica que a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permita concluir que su consagración normativa resulta esencial e indispensable para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta Fundamental".⁹ "10

Del mismo modo, el precedente en comento ha sistematizado los requisitos de índole normativa que deben concurrir para que se declare la inconstitucionalidad de un precepto en razón de la omisión legislativa relativa. Así, es necesario que, "(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"¹¹ [...]."¹²

Con base en lo expuesto, esta Sala, considera que, mutatis mutandis, es procedente a través de la acción de nulidad discutir la existencia de una omisión reglamentaria, cuando, a partir de su expedición, se excluye o se omite incluir en un reglamento, sin razón justificada, a un grupo de personas beneficiarias o posibles beneficiarias de una preceptiva legal.

El problema que se presenta al juez, en este caso, es aún más complejo porque, además de la existencia de la omisión regulatoria, debe verificarse si es posible aplicar la norma reglamentada de manera directa.

Así las cosas, en criterio de la Sala, resulta procedente en la acción de nulidad alegar la denominada "inconstitucionalidad por omisión".¹³ (Negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior es dable concluir que en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es posible analizar el tema relacionado con la omisión legislativa que según la parte actora, se desprende de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, por no incluir al personal de Agentes de la Policía Nacional, al respecto la referida disposición señaló:

"Artículo 2°. 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

⁹ Véase, sentencias C-543 de 1996, C-427 de 2000, C-1549 de 2000, C-185 de 2002, C-311 de 2003 y C-875 de 2005. ". (Cita del texto original).

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-644/06. ". (Cita del texto original).

¹¹ Sentencia C-1009 de 2005 de la Corte Constitucional. ". (Cita del texto original).

¹² Corte Constitucional, sentencia C-831 del 10 de octubre de 2007, Magistrado Ponente: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO. ". (Cita del texto original).

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P.: Jesus Maria Lemos Bustamante, sentencia del 9 de octubre de 2008, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00092-00(1017-04).

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%).

(...)

Artículo 4°. 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. **Parágrafo.** No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.

Ahora bien, se hace necesario establecer si los referidos artículos omitieron de manera injustificada la inclusión al grupo de Agentes de la Policía Nacional, como beneficiarios de sus prerrogativas, bajo la óptica del principio de igualdad, siendo necesario estudiar los supuestos establecidos por la Corte Constitucional en sentencia C-741 de 2003, al respecto precisó:

*“En primer lugar, es necesario anotar que lo que se ha llamado “test de igualdad”, no es más que un método de análisis constitucional, que ha seguido la Corte Constitucional para examinar tratamientos distintos establecidos por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración. Este método de análisis hace explícitas las principales cuestiones que estudia la Corte para decidir cuándo un tratamiento diferente es incompatible con el principio de igualdad. Podría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, **en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad. Esta estructura analítica está compuesta por tres elementos.**”*

El primero versa sobre la relevancia del principio de igualdad en un determinado caso. Cuando el legislador ha tratado de manera diferente situaciones que son claramente distintas, la Corte ha considerado que no procede efectuar un juicio de igualdad. Para determinar cuando dos situaciones sí son comparables y, por lo tanto, es pertinente realizar un juicio de igualdad, la Corte ha señalado criterios que integran el primer elemento del juicio de igualdad, a los cuales se hará referencia posteriormente. En el presente proceso, uno de los intervinientes sostiene precisamente que no procede hacer un juicio de igualdad dado que las “organizaciones autorizadas” no son comparables a las empresas de servicios públicos. La Corte no comparte este argumento, como se verá luego.

El segundo elemento de la estructura analítica del juicio de igualdad versa sobre la razonabilidad de la norma acusada a la luz del principio de igualdad. Para determinar si el trato diferencial establecido en una norma es razonable la Corte ha mirado, primero, cuáles son los fines buscados por tal diferencia; segundo, cuál fue el medio empleado por el legislador para alcanzarlos y, tercero, cuál es la relación entre este medio y dichos fines. Es claramente violatoria de la igualdad una norma que tiene un fin discriminatorio o persecutorio. Pero también lo es la norma

que a pesar de estar encaminada a alcanzar fines compatibles con la Constitución, consagra medios que en sí mismos están prohibidos por el principio de igualdad, como una clasificación basada en la raza o el sexo. Inclusive, cuando tanto el medio elegido por el legislador como el fin que pretende alcanzar son ambos compatibles con la Constitución, la norma acusada puede resultar irrazonable cuando el trato diferente no guarda una relación suficiente con el fin que supuestamente justifica la diferenciación. En ese sentido, el juicio de igualdad exige del legislador cierta racionalidad cuando trate de manera diferente situaciones o personas comparables.

El tercer elemento de esta estructura analítica versa sobre los criterios para determinar si la relación entre el trato diferente escogido por el legislador para alcanzar el fin buscado es jurídicamente suficiente o no lo es, así como sobre los parámetros para juzgar si el fin o los fines buscados justifican el trato diferente acusado de violar el principio de igualdad. Estos criterios o parámetros no son siempre los mismos. Generalmente la Corte analiza si el trato diferente es idóneo o adecuado para alcanzar un fin legítimo. No obstante, la Corte también ha indicado que en algunos casos esto no es suficiente para concluir que la norma acusada pasó el juicio de igualdad. Se requiere, además, que el trato diferente sea “efectivamente conducente” o, inclusive, “necesario” para alcanzar los fines buscados por la norma acusada. Además, la Corte también ha exigido que, en algunos casos por ella señalados, el fin mediante el cual se pretende justificar el trato diferente establecido en la norma, sea, además de legítimo, “importante” en un estado social y democrático de derecho o, inclusive, “imperioso”. Cuando la Corte ha estimado que el trato diferente incide en principios constitucionales especialmente protegidos en un Estado social y democrático de derecho, ha señalado que el juicio de igualdad también comprende un análisis de proporcionalidad, *stricto sensu*, para evitar excesos resultantes del trato diferente. De tal manera que así el trato diferente adoptado por el legislador sea necesario para alcanzar un fin imperioso, la norma acusada es inconstitucional si afecta de manera desproporcionada otros principios constitucionales.” (Negrilla y subraya fuera del texto)

Así las cosas, es necesario que el despacho aborde cada uno de los requisitos allí señalados, para determinar si existe violación al derecho de igualdad se requiere el cumplimiento de todos y cada uno de ellos, de manera que si no se acredita alguno el juicio de igualdad concluirá y en consecuencia, sería del caso relevarse de estudiar los demás. En el presente caso, encuentra el despacho que el análisis comparativo requerido comprende al personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y policía nacional versus los agentes de dicha institución, quienes no fueron incluidos como beneficiarios del aumento de la prima de actividad en un 50%, situación que en criterio del demandante contraviene los postulados constitucionales.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-691 de 2003¹⁴, señala que “...la regulación prevista en el Decreto 1791 de 2000, la Ley 180 de 1995 y la Ley 62 de 1993, existen cuatro grandes estructuras jerárquicas al interior de la Policía Nacional, a saber: oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes[15]. Cada uno presenta a su vez diferentes grados, distribuidos de la siguiente manera[16]:

¹⁴ MAGISTRADO PONTENTE: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

1. OFICIALES	2. NIVEL EJECUTIVO	3. SUBOFICIALES	4. AGENTES
a. Oficiales generales 1) General 2) Mayor General 3) Brigadier General b. Oficiales superiores 1) Coronel 2) Teniente Coronel 3) Mayor c. Oficiales subalternos 1) Capitán 2) Teniente 3) Subteniente	a. Comisario b. Subcomisario c. Intendente Jefe d. Intendente e. Subintendente f. Patrullero	a. Sargento Mayor b. Sargento Primero c. Sargento Viceprimero d. Sargento Segundo e. Cabo Primero f. Cabo Segundo	a. Agentes del Cuerpo Profesional b. Agentes del Cuerpo Profesional especial

(...)

Del cuadro comparativo antes referido, se establece que la Policía Nacional, se encuentran constituida por distintas categorías de personal, que pueden diferenciarse con facilidad por niveles, grados, tareas, y responsabilidades, entre otras, circunstancias que permiten afirmar que los Agentes de la Policía Nacional no se encuentran en idénticas condiciones con el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía, así como tampoco con el personal del nivel ejecutivo.

Véase incluso que frente a la prima mensual de actividad se fijó una diferente regulación entre dicho personal, pues el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990 dispuso que los Agentes de la Policía Nacional tendrían derecho a dicha prima en una cantidad equivalente al treinta por ciento (30%) del sueldo básico más un 5% adicional por cada cinco (5) años de servicio cumplido, mientras que según los artículos 84 del Decreto 1211 de 1990 y 68 del Decreto 1212 de 1990 para el personal de Oficiales y Suboficiales se fijó la respectiva prima en un porcentaje equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del salario básico sin aumento alguno.

En ese orden de ideas, ha de concluirse que el hecho de no haber incluido al personal de Agentes de la Policía Nacional en los beneficios del incremento del porcentaje de la prima de actividad contenidos en el Decreto 2863 de 2007 no configura una omisión que tenga la virtud de vulnerar o desconocer el derecho a la igualdad del personal de agentes, ya que, como se dijo, los Agentes de la Policía Nacional no se encuentran en idénticas condiciones con el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Incluso el presente tema ha sido abordado por el Consejo de Estado, el cual al momento de hacer alusión a la igualdad que se predica de los agentes de la policía y oficiales y suboficiales, respecto de la prima de actividad, señaló:

“Lo anterior lleva a concluir que la pretensión dirigida a obtener la nulidad del mencionado artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007 sustentada en la vulneración del derecho a la igualdad de los agentes retirados de la Policía Nacional frente a los oficiales y suboficiales, lo que persigue es que a aquellos se les extienda el ajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje previsto por el artículo 2.º para los

agentes activos.

Al respecto es importante señalar que una vez revisados los antecedentes jurisprudenciales sobre el punto, se observa que esta corporación en sentencia del 27 de marzo de 2014¹⁵, se pronunció sobre la legalidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 frente al cargo de vulneración del derecho a la igualdad, al incrementar la prima de actividad en un 50% a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, sin incluir a los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y a los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

En esa oportunidad, la Sección Segunda precisó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad, pues por un lado, la parte actora afirmó que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son «la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos», empero, no se demostró el supuesto fáctico para dar aplicación del principio a trabajo igual salario igual, razón por la cual debía otorgarse el aumento de la prima en cuestión.

Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 4.ª de 1992¹⁶, **concluyó que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.** Así las cosas, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

Por lo anterior, estimó que no se presenta un tertium comparationis en esta materia toda vez que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad y aclaró lo siguiente¹⁷.¹⁷ (negrilla y subraya fuera del texto)

Respecto al tema analizado, el Tribunal Administrativo de Boyacá ya tuvo la oportunidad de manifestarse en un caso similar al aquí estudiado, al respecto señaló¹⁸:

“De acuerdo con lo anterior, al prima de actividad se ajusta sobre la base del reajuste que haya tenido el sueldo básico, y no como lo señala el demandante, quien equivocadamente piensa que si en normas posterior se otorga un incremento del porcentaje de la prima de actividad para el personal activo, ello representa automáticamente el incremento del porcentaje que se debe reconocer al personal en goce de asignación de retiro o pensional, a menos, que expresamente lo haya establecido así la norma.

En el caso concreto se reclama el reajuste de la asignación ménsula de retiro en el porcentaje correspondiente a la partida de prima de actividad, con base en lo dispuesto en el decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, artículo 42¹⁹, que retoma la

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de marzo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000-2009-00029-00(0656-09), Actor: Carlos Arturo Arzuaga Guerrero, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁶ La Ley 4.ª de 1992 indicó en el artículo 2.º, dentro de los lineamientos que debe acatar el Gobierno en desarrollo de aquella, los siguientes: «[...] 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; [...]»

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, sentencia del 23 de febrero de 2017, radicado interno 1316-10.

¹⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, sala No. 2, sentencia proferida el 31 de marzo de 2016, Magistrado Ponente: Doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana ; expediente 150013333009-2015-00082-01

¹⁹ ARTICULO 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

aplicación del mencionado principio, pero tal como lo afirmo el juez de instancia dicho decreto no resulta aplicables, ya que el demandante no adquirió su derecho pensional en vigencia del mismo.

Adicionalmente, aunque de un lado, en el Decreto 4433 de 2004, se consagra una situación más favorable en materia de prima de actividad, por su consideración íntegra como factor o partido computable en la asignación de retiro, por otra parte, también se establecen en el unas situaciones más gravosas, en términos de la exigencia del tiempo requerido para acceder a la prestación, así como sobre la obligatoriedad de efectuar aportes sobre las respectivas partidas computables para pensión, amén de otros aspectos, **lo que permite concluir que la modificación de la base computable en materia a de prima de actividad, no significa que quienes se encontraban pensionado o percibiendo su asignación de retiro con anterioridad al decreto 4433 de 2004, estén en una situación menos favorable, pues en otros aspecto aquellos se vieron más favorecidos con el régimen anterior.**

Significa lo anterior, que el decreto 4433 de 2004, no supera el test de favorabilidad del régimen prestacional consagrado en él, respecto de aquel bajo el cual al actor se el reconoció su asignación de retiro, pues tal como lo ha expresado la corte constitucional, se exige una interpretación integral del sistema, y no solamente la revisión de aspectos aislados del mismo, porque resulta que lo que en algún punto o ítem aparece como una desventaja, es compensado en otros aspectos del régimen, lo que en su conjunto equilibra las aparentes diferencias entre uno y otro sistema prestacional.²⁰

Por otra parte al principio de favorabilidad le secunda el de inescindibilidad de las leyes, en virtud del cual, la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hechos para tomar sus aspectos más favorables, dando origen a un nuevo mandato.” (Negrilla y subraya fuera del texto)

En otro pronunciamiento, el Tribunal Administrativo de Boyacá al momento de desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por este despacho el 25 de febrero de 2016 señaló:

“Conforme a lo anterior se concluye, que no es procedente, en el caso particular, la inaplicación por inconstitucionalidad de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, por omisión legislativa discriminatoria al excluir de como beneficiarios de dichas disposiciones al nivel de agentes de la policía nacional regidos por el Decreto 1213 de 1990, como lo resolvió la primera instancia, ya que la no inclusión de dicho personal, es razonable dada las existencia en las fuerzas armadas de regimenes que no son comparables; pues como se señaló en líneas anteriores, el acceder a la inaplicación pedida e tanto como modificar el estatuto del personal de agentes de la policía nacional y ese no es el fin de la excepción por omisión legislativa relativa. En esta medida, no es posible aplicar el test de igualdad a la situación que plantea el demandante, debido a que tal análisis no pasa de la verificación del primer requisito, el cual no se encuentra cumplido, en tanto el trato alegado como diferente recae sobre situaciones que no son comparables.

Por las anteriores razones esta corporación no comparte la decisión de primera instancia, como quiera que no existe duda, respecto a la legalidad del acto acusado

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.

²⁰ Estas reflexiones se hacia por parte de la corte constitucional, con ocasión del revisión de los regimenes prestacionales especiales vs regimenes generales, frente a una presunta vulneración del derecho a la igualdad, por consagrar situaciones distintas y aparentemente más favorables en el régimen general que en el especial, asunto que si bien no es idéntico al que se toca en estos autos, si tiene una clara similitud o analogía, porque se trata de comparar dos regimenes prestacionales. Corte constitucional. Ver sentencias C-835 y C- 1032 ambas de 2002.

*que determino que no le asiste el derecho al actor a que se incluya en su asignación de retiro, el incremento de la prima de actividad en el porcentaje previsto en el artículo 4 del decreto 2863 de 2007, por cuanto adicional a los argumentos referidos, es preciso indicar que no existe norma expresa que autorice el incremento del factor de prima de actividad en los agente de la policía nacional, retirados antes del 1 de julio de 2007, hasta un 50% tal y como se presenta para los oficiales y suboficiales de la fuerza pública, por intermedio del Decreto 2863 de 2007, razones por las cuales será revocada la decisión inicial.*²¹ (Negrilla y subraya fuera del texto)

De acuerdo con los pronunciamientos previamente citados, el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa propuesta por el demandante no es viable, pues el Decreto 2863 de 2007 no discriminó injustificadamente al personal de Agentes de la Policía Nacional, dado que la no inclusión de dicho personal resulta ser razonable, dada la existencia de diferentes regímenes de personal al interior de las Fuerzas Armadas, los cuales no son comparables.

Ahora bien, frente al principio de igualdad ha dicho la Corte Constitucional que el mismo no opera de manera abstracta, pues su aplicación no implica el establecimiento de una equiparación matemática dado que se trata de una regla fundamental objetiva y no formal, que predica la identidad de los iguales y la diferencia entre los desiguales, superando de esta forma el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta²².

La Corte Constitucional ha llamado la atención a fin de decantar que el objetivo del precitado principio no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público, la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad.

Es preciso tener en cuenta entonces que para ser objetiva y justa, la igualdad, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes, pues el principio *“...exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya que por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta...”*²³

Por lo tanto, el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación, dado que por tratarse de circunstancias de hecho diferentes, pueden ser atendidas en forma distinta de conformidad con la ley, atendiendo eso sí, a criterios de proporcionalidad y razonabilidad que garanticen un trato posible y adecuado. Al respecto dijo la Corte:

²¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, sala de decisión No. 4 Mp. José Ascencion Fernández Osorio, sentencia del 25 de abril de 2017 radicado 150013333004-2015-00149-01.

²² SENTENCIA C-221 DE 1992. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C- 094 de 1993, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

“...La jurisprudencia constante de esta Corporación también ha señalado que el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada.

Cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos - fáctico, legal o administrativo y constitucional - en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución).

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, ha sostenido que la igualdad de trato queda violada cuando carece de justificación objetiva y razonable. “La existencia de una justificación semejante - dice la Corte - debe apreciarse en relación con la finalidad y con los efectos de la medida examinada, sin desconocer los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”²³...”²⁴

Acorde con lo expuesto hasta aquí, debe concluirse que no se está ante un caso de inconstitucionalidad por omisión y que por ello no es viable reconocer a favor del actor el incremento en el porcentaje de la prima de actividad que hace parte de su asignación de retiro, aplicando el Decreto 2863 de 2007, dado que el mismo no incluyó al personal de Agentes de la Policía, situación que no configura violación al principio de igualdad, pues luego de efectuado el cotejo de las condiciones en que se encuentra el sujeto que invoca la aplicación del principio (Agente), versus la del resto de personal al que el legislador previó un trato diferente (Oficiales y Suboficiales), se logró identificar la existencia de circunstancias distintas que permiten la existencia de un trato diferenciado.

• Del principio de oscilación

Considera la parte actora que a través del principio de oscilación se garantiza el reajuste periódico de las asignaciones de retiro *“...cuyo referente es la variación de las asignaciones en actividad. Este método busca que las prestaciones vitalicias por retiro se incrementen al menos anualmente, en el mismo porcentaje en que se incrementa las asignaciones en actividad correspondiente al mismo grado...”* (f. 6 vto)

Al respecto, el Consejo de Estado al momento de referirse al principio de oscilación ha señalado:

*“...se entiende que, en virtud del principio de la oscilación pensional, el personal uniformado retirado en goce de la asignación de retiro la devengará **sobre los factores señalados** que perciba el personal en “actividad”; de manera, que si se*

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1110 de 2001. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández

*elevan los factores salariales del personal en actividad, éstos repercutirán en el personal retirado en goce de la prestación periódica*²⁵. (Negrilla fuera de texto).

Al dirimir controversias similares a la que se analiza en el presente caso, esto es, la aplicabilidad del principio de oscilación para hacer posible que se aumente el porcentaje de la prima de actividad de conformidad con normas posteriores a la fecha en que se consolidó el derecho a percibir la asignación de retiro, el Consejo de Estado²⁶ señaló que el régimen aplicable a un miembro de la Fuerza Pública para efectos de establecer el porcentaje de inclusión en la base de liquidación de la asignación de retiro de la prima de actividad, se determina según el régimen vigente al momento en que se efectúe el retiro, al respecto señaló:

*“La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares 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”*²⁷. (Negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha analizado las razones por las cuales el que se establezca la inclusión de la prima de actividad en un mayor porcentaje al previsto en regímenes anteriores no afecta el principio de igualdad, apoyándose para el efecto en la sentencia C- 924 de 2005, en la cual la Corte Constitucional precisó que cuando existe una situación jurídica consolidada, **ésta no puede ser afectada por leyes posteriores pero tampoco quienes la detentan podrán acceder a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos**, al respecto indicó:

*“...La inconstitucionalidad que se propone por el actor se orienta a que se declare que, por un imperativo del principio constitucional de igualdad, los integrantes de la fuerza pública o sus beneficiarios cuya situación jurídica estaba vinculada al régimen pensional previo a la Ley 923 de 2004, tienen derecho de acceder a la pensión en las condiciones en ella previstas. Sin embargo esa apreciación es equivocada, puesto que entre los dos conjuntos de sujetos entre los cuales se plantea la comparación hay una diferencia en las circunstancias fácticas que tiene consecuencias jurídicas. El momento en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable. Se trata, por consiguiente, de conjuntos de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente. **Quienes con anterioridad a la promulgación de la Ley 923 de 2004 hubiesen perdido parcialmente su capacidad laboral por actos de misión del servicio o en simple actividad, tenían, para el momento en el que la nueva ley empezó a regir, una situación jurídica consolidada, la cual no puede verse afectada por leyes posteriores. En principio ello significa que tal situación no puede ser desconocida ni desmejorada por la nueva normatividad, pero también***

²⁵ SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B", Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO, 21 de junio del 2001. Radicación número: 25000-23-25-000-1998-3184- 01(3824-00), Actor: EXGELINO DE JESÚS LINARES

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia de 16 de abril de 2009. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07) Actor: BLANCA LUZ RESTREPO CORDOBA.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, MP. BERTHA LUCIA RAMIREZ, 26 de marzo de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07), Actor: OSCAR GOMEZ BRIÑEZ.

que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos (...)"

Dicha corporación al momento de hacer referencia a un tema similar al aquí expuesto señaló:

"(...) en la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido absolutamente clara, al determinar que la disposición aplicable en estos asuntos, es aquella vigente a la fecha del retiro²⁸, de manera que, no le es viable al demandante, exigir la aplicación de un régimen posterior, aún cuando este sea más favorable.

En el presente caso, el retiro del demandante se produjo el 17 de septiembre de 1994, es decir, en vigencia del Decreto 1213 de 1990, por lo que no le es aplicable el Decreto No. 4433 de 2004, que empezó a regir a partir del 31 de diciembre de 2004, ni el Decreto 2070 de 2003, que empezó a regir el 28 de julio de 2003, que posteriormente fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

Si bien, efectivamente la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año, crearon un nuevo régimen pensional y de asignación de retiro para la Fuerza Pública, la primera de las mencionadas se publicó en el Diario Oficial N° 45.777 del 30 de diciembre de 2004 y el segundo, en el Diario Oficial N° 45.778 del 31 de diciembre de 2004, siendo entonces desde éstas fechas, que empezaron a regir, bajo la regla general que indica que, la Ley produce efectos hacia el futuro; esto, por cuanto el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal, respecto de la aplicación de las leyes en el tiempo, dispone que ésta no obliga sino en virtud de su promulgación, la cual consiste en su inserción en el periódico oficial.

Situación está, que no contraría el principio de igualdad, pues como lo ha expresado la Corte Constitucional²⁹, el establecimiento de un régimen pensional más favorable, que no resulte aplicable a situaciones ocurridas en vigencia de una norma anterior, no es "per se" discriminatorio³⁰

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 28 de enero de 2010. Radicación n° 25000 23 25 000 2007 00900 01 (1615-08). Actor: Ismael Enrique Talero Suárez. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 16 de abril de 2009. Radicación N° 250002325000200210194 01. Actor: Blanca Luz Restrepo Córdoba. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". Consejero Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 26 de marzo de 2009. Radicación N° 730012331000200600964 01. Actor: Oscar Gómez Briñez.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-924/05. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. "El momento en el que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable. Se trata, por consiguiente, de conjuntos de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente. Quienes con anterioridad a la promulgación de la Ley 923 de 2004 hubiesen perdido parcialmente su capacidad laboral por actos de misión del servicio o en simple actividad, tenían, para el momento en el que la nueva ley empezó a regir, una situación jurídica consolidada, la cual no puede verse afectada por leyes posteriores. En principio ello significa que tal situación no puede ser desconocida ni desmejorada por la nueva normatividad, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma. Por consiguiente, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas entre sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos."

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: DR. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá D.C., tres (03) de mayo de dos mil diez (2010). Expediente N° 11001-03-15-000-

De acuerdo con lo anterior, es claro que el principio de oscilación no es aplicable para obtener aumentos en el porcentaje de la prima de actividad en virtud a regímenes posteriores más favorables como quiera que dicho principio no afecta a los factores de liquidación de las prestaciones sociales.

DEL CASO CONCRETO

El despacho observa de acuerdo con la hoja de servicios del señor Jorge Armando Zambrano Abril que ingresó el 15 de enero de 1979, siendo retirado del servicio el 11 de agosto de 1994, en el grado de agente regular de la policía nacional (f. 13), para un total de 15 años, 7 meses y 26 días.

Ahora bien, a través de la Resolución No. 3675 del 8 de julio de 1994, proferida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se le reconoció la asignación de retiro en una cuantía equivalente al 50% del sueldo básico de actividad correspondiente a su grado y partidas legalmente computables, siendo efectiva a partir del 11 de agosto de 1994; teniéndose en dentro de la asignación de retiro la suma equivalente al 15% de la prima de actividad (f. 10 expediente administrativo f. 74 y folio 18 y 19)

Así las cosas, es claro para el despacho que la entidad demandada reconoció la asignación de retiro teniendo en cuenta lo establecido en el Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, el cual establece en su artículo 101 que "*...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"

Como se puede observar el porcentaje reconocido al señor Jorge Armando Zambrano Abril, fue reconocida teniendo en cuenta la normatividad establecida para el efecto, por lo tanto y teniendo en cuenta que el cargo de agente no fue tenido en cuenta en la disposición que establecía el aumento de dicha prerrogativa, no es posible reconocer el aumento solicitado por el accionante.

Por otro lado y de acuerdo con los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales arriba señalados es claro que la inclusión de la totalidad de la prima de actividad en la base de liquidación de retiro, en los términos previstos en el Decreto 4433 de 2004, no puede realizarse con base en el principio de oscilación, razón por la cual

tal disposición sólo es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública que se retiraron con posterioridad a la fecha en que entró en vigencia dicho Decreto.

Finalmente y respecto a la aplicación de la sentencia del Consejo de Estado del 17 de octubre de 2014 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren radicado 2602-2011, siendo demandante el señor Miguel Ángel Hernández Hernández, considera el despacho que el mismo no resulta aplicable en esta oportunidad, pues como se ha venido reiterando el régimen aplicable en cada caso será el establecido al momento del reconocimiento de la asignación de retiro; se advierte que en dicha oportunidad dicha corporación al estudiar la posibilidad de dar aplicación al decreto 2070 de 2003, señaló:

“Ahora bien, el Decreto 2070 de 2003, entró a regir el 25 de julio de 2003 y el actor fue retirado por solicitud propia a partir del 3 de marzo de 2004, con disposición de retiro contenida en Resolución No. 00420 de 2 de marzo de 2004, es decir, que se comparte la argumentación del interesado, en el sentido de indicar que el Decreto 2070 era la norma que debía servir de sustento al reconocimiento de la Asignación de Retiro; empero, la administración efectuó el reconocimiento a través de Resolución No. 03467 de 13 de julio de 2004, con base en el Decreto 1213 de 1990”.

Como se puede advertir en aquella oportunidad el demandante había adquirido el derecho al reconocimiento de la prima de actividad en un monto igual al 50%, pues incluso disfrutó de dicha prerrogativa durante la prestación del servicio activo, siendo acreedor a su reconocimiento en la suma establecida en el Decreto 2070 de 2003; sin embargo en esta oportunidad el señor Jorge Armando Zambrano Abril adquirió el derecho a la asignación de retiro en vigencia del Derecho 1213 de 1990, por lo tanto, como ya se precisó no es posible aplicar un régimen jurídico diferente al establecido al momento de obtener su reconocimiento.

• COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:

Atendiendo lo contemplado en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., y dada la diferencia presentada en cuanto al tratamiento de la condena en costas y agencias en derecho el Despacho acogerá la reciente postura del Consejo de Estado³¹ que frente al particular concluyó lo siguiente:

“ el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre la condena en costas, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente deben aparecer causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP, descartándose así una apreciación solamente objetiva sobre el particular, que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas, pues se exige una valoración de la conducta”

En el caso concreto, el Despacho no encuentra ninguna causación de expensas que justifiquen su imposición, el Despacho impone No condenar en costas a la parte vencida.

³¹ Consejo de Estado Sentencia de unificación del 7 de diciembre de 2016. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. radicado N° 25000234200020130467601 (2686-2014)

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

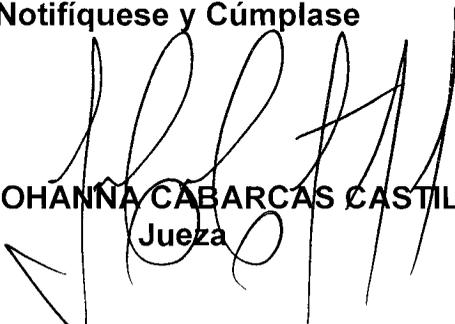
RESUELVE

PRIMERO- Negar las pretensiones formuladas por los señores Jorge Armando Zambrano Abril en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias pertinentes. Si existen excedentes de gastos procesales devuélvase al interesado, sin necesidad de auto que así lo ordene.

Notifíquese y Cúmplase


LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO
Jueza