



Función Pública

Sentencia 502 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00153-00(0502-11)

Actor: JOSE LUIS TENORIO ROSAS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Corresponde a la Sala decidir, en única instancia, la acción de simple nulidad formulada por el señor José Luis Tenorio Rosas contra la Nación - y los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y Defensa Nacional.

LA DEMANDA

JOSÉ LUIS TENORIO ROSAS, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado, declarar la nulidad de las siguientes expresiones:

"prima de ; liquidada sobre la", contenidas en los artículos 28, 28 y 29 de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 respectivamente, así mismo: "prima de"; "El personal (que la devengue en servicio activo) tendrá derecho a que se le compute para (reconocimiento de) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.", que forman parte del texto del párrafo de cada artículo mencionado.

Las pretensiones de la demanda tienen fundamento en los hechos que se describen a continuación:

Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y el de la Protección Social, presentaron ante el Senado de la República, proyecto de ley radicado No. 32 de 1991, por medio del cual se fija una nivelación salarial de las Fuerzas Armadas, esgrimiendo, entre otros, los siguientes argumentos:

"La desproporción en la escala salarial crea un grupo de oficiales mal remunerados, cuyo sueldo no guarda relación con el de sus superiores. Y es precisamente el grupo que está en contacto más estrecho con la tropa, y el más directamente responsable de las operaciones.

Como es de elemental justicia la nivelación de la escala se incluyó, en las normas sobre reajuste salarial, la autorización para que el Gobierno proceda a esa nivelación, estableciendo una escala porcentual única. En ella se debe corregir el tratamiento injusto a que están actualmente sometidos los oficiales con grados de Teniente Coronel o inferiores, todos los suboficiales, desde Sargento Mayor hasta Cabo Segundo, y los Agentes de la Policía Nacional."

El referido proyecto dio lugar a la expedición de la Ley 4ª de 1992, la cual, en su artículo 13, prescribió:

"ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º.

PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996."

En desarrollo del anterior mandato el Gobierno Nacional profirió los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, mediante los cuales se estableció la denominada prima de actualización.

NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas el actor señala las siguientes:

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 6º, 13, 53, 217 y 218.

De la Ley 4ª de 1992, el artículo 13.

Del Código Contencioso Administrativo, el artículo 84.

El accionante presenta el concepto de violación, en los siguientes términos:

Primer cargo: en la exposición de motivos del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, se encuentra demostrada la injusticia en el sistema de remuneración para el personal de Fuerzas Armadas, razones que indujeron al Legislativo para ordenar al Gobierno Nacional la nivelación, la forma de hacerlo y el tiempo que duraría.

El Gobierno Nacional, violó el artículo 13 de la Ley marco, porque no fue autorizado a crear una prima más, dentro del salario del personal activo y retirado de la Fuerza Pública; la norma en cita ordenó decretar un aumento anual obligatorio, y, adicionalmente, un reajuste a esa remuneración con otro porcentaje como nivelación, es decir se debieron realizar dos aumentos.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, el concepto de "prima" se refiere a la *"cantidad extra de dinero que se da a alguien a modo de recompensa, estímulo o agradecimiento"*. En este orden de ideas, el Gobierno Nacional, al crear la prima de actualización, quebrantó el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, toda vez que *"lo ordenado en la ley marco no era estímulo por buenos resultados o por cualquiera otra razón, la nivelación ordenada es gesto de equidad por la diferencia salarial que existe en fuerzas Armadas (sic), logrando que cada efectivo recibiera la remuneración que le correspondía por su labor especial."*

Adicionalmente, se quebranta el artículo 13 de la Carta Política, al establecer la nivelación ordenada en la remuneración mensual para un mínimo de personal que tenía antigüedad de hasta cinco años y para la gran mayoría, es decir, para el personal que tenía más de dicho tiempo no lo hizo, sino que les creó una prima temporal llamada actualización, la cual fue tenida como factor salarial durante el periodo que estuvo vigente.

Segundo cargo: Para sustentar este acápite del libelo demandatorio, el actor manifiesta:

"Lo cierto es que al personal activo del Ejército y la Policía Nacional, se nos canceló la prima de actualización mes a mes durante el periodo comprendido entre enero de 1993 a diciembre de 1995, pero terminada cada anualidad desapareció y a la fecha la nivelación ordenada en el artículo 13 de la Ley Marco 4ª de 1992 no se ha realizado, porque dichos porcentajes (sic) *no fueron adicionados a la remuneración como era la obligación del Gobierno Nacional*.

La forma como se dispuso la nivelación es ilegal y no ha permitido la adición de porcentajes decretados en la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, la única manera de lograr el cumplimiento de la ley y el restablecimiento de los derechos conculcados, es la declaratoria de nulidad solicitada de las expresiones *"prima de"; "liquidada sobre la"* contenidas en los artículos 28, 28 y 29 de los Decretos Reglamentarios 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, al igual "(...)" *"prima de"; "El personal (...) tendrá derecho a que se le compute para (...) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales"*. del párrafo de cada artículo de es norma." (sic).

Así, la solicitud de nulidad de las expresiones acusadas también se fundamenta en que al sustraer del ordenamiento jurídico las expresiones *"prima de; liquidada sobre la"*, necesariamente la actualización deberá adicionarse en la remuneración mensual y, por lo tanto, no sería necesario decir que *"se compute"* en la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones. Además, de mantenerse tales expresiones se causaría confusión en torno a la aplicación de la norma.

De otro lado, es oportuno señalar que los artículos y los párrafos de los Decretos Reglamentarios demandados fueron derogados año a año; sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún continúan surtiendo efectos por el principio de ultractividad y, en consecuencia, resulta procedente darle trámite a esta demanda.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

El Departamento Administrativo de la Función Pública, se opuso a las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos:

En cuanto a la facultad del Ejecutivo para determinar el régimen salarial y prestacional de la fuerza pública, aduce que la Constitución Política, en su artículo 150, otorga la prerrogativa al Congreso de la República, de hacer las leyes y dentro de esa potestad se encuentran las leyes generales o leyes marco o cuadro, y a través de ellas le corresponde entre otras, *"fijar el régimen salarial y de prestaciones sociales de los servidores públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública..."*. En desarrollo de la anterior prerrogativa constitucional, se expidió la Ley 4ª de 1992 que confiere al Ejecutivo la potestad de fijar las asignaciones salariales.

El artículo demandado fue expedido siguiendo las premisas de la Ley 4ª de 1992, en este orden corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de varios grupos de servidores del Estado.

Ninguna nivelación puede ordenarse sin consultar los parámetros generales establecidos en la Ley Marco de Salarios, es decir, sin consultar los estudios de factibilidad, de concertación, de orden económico, de índole presupuestal, entre otros, que la hagan posible.

El artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, constituye una pauta general para que el Gobierno Nacional expidiera las regulaciones contenidas en los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, dictados en cumplimiento del artículo 13 de la misma ley, entonces, debe entenderse que el Gobierno Nacional se ajustó con rigor constitucional y legal en la expedición de las citadas normas.

Por estas razones, solicita denegar las súplicas de la demanda de nulidad y en su lugar declarar la legalidad material de las expresiones acusadas.

A su vez, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Defensa, presentaron contestación de la demanda en similares términos

con los siguientes argumentos (fls. 93 a 122 y 153 a 170, respectivamente):

Proponen la excepción de cosa juzgada, sosteniendo que dichos apartes ya fueron declarados nulos por esta jurisdicción.

La sentencia de 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, ya se había pronunciado sobre la nulidad de las expresiones *"que la devengue en servicio activo"* y *"reconocimiento de"* del párrafo el artículo 28 de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994, "(...)". Así como la sentencia de 7 de noviembre de 1997, sobre el Decreto 133 de 1995.

Puntualizan que dicha prima únicamente estuvo vigente del 1 de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1995, porque a partir de enero de 1996, se estableció la escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional con el Decreto 107 de 15 de enero de 1996.

Resaltan que: *"la prima de actualización consistió en un factor retributivo TEMPORAL tendiente a nivelar la remuneración de estos servidores en forma gradual hasta llegar a una escala salarial única, con repercusión en el personal en goce de asignación de retiro durante el lapso de su vigencia. Al desaparecer dicha prima no se causa lesión alguna al personal en retiro porque la retribución del personal en actividad se niveló y mejoró, con las correspondientes repercusiones del caso en el personal retirado."*

Igualmente es procedente subrayar que la pensión de jubilación o el derecho a gozar de asignación de retiro, como es bien sabido es una prestación imprescriptible, por tal razón su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no se hallan amparadas por esta excepción, "(...)".

Señalan, además, los aspectos generales de la nivelación salarial y prima de actualización, resaltando que en virtud de las facultades constitucionales conferidas por el artículo 215 de la Carta Política, y en desarrollo del Decreto 333 de 24 de febrero de 1992, el Gobierno Nacional mediante Decreto Legislativo 335 de 1992, fijó los sueldos básicos para el personal en servicio activo de la Fuerza Pública, creando en su artículo 15 la prima de actualización para Oficiales y Suboficiales condicionando el derecho a percibirla en servicio activo.

En este orden, la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 335 de 1992, mediante las sentencias C-005 de 1992 y C-97 de 1993.

Agregan que el proceso utilizado por el Gobierno Nacional para llevar a cabo la nivelación salarial, de acuerdo con la Ley, consistió en tres pasos: *"1.) Definió que habría que llegar a una escala salarial gradual porcentual al finalizar el tiempo definido por la Ley 4ª de 1992 para realizar la nivelación salarial (1992 - 1996). 2.) Estableció una prima de actualización, de carácter temporal, que se pagaría únicamente a miembros de la Fuerza Pública del servicio activo. y 3.) Al año siguiente esa prima de actualización era incorporada a la asignación básica."*

Al realizar esta última acción, el incremento se volvía permanente y por principio de oscilación beneficiaba también al personal retirado; consecuentemente, la prima de actualización se convertía en el instrumento para realizar la nivelación salarial, una vez se incorporaba a la asignación básica. Nótese que la nivelación se define como la implementación de la escala porcentual que incluía los incrementos reales de la asignación básica planteados "(...)".

Se tiene entonces, que la prima de actualización fue establecida dentro de las políticas de nivelación salarial contempladas en la Ley 4ª de 1992, nivelación que fue realizada dentro del quinquenio de 1992 a 1996, culminando con la consolidación de la escala gradual única porcentual; así mismo, es claro que la nivelación se realizaba con la fijación de los sueldos básicos de donde se infiere que en los mismos, incluían todos los incrementos y nivelaciones dispuestos por el legislador y el Gobierno Nacional.

Por lo expuesto, solicitan desestimar las súplicas de la demanda por considerar válidos los criterios del Gobierno al momento de expedir los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El accionante presenta alegatos de conclusión argumentando lo siguiente (fls. 201 a 216):

Manifiesta que ratifica lo planteado en la demanda, sostiene que para mantener incólume la Carta Política, se debe dar cumplimiento al artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, para lograr la igualdad entre los miembros de la Fuerza Pública.

Con la expresión "prima de actualización" el Gobierno Nacional le hizo "conejo" a lo ordenado en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 y solo creó confusión y caos jurídico.

Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en sus alegatos de conclusión, afirma (fls. 217 y 218):

"(...) "Al considerar que las razones que sustentan la legalidad material de los preceptos acusados fueron ampliamente expuestas y suficientemente sustentadas en el escrito de contestación y, además, que no se han presentado novedades procesales que ameriten un pronunciamiento complementario sobre el tema planteado en el sub lite, en aras de la brevedad, me permito reiterar en el presente alegato las razones de defensa expuestas por esta entidad."

De manera que habiendo desaparecido del mundo del derecho la prima de actualización prevista en las normas demandadas, mal pueden ahora enjuiciarse segmentos integrantes de los preceptos que la regulan."

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expone sus alegatos a folios 220 a 233 y el Ministerio de Defensa a folios 251 a 266, reiterando sus argumentos de defensa, en iguales términos a los expuestos en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó a la Sala declararse inhibida para conocer de fondo el asunto, con las siguientes consideraciones (fls. 268 a 275):

De conformidad con la demanda, el problema jurídico se contrae a definir si los apartes demandados de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, deben ser anulados por ser violatorios del artículo 13 de la Constitución y el 13 de la Ley 4ª de 1992.

Considera pertinente hacer un recuento del transcurrir de las normas que regularon la prima de actualización para los Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Es así que, el Congreso de la República, expidió la Ley 4ª de 1992, mediante la cual señala objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Acorde con lo anterior, y al revisar el párrafo del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, se observa que el legislador autorizó al Gobierno Nacional para que fijara una escala gradual, con el objeto de nivelar la remuneración de los servidores de la Fuerza Pública, y el párrafo 1º circunscribió a un período determinado, esto es, por el término comprendido entre los años de 1993 y 1996; en cumplimiento, se expidieron los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

Posteriormente, se solicitó la nulidad de la expresión "*que la devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*" del párrafo del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, la cual se resolvió mediante sentencia de 14 de agosto de 1997. Así mismo, el Decreto 133 de 1995 fue demandado respecto de las mismas expresiones y, mediante sentencia de 6 de noviembre de 1997, se declaró la nulidad de la norma acusada acogiendo los argumentos expuestos en la sentencia anteriormente citada.

Reitera que la prima de actualización estuvo vigente entre el 1º de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995. A partir de enero de 1996 se estableció la escala porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, con el Decreto 107 de enero 15 de 1996.

La prima de actualización debe entenderse como un factor temporal de remuneración, cuyo objetivo fue la nivelación salarial de manera gradual y escalonada, hasta alcanzar una escala salarial única, lo que se logró en el período comprendido entre 1992 a 1995.

Concluye que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperar, las normas acusadas a la fecha no existen en el mundo jurídico y el Decreto 107 de 1996 concretó la nivelación salarial a los miembros de La Fuerza Pública, por ello solamente hasta el año 2001, se podía solicitar el reconocimiento de la prima de actualización.

CONSIDERACIONES

Previo a establecer el problema jurídico que debe ocupar la atención de la Sala, se analizará la excepción de cosa juzgada, propuesta por la parte accionada, pues se relaciona directamente con la procedencia de la acción de nulidad, es decir que en caso de prosperar, impedirá efectuar un pronunciamiento de mérito en esta instancia.

Sobre la cosa juzgada.

Acude el demandado al principio de cosa juzgada, solicitando que se reitere lo decidido en la Sentencia de 14 de agosto de 1997, en la cual el Consejo de Estado, Sección Segunda, declaró la nulidad parcial de los Decretos Nos. 25 de 1993 y 65 de 1994, que reconocían una remuneración para personal en servicio activo y que excluían al personal retirado.

Así, el artículo 28 del Decreto No. 25 de 1993 fijó los salarios y en su párrafo restringió la prima de actualización al personal "*que se encuentre en servicio activo...*". "*y reconocimiento de*". Por su parte, el artículo 28 del Decreto 65 de 1994 contenía idéntica restricción.

De otro lado el Decreto No. 133 de 1995, también fue objeto de nulidad parcial de las mismas expresiones contenidas en el artículo 29, mediante sentencia de 6 de noviembre de 1997, que acogió lo dispuesto en la sentencia ya citada.

Como es conocido, la cosa juzgada está llamada a garantizar la unidad de la jurisdicción, de modo que solamente haya un pronunciamiento sobre la misma materia. Así, cuando la jurisdicción se agota con una decisión, ésta se vuelve intangible por antonomasia y ningún otro juez puede volver sobre el asunto, pues de hacerlo, sería posible el hallazgo de dos sentencias contradictorias sobre idéntica controversia lo cual desconocería la unidad de jurisdicción y lesionaría la seguridad jurídica, pues la aplicación de unas mismas normas a un caso idéntico, no puede conducir razonablemente a resultados distintos.

De la misma manera, la cosa juzgada constitucional está prevista para prohibir a todas las autoridades la reproducción de un acto declarado inexecutable, mientras subsistan en la Constitución los preceptos que dieron origen a la exclusión del acto del ordenamiento jurídico.

La cosa juzgada que impide un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia, supone que previamente el Juez se haya ocupado exactamente del mismo asunto, es decir, la cosa juzgada exige que haya una triple coincidencia o identidad entre el asunto ya juzgado y el que de nuevo es llevado a la jurisdicción. Dicho con otras palabras la pretensión debe ser idéntica, la causa de esa pretensión ha de ser la misma y las partes deben coincidir.

En el presente caso el alegato de cosa juzgada no cumple las anteriores exigencias, respecto de los artículos 28, 28 y 29 respectivamente de las normas acusadas y de los párrafos de los mismos, pues, la base material y sustancial de la controversia no es la misma.

Se advierte entonces, que la nulidad de la expresión "*que la devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*" del párrafo del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, se resolvió mediante sentencia de 14 de agosto de 1997. Así mismo, el Decreto 133 de 1995 fue demandado respecto de las mismas expresiones y mediante sentencia de 6 de noviembre de 1997 se declaró la nulidad parcial de la norma acusada acogiendo los argumentos expuestos en la sentencia anteriormente citada; resulta ser una acción en términos y pretensiones distinta a la presente solicitud.

Lo anterior en razón a que, la nulidad de las expresiones: "*que la devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*", perseguía darle alcance de la mencionada prima de actualización al personal retirado de la fuerza pública, de conformidad con dispuesto en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992; mientras la acción que nos ocupa, busca la supresión de los otros términos que son parte de los artículos ya citados, como son: "prima de ; liquidada sobre la", y de los párrafos *ibídem*: "prima de"; "El personal (...)" tendrá derecho a que se le compute para (...) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.", tiene la finalidad de que al suprimir la palabra "prima", y al quedar actualización únicamente, ese pago se debe adicionar a la remuneración mensual y en consecuencia no sería necesario manifestar que se "compute en la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales"; por lo que consecuentemente dicha nivelación debía ser un incremento adicional en la remuneración mensual.

En este orden de ideas, la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada no está llamada a prosperar en la medida en que no se dan los presupuestos de coincidencia o identidad entre el asunto ya resuelto y la presente acción.

Así las cosas, el problema jurídico del que enseguida se ocupa el Consejo de Estado, concierne en decidir si las expresiones demandadas vulneran el artículo 13 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992.

Para tal fin, se abordarán los siguientes aspectos: i) De las normas acusadas; ii) De la potestad reglamentaria; y, iii) De la prima de actualización.

i) De los apartes de las normas acusadas:

DECRETO 25 DE 1993

(Enero 7)

Diario Oficial No. 40.711, de 7 de enero de 1993

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio 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.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992,

DECRETA:

"(...)"

ARTÍCULO 28. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una "prima de" actualización en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, "liquidada sobre la" asignación básica, así:

Los Agentes de los Cuerpos Profesionales de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación, liquidada sobre la asignación básica, según la antigüedad en el grado, así:

PARÁGRAFO. <Apartes tachados NULOS (sentencia de 14 de agosto de 1997)> La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4a. de 1992. "El personal" que la devengue en servicio activo "tendrá derecho a que se le compute" para reconocimiento de "asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

DECRETO 65 DE 1994

(enero 10)

Diario Oficial No. 41.168, de 11 de enero de 1994

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales

de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional 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.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4ª de 1992,

DECRETA:

"(...)

ARTÍCULO 28. De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una "prima de" actualización en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, "liquidada sobre la" asignación básica, así:

Los Agentes de los Cuerpos Profesionales de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación, liquidada sobre la asignación básica, según la antigüedad en el grado, así:

PARÁGRAFO. <Apartes tachados NULOS /sentencia de 14 de agosto de 1997> > "La prima" de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la ley 4ª de 1992. "El personal" que la devengue en servicio activo "tendrá derecho a que se le compute para" reconocimiento de "asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

DECRETO 133 DE 1995

(enero 13)

Diario Oficial No. 41.676, de 13 de enero de 1995

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, 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 fijan las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992,

DECRETA:

"(...)"

ARTÍCULO 29. <Aparte tachado declarado NULO (sentencia de 14 de agosto de 1997)> De conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992-1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una "prima de" actualización en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, "liquidada sobre la" asignación básica, así:

OFICIALES

Teniente Coronel o Capitán de Fragata

4.0%

Mayor o Capitán de Corbeta

14.0%

Capitán o Teniente de Navío

4.0%

Teniente o Teniente de Fragata

3.0%

Subteniente o Teniente de Corbeta

3.0%

SUBOFICIALES

Sargento Mayor, Suboficial Jefe Técnico o

Suboficial Técnico Jefe

5.0%

Sargento Primero, Suboficial Jefe o Suboficial

Técnico Subjefe

5.5%

Sargento Viceprimero, Suboficial Primero o

Suboficial Técnico Primero

5.0%

Sargento Segundo, Suboficial Segundo o

Suboficial Técnico Segundo

4.0%

Cabo Primero, Suboficial Tercero o Suboficial

Técnico Tercero

4.0%

Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico

Cuarto

4.0%

Los Agentes de los Cuerpos Profesionales de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una "prima de" actualización en los porcentajes que se indican a continuación, liquidada sobre la asignación básica, según la antigüedad en el grado, así:

ANTIGÜEDAD EN AÑOS PORCENTAJES

Al cumplir el primer año de servicio y hasta terminar el cuarto año de servicio 8.0%.

Al cumplir el quinto año de servicio y hasta terminar el décimo año de servicio 10.0%.

A partir del undécimo año de servicio 17.0%.

PARÁGRAFO. <Aparte tachado NULO (sentencia de 6 de noviembre de 1997)> "La prima" de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4ª de 1992. "El personal" que la devengue en servicio activo "tendrá derecho a que se le compute para" reconocimiento de "asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

Corresponde al Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo el control jurisdiccional de los actos que se examinan, ejercido en única instancia, por tratarse de actos expedidos por el Presidente de la República, máxima autoridad administrativa del orden Nacional.

ii) De la Potestad Reglamentaria.

Los actos acusados fueron expedidos por el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, que dispone: "*ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.*"

El ejercicio de la potestad de reglamentar las leyes, atañe al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico. El concepto de fuentes del Derecho, concebido por Savigny, expresa por fortuna que el origen de las normas jurídicas tiene enorme importancia en su fuerza y eficacia. La jerarquía de las normas jurídicas luego desarrollada por Kelsen, señala que no todas las fuentes tienen el mismo valor y que, por tanto, las normas

expedidas por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, en tanto tienen, en el sistema de fuentes una jerarquía inferior al de las normas constitucionales y legales, no pueden transgredir los preceptos de este orden.

Uno de los rasgos esenciales del Estado de Derecho es la separación de poderes, de modo que a cada autoridad le está asignada una función que debe ejercer dentro de unos límites específicos a los que está ligado; esto es, ha de cumplirla de modo que no haya el peligro de invadir el ámbito de competencias de otros funcionarios. La delimitación estricta de funciones impide la concentración del poder y se erige en una restricción necesaria para garantizar que una sola autoridad no atraiga sobre sí potestades desmedidas. Esta consideración explica la responsabilidad de los funcionarios por extralimitación de sus funciones, como nítidamente se establece en el artículo 6º de la Carta Política y se desarrolla en leyes especiales que regulan la responsabilidad personal y política. Así, la debida separación de los poderes públicos debe impedir que el Presidente de la República asuma funciones legislativas, lo que podría hacer so pretexto de ejercer la potestad reglamentaria, si es que de ese modo asume una competencia reservada al legislador.

Para averiguar si hay riesgo de que el Presidente de la República asuma competencias propias del legislador, es menester acudir a los artículos 151, 152 y 153 de la Constitución, que ilustran sobre el campo reservado exclusivamente al legislador. Hecha la revisión de las normas Constitucionales, en ellas no se advierte que el constituyente haya guardado para el legislador y de modo exclusivo, dictar las reglas sobre la materia que en este caso fue desarrollada por el Presidente de la República.

De otro lado, la violación de la potestad reglamentaria puede venir de que el Presidente de la República, contraría la voluntad de la propia ley reglamentada u otra del mismo linaje, lo que acontece cuando la Ley de manera expresa ya se ocupó de la materia, y el Reglamento Presidencial la controvierte, modifica o desconoce su exacto sentido. Desde luego que un decreto reglamentario no podría desconocer los mandatos de la ley reglamentada, pues la actividad del Presidente de la República prevista en el artículo 189 de la Constitución, es complementaria de la ley y no podría contravenir la voluntad del legislador, pues el control de la actividad legislativa corresponde a la Corte Constitucional y el Presidente no podría enmendar la tarea al legislador, si en su momento no hizo la objeción de esa ley por inconstitucionalidad o inconveniencia. Es claro entonces que las potestades legislativa y reglamentaria se expresan en distintos planos, y que el Presidente de la República no puede ir contra la ley reglamentada u otra que exista sobre la materia.

Tampoco podría el Presidente de la República saturar el ordenamiento, reglamentando lo que ya ha sido objeto de regulación por el propio legislador, pues si repite exacto el contenido de las normas reglamentadas, violaría el principio conocido como "*prohibición de la tautología legal*".¹ Pero si en lugar de repetir la misma regla puesta por el legislador, contraría su sentido, habría abuso de la potestad reglamentaria, pues de conformidad con el artículo 189, numeral 10º de la Carta Política al Presidente de la República le corresponde "*Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*", lo cual desde luego excluye que pueda desconocer su contenido, o so pretexto de reglamentar una ley, aniquilar sus efectos.

Igualmente, el artículo 189 numeral 11 de la Carta establece la premisa de "necesidad de la reglamentación", es decir, que haya un vacío normativo que impida la cumplida ejecución de la ley, que por tanto haga imprescindible la provisión de un reglamento por parte del Gobierno.

Entre tanto, es preciso resaltar que cuando se trata de estudiar la legalidad de decretos que desarrollan leyes marco, esta Corporación ha expresado que en torno a esa clase de Decretos se parte de la premisa que la competencia del Gobierno es más amplia; sin embargo, ello no puede dar lugar a desnaturalizar o desbordar el alcance de la norma a desarrollar. Al respecto, se ha indicado²:

"Desde la reforma constitucional de 1968, que significó la atribución al Presidente de la República de una facultad nueva en el ejercicio de su potestad reglamentaria, de acuerdo a lo que establecía el numeral 22 del artículo 120 de la antigua Constitución Política³, surgió en el escenario de los decretos reglamentarios del Presidente, una modalidad de actos jurídicos de este tipo, que participa de injerencias sustanciales con la potestad inmanente en el Ejecutivo, de reglamentar la ley para conseguir su efectiva aplicación, y en forma contemporánea, de cierta amplitud reguladora que los aproxima al nivel y jerarquía con la competencia ordinaria del ente Legislativo. (...)

(...)si bien debe admitirse que los reglamentos que desarrollan leyes marco gozan de una mayor amplitud regulatoria en consideración a que la ley marco por su propia estructura normativa, no puede contener mas que parámetros, criterios y principios generales, por lo que esa mayor amplitud no está exenta de la necesaria coincidencia axiológica que el decreto debe guardar con la ley que define los ámbitos generales que justifican precisamente la expedición del decreto."

iii) De la prima de actualización.

Como premisa inicial se debe dejar sentado que los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, son de la misma naturaleza jurídica, es decir, su esencia es la de ser decretos reglamentarios, toda vez que se expidieron en cumplimiento de la Ley Marco.

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

En desarrollo de esos mandatos el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron establecer una prima porcentual de actualización (Prima de actualización) sobre la asignación básica devengada por Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Sin embargo, los Decretos mencionados erigieron esta prima de actualización sólo para el personal "*en servicio activo*", situación que a la postre

fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante Providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No. 11423, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho de igualdad de los Oficiales y Suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Ahora bien, el actor esgrime los cargos que a continuación se sintetizan en orden a obtener la declaratoria de nulidad parcial de los actos acusados:

El primer cargo:

El accionante solicita la nulidad de las expresiones "prima de; liquidada sobre la" contenidas en los artículos 28, 28 y 29 de los Decretos Reglamentarios 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, por considerar que el Gobierno Nacional violó el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, porque lo modificó al reglamentarlo, en la medida en que éste no le autorizó para crear una prima, sino que ordenó la nivelación de la remuneración del personal de la Fuerza Pública y, por lo tanto, el Gobierno debía decretar el aumento anual obligatorio y adicionalmente reajustar dicha remuneración, con otro porcentaje como nivelación.

Adicionalmente, la forma como se estableció el aludido beneficio, evidencia una vulneración al derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.

El segundo cargo:

La demanda también se orienta a obtener la anulación de los términos "prima de"; "El personal (...) tendrá derecho a que se le compute para (...) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales" contenidos en el parágrafo de los mismos artículos de los Decretos mencionados.

El actor afirma que al sustraer del ordenamiento jurídico las expresiones acusadas, necesariamente la actualización deberá adicionarse en la remuneración mensual y, por lo tanto, no sería necesario decir que "se compute" en la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones.

Una vez precisado lo anterior, se observa que previo a cualquier juicio de legalidad, es pertinente realizar un estudio en torno al desarrollo del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, para luego decidir si las normas acusadas contrarían el ordenamiento jurídico superior.

En primer lugar, es preciso mencionar que el Decreto Legislativo 335 de 1992, creó la Prima de Actualización con carácter eminentemente temporal, encaminada a nivelar la escala salarial para los servidores de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Así lo señala ésta norma en el parágrafo del artículo 15:

"La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia nata cuando se establezca la escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional."

A su turno, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-005 de 1992, declaró la exequibilidad del mencionado Decreto, con base en los siguientes argumentos:

"Ahora bien, confrontadas las causas que dieron origen a la emergencia social con el contenido del Decreto 335 de 1992, considera la Corte, en desacuerdo en esa parte con el Procurador General de la Nación y el impugnante, que dicho ordenamiento en su integridad se aviene a los preceptos de la Constitución Política, pues las medidas allí adoptadas tienen como fin único el de conjurar la crisis social que amenazaba producirse.

(...)

En este orden de ideas, como en el decreto que se examina se fijan los sueldos básicos mensuales, gastos de representación, bonificaciones, prima de navidad, subsidio y prima de alimentación, prima de actualización, prima de antigüedad y viáticos para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, empleados públicos del Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares, Policía Nacional, y personal civil y militar de la Armada Nacional (artículos 1 a 15); se crea una bonificación para los pensionados por disminución de la capacidad sico-física o absoluta (artículo 16), se determina el porcentaje de afiliación que deben pagar quienes gocen de asignación de retiro o pensión para servicios médico-asistenciales y la Caja de Sueldos de Retiro (artículos 18, 19 y 20) y se incluye el mecanismo procedimental requerido para el pago de los emolumentos creados (artículo 21), será declarado exequible por no violar el artículo 215 de la Constitución Nacional, ni ningún otro canon constitucional, además de que no desmejora los derechos sociales de los trabajadores.

Ahora bien, la exequibilidad que se predica del Decreto en examen está sustentada, además de lo dicho, en la circunstancia específica del tránsito entre la antigua y la nueva Constitución. Ese motivo explica el por qué se admite que el Presidente de la República haya acudido al mecanismo extraordinario previsto en el artículo 215 de la Carta sin acoger la vía constitucional indicada en el artículo 150 numeral 19, literal e), a cuyo tenor la función presidencial, en cuanto se refiere al régimen de salarios y prestaciones de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, exige la previa expedición de una ley marco que define las normas generales, los objetivos y criterios que la delimitan.

En efecto, la excepcional situación social reconocida por la Corte tanto en este fallo como en el relativo a la revisión oficiosa del Decreto 333 de 1991, tuvo su origen, entre otras causas, precisamente en la ausencia de la ley marco en mención, la cual a su vez obedece al cambio en la normatividad constitucional. Una vez superada la etapa de transición y cuando exista ya un marco trazado por el legislador sobre la materia, dentro del cual pueda resolverse la crisis, no podrá acudir al expediente de la emergencia para evadir las limitaciones fijadas en la ley correspondiente, pues las nuevas disposiciones deberán acomodarse a la ley cuadro respectiva, tanto aquellas que deroguen o modifiquen los decretos que ahora se examinan como las que regulen otros aspectos de la materia de que se trata, ya que todas estarán al mismo nivel normativo, ostentarán igual índole derivada y se dictarán con apoyo en el artículo 150, 19, e) constitucional.

En este orden de ideas, es preciso anotar que en el Decreto 335 hay, mezcladas, disposiciones de dos naturalezas normativas diferentes: aquellas que reemplazaron al legislador ordinario y que, en consecuencia, son del tipo de las leyes cuadros de que trata el artículo 150, 19, e) constitucional, de un lado, y de otro lado aquellas que correspondían al ejecutivo de manera ordinaria, como desarrollo de las leyes cuadros, y que, en consecuencia, son del tipo de los decretos de que trata el artículo 189, 14 constitucional.

Luego en el futuro las materias del Decreto 335 que son de naturaleza propia de una ley cuadro sólo podrán ser reformadas por medio de una ley cuadro que dicte el legislativo, mientras que las materias que son de naturaleza administrativa que desarrolla dicha ley sólo podrán ser reformadas por el ejecutivo mediante esta clase de decretos."

En consonancia con lo anteriormente expuesto, especialmente teniendo en cuenta que el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública concernía a una competencia compartida entre el Legislador y el Ejecutivo Nacional, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª del 18 de mayo de 1992, *"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literales E) y F) de la Constitución Política"*, norma ésta que confiere al Presidente una prerrogativa general para regular la escala salarial de los miembros de la Fuerza Pública.

Se trata de materias objeto de regulación por el mecanismo Constitucional de las leyes marco, particularmente aquellas previstas en el numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, respecto de ellas la Constitución impone una actividad estatal que se desenvuelve en una fase legislativa que ejerce el Congreso, para fijar las reglas generales, pautas, objetivos y criterios; y una ejecutiva a cargo del Presidente de la República, que atañe a la realización de los fines del legislador y el logro de la política económica que corresponde dirigir al Ejecutivo.

El Presidente de la República tiene entonces competencia para desarrollar la ley marco, fijando las directrices necesarias para atender los requerimientos de los trabajadores en los términos establecidos por la Ley 4ª de 1992. Así, de acuerdo con las necesidades y conveniencias sociales, económicas y laborales, el Gobierno podrá desarrollar la materia salarial, con sujeción a una política económica propia, operando dentro de los parámetros de la Ley Marco.

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

En desarrollo de esos mandatos el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en los artículos, 28, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización (Prima de actualización) sobre la asignación básica devengada por Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la cual tuvo el carácter de temporal y su vigencia fue dispuesta hasta que se consolidara la escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración de los servidores activos y retirados.

En este orden, consultando la historia legislativa de la norma contenida en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, se puede constatar que la finalidad no era igualar el salario y prestaciones de los miembros de la Fuerza Pública, sino establecer una nivelación en la remuneración de dicho personal, a partir de la fijación de una "escala gradual porcentual" que, a su vez, mejoraría la situación laboral de sus beneficiarios. Sin embargo, la norma no fijó criterios específicos en cuanto a la forma en que ello tendría lugar, ni sobre el porcentaje que debería asignarse para lograr la nivelación ordenada, es decir que estos aspectos hacen parte del margen de configuración radicado en cabeza del Gobierno.

Por su parte, el Senado de la República justifica la referida nivelación en la necesidad de aproximar el monto de las remuneraciones mensuales de los suboficiales y oficiales de menor rango a los que devengaban los oficiales superiores. De la Exposición de la ponencia para primer debate se puede citar lo siguiente: "(...) *"Como es de elemental justicia la nivelación de la escala, se incluyó, en las normas sobre reajuste salarial, la autorización para que el Gobierno proceda a esa nivelación, estableciendo una escala gradual porcentual única. En ella se debe corregir el tratamiento injusto a que están actualmente sometidos los oficiales con grados de Teniente Coronel o inferiores, todos los suboficiales, desde Sargento Mayor hasta cabo Segundo, y los Agentes de la Policía Nacional.*

Tanto la nivelación como el reajuste producirán efectos a partir del 1º de enero de 1992."

A su turno, la Cámara de Representantes, se refirió a una escala de nivelación progresiva en los siguientes términos: *"También respecto de las Fuerzas Armadas (sic), el personal civil a su servicio, así como los retirados y considerando además la necesidad de ordenar de la mejor manera todo lo relativo al campo de aplicación de la presente ley, estimamos pertinente proponer el siguiente nuevo artículo:*

Artículo 18. En desarrollo de la presente ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar las remuneraciones del

personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2°

Ahora bien, el accionante afirma que el Gobierno Nacional violó el artículo 13 de la Ley marco, porque no fue autorizado a crear una prima más dentro del salario del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, sino que lo procedente era decretar un aumento anual obligatorio y adicionalmente un reajuste a esa remuneración con otro porcentaje a título de nivelación.

En torno a la anterior argumentación, se observa que la inconformidad del accionante se contrae a la denominación utilizada por el Gobierno para llevar a cabo la nivelación ordenada; sin embargo, es preciso resaltar que el Juez al momento de estudiar la legalidad de un decreto reglamentario de una Ley marco no sólo debe hacer una confrontación literal de las normas objeto de comparación sino que también debe analizar el catálogo axiológico y los objetivos consignados en la voluntad del legislador, en orden a realizar un análisis objetivo y razonado que viabilice en mejor medida las garantías constitucionales, así como el efecto útil de la norma, es decir que *"la naturaleza misma de la ley marco obliga a que el control de los decretos que la desarrollan deba necesariamente ser de contenido"*³.

En este contexto, es oportuno indicar que los decretos demandados no se encuentran viciados de nulidad por el hecho de que el Gobierno, al momento de desarrollar el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, haya acudido a la expresión "prima" para calificar el beneficio de carácter salarial que con ello se establecía, pues independiente del nombre que se le haya dado, la única interpretación acorde con lo dispuesto en la ley marco, es la de un incremento de los porcentajes de la escala salarial, para, entre otras cosas, observar un principio de proporcionalidad que condujera a una justicia salarial conforme con los principios de igualdad consagrados en la Constitución Política.

Ahora bien, el accionante, solicita la supresión de las expresiones *"prima de"; "liquidada sobre la"*, contenidas en los artículos 28, 28 y 29 de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 respectivamente.

Sin embargo, si se accediera a la pretensión de suprimir las aludidas expresiones se cambiaría la estructura de las normas acusadas, pues la redacción de las mismas fue concebida específicamente en desarrollo del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, cuya finalidad fue ordenar el establecimiento de una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración de los miembros activos y retirados de la Fuerza Pública.

Por la mencionada razón, se creó de manera temporal una prima de actualización en los porcentajes que en las normas acusadas se indican para cada grado, liquidada sobre la asignación básica y vigente mientras se cumpliera tal objetivo, el cual, en todo caso, tuvo un desarrollo paulatino a partir de los decretos acusados. En efecto, esta prima, según el parágrafo del mismo articulado demandado, se otorgaría hasta cuando se consolidara una escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, lo cual ocurrió a partir de la expedición del Decreto 107 de 1996.

En este orden, excluir las expresiones demandadas de los artículos 28, 28 y 29 de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 respectivamente, esto es: (i) respecto de la palabra "prima" no causa diferencia, toda vez que dicha denominación no altera el objetivo, a saber, constituir un pago adicional; y, (ii) "liquidada sobre la", carece de fundamento, pues su supresión generaría un vacío normativo, dado que cualquier incremento salarial, debe estar sujeto a una base, bien sea el salario básico, salarios mínimos mensuales, etc., no puede quedar liberado ese pago adicional, en razón a que su monto necesariamente se toma sobre algún valor, el cual tiene que ser la remuneración percibida, pues debe establecerse dentro de los límites legales, con el fin de lograr un orden económico y social justo.

Hacer una interpretación distinta a la aplicación del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, implicaría una variación en la forma prevista por la Ley para la nivelación salarial del personal de la Fuerza Pública.

Lo mismo sucede con la pretensión de suprimir de los párrafos de las normas acusadas, las expresiones *"prima de"; "El personal (que la devengue en servicio activo) tendrá derecho a que se le compute para (reconocimiento de) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."* En efecto, tenemos que: (i) la palabra "prima", no constituye un concepto que se aparte de la finalidad del incremento porcentual que ordenaba la nivelación prevista por el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, cuyo objetivo fue nivelar la remuneración del personal de la fuerza pública, es decir, que con dicho emolumento, independientemente de su denominación, se logró el incremento salarial para los diferentes grados, tal como se preveía en dicha Ley; y, (ii) desaparecer la segunda parte del parágrafo, conlleva cambiar las normas acusadas, por cuanto se apartaría del rigor de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, que le señala al Gobierno Nacional, establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública. Igualmente, la previsión de que tal concepto se compute significa que ese pago adicional se debe agregar a la asignación de retiro, a la pensión y demás prestaciones sociales. Entonces, si se suprimen dichas expresiones la prima subsiste, lo que implicaría es que se le quita la connotación salarial y ello sí contradice la naturaleza de la Ley Marco por que ésta quiso darle el carácter de factor salarial, es decir que cambiaría la finalidad establecida en la Ley.

Es claro que al habersele dado a la prima de actualización el carácter de factor salarial, ésta se debió tener en cuenta para efectos de liquidar prestaciones, entonces no pueden desaparecer del texto las palabras "compute para", por tratarse de un pago adicional, que se agregó al ingreso básico mensual, cuyo propósito fue la nivelación salarial del personal de la Fuerza Pública, no se trató de un pago aislado sin naturaleza salarial.

Es de resaltar que la jurisprudencia ha reiterado que la prima de actualización no tuvo como finalidad igualar el salario y prestaciones del personal de la Fuerza Pública, el objetivo fue mejorar el sueldo percibido, es decir nivelar los salarios.

La prerrogativa de recibir esta prima fue delimitada temporalmente hasta cuando se expidiera, por parte del Gobierno, una norma que nivelara las asignaciones de todos los miembros de la Fuerza Pública, la cual se efectuó mediante el Decreto 107 de 1996, en donde se plasmó que el principio de oscilación, de ahora en adelante, iba a regir tales asignaciones y pensiones.

En torno a este punto, en sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 3 de diciembre de 2002, con Ponencia del Dr. Reynaldo Chavarro Buriticá, aclaró lo siguiente:

"Como se dijo atrás, los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 crearon la prima de actualización para las respectivas vigencias. Esta prima tenía carácter temporal, «hasta cuando se consolide la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de conformidad con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4ª de 1992», según se lee en los respectivos artículos, que enseguida se transcriben:

(...)

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

De otra parte, el actor afirmó que en este caso se quebrantó el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en consideración a que las normas acusadas establecen un trato diferente entre los miembros de la Fuerza Pública; sin embargo, de acuerdo con la exposición de motivos antes citada, no es posible admitir la existencia de la referida desigualdad, pues, se reitera, las normas acusadas tuvieron como finalidad el mejoramiento salarial a través de la nivelación reglamentada en acatamiento del marco general fijado por la Ley 4ª de 1992.

Adicionalmente, el derecho a la igualdad obedece a un sentido jurídico del cual sólo es posible predicar su vulneración cuando se les da a las personas que se encuentran en igualdad de condiciones un tratamiento desigual o discriminatorio sin ninguna justificación razonable.

Respecto al derecho a la igualdad la jurisprudencia ha sostenido:

"[...] El principio de igualdad no equivale a la nivelación matemática y absoluta de todos los individuos, con prescindencia de la diversidad de hipótesis, sino que representa la objetiva actitud y disposición de dar igual trato a quienes están bajo los mismos supuestos y diferente a los que presentan características o circunstancias distintas[...].⁵

En el mismo sentido, la misma Corporación, en la sentencia T-270 de 1995, manifestó:

"-La igualdad como diferenciación: es la diferencia entre distintos. Está regulada en el artículo 13 incisos 2º y 3º (adopción de medidas en favor de grupos marginados o débiles), artículo 58 (criterios para fijar la indemnización por expropiación: los intereses de la comunidad y del afectado), y artículos 95.9 y 362 (principios tributarios: equidad y progresividad).

Ahora bien, el concepto de la igualdad ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así: en un primer pronunciamiento, la Corporación sostuvo que la igualdad implicaba el trato igual entre los iguales y el trato diferente entre los distintos. En un segundo fallo la Corte agregó que para introducir una diferencia era necesario que ésta fuera razonable en función de la presencia de diversos supuestos de hecho. En una tercera sentencia la Corporación ha defendido el trato desigual para las minorías. Ahora la Corte desea continuar con la depuración del concepto de igualdad en virtud de la siguiente afirmación:

El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;
- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;
- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;
- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;
- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución."

Conforme a los lineamientos antes trazados, resulta válido afirmar que en el caso concreto el Gobierno Nacional tenía un amplio margen para establecer el porcentaje de nivelación de acuerdo con los diferentes grados, sin que se pueda sostener que la Ley marco fijó un monto determinado para la nivelación salarial, es decir que en este aspecto el legislador no creó un límite a la potestad reglamentaria del ejecutivo. Es decir que en el *sub lite* se evidencia una diferenciación legítima, en tanto se fijó una remuneración tendiente a nivelar los salarios del personal de la fuerza pública de acuerdo con cada rango.

Finalmente, se reitera que la prima de actualización prevista para los años 1993 a 1995, no se estableció como factor salarial de carácter permanente, sino que su propósito era nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, hasta cuando se consolidara la escala gradual porcentual para dicho personal, lo cual se llevó a cabo desde el 1º de enero de 1996, de conformidad con el artículo 39 del Decreto 107 del mismo año.

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

FALLA

NIÉGASE la nulidad parcial propuesta de las expresiones: "prima de; liquidada sobre la", contenidas en los artículos 28, 28 y 29, y de sus respectivos párrafos: "prima de"; "El personal (que la devengue en servicio activo) tendrá derecho a que se le compute para (reconocimiento de) asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.", de los Decretos Reglamentarios 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, expedidos por el Gobierno Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese en los anales del Consejo de Estado y, archívense las presentes actuaciones. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTAS PIÉ DE PÁGINA

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro, Sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-01632-01(3251-05).

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 2 de abril de 2009, Radicación No.: 11001-03-25-000-2007-00098-00(1831-07), Actor: Luis Esmeldy Patiño López.

3 El numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, estableció en la reforma onstitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 1968, en el artículo 41, la competencia del Presidente de la República para expedir decretos en leyes proferidas por el Congreso destinados a reglamentar de modo general ciertas materias, entre ellas, la organización del crédito público, el reconocimiento y pago de la deuda nacional, los cambios internacionales y el comercio exterior, la modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 2 de abril de 2009, Radicación No.: 11001-03-25-000-2007-00098-00(1831-07), Actor: Luis Esmeldy Patiño López.

5 Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo; Fecha: 27 de octubre de 1993; No. de Rad.: T-484-93.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:41:18