



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2018-00030-00
Demandante: RENÉ GÓMEZ DÍAZ
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Reconocimiento pensional

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor René Gómez Díaz en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor René Gómez Díaz, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. E-01524-201709689 del 12 de mayo de 2017, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en los términos del Decreto 1212 de 1990.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, a:

Reconocer y pagar una asignación de retiro liquidada con el último sueldo básico, en los porcentajes y con las partidas consagradas en el Decreto 1212 de 1990, efectiva a partir del momento del retiro de la entidad demandada.

Cancelar las siguientes sumas de dinero por los perjuicios causados al actor:

- i) La suma de \$7.850.962,16 m/cte., que equivale a 10,64 SMMLV, por concepto del lucro cesante representado en las mesadas de la asignación de retiro dejadas de percibir desde el momento del retiro del servicio y hasta la fecha de presentación de la demanda de la referencia.
- ii) La suma correspondiente al daño patrimonial por concepto de los perjuicios materiales causados como lucro cesante futuro, respecto de las mesadas de la asignación de retiro dejadas de percibir hasta el momento en que se anule el acto administrativo atacado.

Ajustar los anteriores valores con base en los porcentajes del índice de precios al consumidor certificados por el DANE.

Cumplir la sentencia en los términos ordenados por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 19-20):

La parte actora prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 1º de noviembre de 2002 hasta el 1º de abril de 2003, fecha en que fue dado de alta con el grado de Patrullero de conformidad a la Resolución No. 583 del 1º de abril de 2003, acumulando un tiempo total de 15 años, 3 meses y 3 días.

Mediante la Resolución No. 066 del 19 de febrero de 2017, el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá retiró del servicio activo de la Institución al actor, decisión que fue notificada personalmente el 20 del mismo mes y año.

El señor Gómez presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro por haber prestado sus servicios por más de 15 años.

La entidad demandada expidió el Oficio No. E-01524-201709689 del 12 de mayo de 2017, a través del cual negó la anterior solicitud.

El 10 de agosto de 2017, la parte actora radicó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación y el 2 de octubre del mismo año se llevó a cabo la audiencia.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 1, 4, 13, 29, 48, 49 y 53 de la Constitución Política y el artículo 3º de la Ley 923 de 2004.

Señaló, que se le está dando un trato indigno al demandante, teniendo en cuenta que la entidad demandada en abierto desconocimiento del orden legal expidió el acto acusado mediante el cual trata de desvirtuar la voluntad del legislador, apartándose del estado social de derecho que caracteriza a Colombia.

De otro lado, adujo que el demandante para la fecha que fue dado de alta de la Institución, momento para el cual se encontraba vigente el Decreto 1091 de 1995, no obstante, fue declarado nulo por el Consejo de Estado, por lo tanto se aplica a su situación la Ley 923 de 2004, que establece el reconocimiento de una asignación de retiro al momento de cumplir 15 años de prestación de servicios.

Finalmente, como sustento de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 58 a 62).

El apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Señaló, que si bien la Ley 923 de 2004 consagra la prohibición del desmejoramiento de las condiciones laborales de la Fuerza pública, lo cierto es, que los derechos, deberes y obligaciones del personal de la Policía Nacional incorporado de manera directa al nivel ejecutivo se rigen por el Decreto 1091 de 1995.

Por lo tanto, adujo que el actor al incorporarse de manera directa al nivel ejecutivo, tenía derecho al reconocimiento de una asignación de retiro al cumplir 20 o más años de prestación de servicios de conformidad a lo dispuesto por el Decreto 1858 de 2012, sin embargo, afirmó que tal condición no se cumplió y por ende la entidad que representa no le reconoció en derecho deprecado en el asunto de la referencia.

De otro lado, propuso las excepciones de: (i) *"INEXISTENCIA DEL DERECHO"*, por considerar que no es procedente reconocer la asignación de retiro, teniendo en cuenta que el actor no cumple con los requisitos de tiempo exigidos para el nivel ejecutivo y (ii) *"OTRAS EXCEPCIONES"*, en consideración a que el acto acusado goza de presunción de legalidad.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada *"INEXISTENCIA DEL DERECHO"*, encuentra el Despacho que las consideraciones que la sustentan no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de la controversia que ahora nos ocupa, motivo por el cual no constituye excepción de mérito, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 31 de julio del año en curso (Fls. 70 a 72), las partes alegaron de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la actora manifestó que el actor tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una asignación de retiro por haber cumplido 15 años de prestación de servicios, en virtud de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004.

El apoderado de la entidad demandada, se ratificó en la contestación de la demanda, resaltando que los Decretos 1212 de 1990 y 1213 de 1990, no es

aplicable al personal uniformado del nivel ejecutivo, razón por la cual, se debe aplicar la disposición contenida en el Decreto 1858 de 2012.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 31 de julio de 2018 (Fls. 70 a 72), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que la entidad demandada reconozca o no asignación de retiro en los términos del Decreto 1212 de 1990?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Hoja de Servicios No. 80244349 del 7 de marzo de 2017, en la que se indican los tiempos de servicios prestados por el actor y los factores salariales y prestacionales devengados en actividad (Fl.4).

2.2. Copia simple de la Resolución No. 066 del 19 de febrero de 2017, por medio de la cual la Policía Metropolitana de Bogotá resolvió retirar del servicio activo por voluntad de la Dirección General al señor René Gómez Díaz (Fls. 5-10).

2.3. Escrito presentado por el actor en ejercicio del derecho de petición ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el 3 de mayo de 2017, mediante el cual

solicitó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en los términos del Decreto 1212 de 1990 (Fls.12-17).

2.4. Copia simple del Oficio No. E-01524-201709689-CASUR Id: 230034 del 12 de mayo de 2017, mediante el cual negó la anterior solicitud al demandante (Fl. 3).

2.5. Constancia de conciliación expedida por la Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos del 2 de octubre de 2017 (Fl. 2).

2.6. Copia simple de la cédula de ciudadanía del señor René Gómez Díaz (Fl. 11).

2.7. Medio magnético que contiene los antecedentes administrativos del actor (Fl. 63).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la normatividad aplicable al actor, en calidad de personal uniformado del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

El fondo del asunto será desatado bajo los siguientes argumentos:

El artículo 150 de la Constitución Política establece que el Congreso de la República hace las leyes y, por medio de ellas, ejerce las siguientes atribuciones:

"(...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

a) (...).

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. (...)". (Negrilla fuera de texto).

El artículo 189 constitucional le confiere al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, entre otras, la función de:

*"Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:
(...)*

11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes."

En relación con el establecimiento del **régimen prestacional** de los miembros de la Policía Nacional, la Constitución Política fue clara en señalar que dicho régimen estaría determinado por la Ley (artículo 218 - inciso 2º -):

"Artículo 218º—La ley organizará el cuerpo de policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario."

En ejercicio de la mencionada atribución constitucional, el Congreso Nacional expidió la Ley 4ª de 1992 como norma de carácter general, quedando el Gobierno facultado para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos trazados en dicha disposición.

La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en el artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas; y señalando además, en el artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la ley carecería de efecto.

Posteriormente, el Legislador expidió la Ley 62 de 1993 que le otorgó facultades extraordinarias al Ejecutivo para modificar la estructura jerárquica y el régimen prestacional de la Policía Nacional, en tal sentido, el Gobierno Nacional en uso de esas facultades profirió el Decreto 41 de 1994, por medio del cual derogó parcialmente el Decreto 1212 de 1990, dentro del cual modificó la estructura de mando y creó el nivel ejecutivo y que respecto al nivel salarial y prestacional del nivel ejecutivo, consagró:

"ARTICULO 20. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. Los suboficiales y agentes a que se refieren los artículos 18 y 19 de este decreto, que ingresen al Nivel Ejecutivo, se someterán

al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional”.

El referido Decreto 41 de 1994 fue objeto de control de constitucionalidad por vía de acción a través de la sentencia C-417 del 22 de septiembre del mismo año, en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable todas las disposiciones que hacían alusión al nivel ejecutivo por considerar que el Presidente de la República excedió materialmente las facultades extraordinarias otorgadas a través de la Ley 62 de 1993, ya que no le estaba permitido crear una nueva categoría distinta a las ya existentes en la Policía Nacional, esto es, oficiales, suboficiales y agentes.

Seguidamente, con la expedición de la Ley 180 de 1995, se modificó la estructura de la Policía Nacional, quedando integrada así: oficiales, personal del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, alumnos, personal del servicio militar obligatorio y demás personal no uniformado (artículo 1º); asimismo, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por 90 días, para desarrollar, entre otras, la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Institución Policial, a la cual podrían vincularse suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa (artículo 7º).

La mencionada norma entró a regir a partir de su publicación, esto es, el 13 de enero de 1995, fecha en la cual fue insertada en el Diario Oficial No. 41676, la cual advierte de manera expresa en el parágrafo del artículo 7º que:

“La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.” (Negrillas fuera de texto).

Luego, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas en el numeral 1º del artículo 7º de la Ley 180 de 1995, se expidió el Decreto 132 de 1995, que reglamentó el sistema de carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que en lo concerniente a la jerarquía, ingreso y régimen salarial y prestacional, dispuso:

“Artículo 3º. Jerarquía. La Jerarquía del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, para efectos de mando, régimen disciplinario, Justicia Penal Militar, lo mismo que para todos los derechos y obligaciones consagrados en este estatuto, comprende los siguientes grados:

- 1. Comisario***
- 2. Subcomisario***

3. Intendente
4. Subintendente
5. Patrullero, carabiniero, investigador según su especialidad.

(...)

ARTÍCULO 4o. DENOMINACIÓN DE ALUMNOS. *Los aspirantes que ingresen a las escuelas de formación, no pertenecen a la jerarquía de que trata el presente capítulo y se denominarán alumnos. Su nombramiento y retiro se producirán por orden administrativa de personal”.*

(...)

Artículo 15. Régimen salarial y prestacional del personal del nivel ejecutivo. *El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.*

(...)

Artículo 82. Ingreso al nivel ejecutivo. *El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.”*

Ahora bien, conforme se estableció en líneas anteriores, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 180 de 1995, profirió el Decreto 132 de 1995 mediante el cual reglamento el recién creado Nivel Ejecutivo; sin embargo, fue el Decreto 1091 del 27 de junio del mismo año que en desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 4° de 1992 fijó el régimen salarial y prestacional de dicho nivel ejecutivo.

Respecto al reconocimiento de la asignación de retiro, el artículo 51 dispuso:

“Artículo 51. Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. *El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá 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 le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:*

a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Llamamiento a calificar servicio.
2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
3. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad policial.
4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.

b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por solicitud propia.
2. Por incapacidad profesional.
3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.
4. Por conducta deficiente.
5. Por destitución.
6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.
7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995”

El citado artículo, fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante la sentencia del 14 de febrero de 2007¹ en la que en síntesis se consideró que el ejecutivo había desconocido una cláusula de reserva legal, en cuanto a que el tiempo de servicio para tener derecho a la asignación de retiro era un asunto propio de una ley marco; y de otro lado se precisó que se desconocía la protección especial prevista en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995² para el personal de la Policía Nacional que decidió hacer parte del nivel ejecutivo. Así:

“(...)

*En tales casos, cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la ley marco, entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una **cláusula de reserva legal**.*

En esas condiciones, la regulación de tales presupuestos o requisitos no puede ser diferida o trasladada ni siquiera al legislador extraordinario, esto es, al Gobierno Nacional, como se señala en la citada sentencia de la Corte Constitucional, y menos podría desarrollarse mediante decretos administrativos expedidos por el Ejecutivo con fundamento en una ley marco (Ley 4ª de 1992) que no podía habilitarlo para tal efecto.

(...)

Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.

(...)”

A su turno, el Presidente profirió el Decreto 2070 de 2003³ que regulaba el régimen prestacional de la Fuerza Pública, entre otros la asignación de retiro del nivel

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 14 de febrero de 2007 proferida dentro del proceso con radicado 110010325000200400109 01 y número interno 1240-2011.

² Artículo 7. (...) PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.”

³ ARTÍCULO 10. CAMPO DE APLICACIÓN. <Decreto INEXEQUIBLE> Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía

ejecutivo de la Policía Nacional. Sin embargo este decreto fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004 al considerarse que la materia regulada era competencia exclusiva del Congreso mediante la expedición de una ley marco.

Posteriormente, se expidió la Ley 923 de 2004 "*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*", según la cual:

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

3.9. Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.

En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley."

El Gobierno Nacional, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 4433 de 2004, "*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*", en su artículo 1º precisó que las disposiciones allí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto.

A su vez, en el artículo 2º estableció que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía

Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto."

Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de vigencia de ese decreto hubieran cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.

Así las cosas, el artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, fijó respecto a la asignación de retiro para los oficiales y para el personal del nivel ejecutivo de Policía Nacional, lo siguiente:

"(...) Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de 20 años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

(...)

***Parágrafo 2º.** El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con **20 años** o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de **25 años** de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 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 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas." (Negrillas fuera del texto).*

Por su parte, el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, que regulaba lo relacionado con la asignación de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, fue anulado por el Consejo de Estado a través de sentencia del 12 de abril de 2012⁴.

Seguidamente el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del

⁴ Expediente: 0290-06(1074-0)7 radicación: 110010325000200600016-00, Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, el cual reguló lo relacionado con la asignación de retiro del personal homologado y los que ingresaron al escalafón por incorporación directa, de la siguiente manera:

“Artículo 1º. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 1º de enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, 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 3º del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.”

ARTICULO 2. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas”.

Finalmente, mediante en pronunciamiento del 3 de septiembre del 2018, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, expediente No. 11001-03-25-000 -2013-00543-00 (1060-2013), actor: Julio Cesar Morales Salazar y otros, demandado: Nación –Ministerio de Defensa Nacional, con ponencia del Consejo Cesar Palomino Cortes, se declaró con efectos *ex tunc*, la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, por considerar lo que pasa a citarse:

"(...)

Dado que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 señala de manera diáfana que el personal de la Policía Nacional que ingresó al Nivel Ejecutivo por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, podrán acceder a la asignación de retiro cuando quiera que cumplan con un mínimo de 20 años de servicio por una causal de desvinculación distinta a la de voluntad propia y con un máximo de 25 años tratándose del retiro por solicitud de parte o destitución; es dable concluir que los presupuestos normativos en ella contemplados se encuentran en abierta contradicción con aquellos previstos a manera de límites materiales por el ordenamiento jurídico superior.

En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.

*Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental.
(...)"*

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor René Gómez Díaz, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. E-01524-201709689 del 12 de mayo de 2017, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR negó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro al actor en los términos del Decreto 1212 de 1990.

La parte actora, señaló que el personal activo de la Policía Nacional en virtud de la Ley 923 de 2004, tenía derecho a percibir una asignación de retiro por cualquier casual al cumplir 15 años de prestación de servicios o por solicitud propia una vez cumpliera 20 años de prestación de servicios de conformidad al Decreto 1212 de 1990.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada indicó que el actor no cumplió con los requisitos exigidos, esto es, acreditar 20 años de prestación de servicios cuando la desvinculación se produce por voluntad de la dirección general.

Así las cosas, con el fin de establecer si el actor tiene o no derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro en los términos del Decreto 1212 de 1990, se procederá a establecer la norma aplicable al demandante, para lo cual se hace necesario estudiar las pruebas que obran en el expediente.

En ese sentido, se encuentra demostrado que (i) el señor René Díaz Gómez ingresó como auxiliar de policía el 1º de febrero de 2002; (ii) se vinculó al nivel ejecutivo por incorporación directa el 21 de octubre de 2002; (iii) fue dado de alta el 20 de febrero de 2017 y (iv) cumplió 15 años, tres meses y 3 días de prestación de servicios a la institución.

Se advierte que para la fecha de vinculación del actor al nivel ejecutivo, esto es, el 21 de octubre de 2002, se encontraba vigente el Decreto 1091 de 1995, por medio del cual se expidió el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal de incorporación directa y el homologado, el cual consagró en su artículo 51 que el personal del nivel ejecutivo tendría derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro al cumplir **20 años de servicios**, cuando se produjere por cualquiera de las siguientes causas: (i) llamamiento a calificar servicios; (ii) por voluntad de la dirección General; (iii) por disminución de la capacidad sicofísica; (iv) por haber cumplido 65 años de edad los hombres y 60 las mujeres.

El referido artículo, igualmente consagró el reconocimiento del derecho prestacional al cumplir **25 años de servicios** y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas: (i) solicitud propia; (ii) por incapacidad profesional; (iii) por inasistencia injustificada al servicio por más de 5 días; (iv) por conducta deficiente; (v) por destitución; (vi) por detención preventiva que exceda 180 días y (vii) por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 de la Ley 132 de 1995.

No obstante, la referida disposición fue anulada por el Consejo de Estado mediante sentencia del 14 de febrero de 2007, con ponencia del Consejero Alberto Arango

Mantilla, tal como quedó consignado en la parte normativa y jurisprudencial de esta providencia.

Ahora bien, con posterioridad a la vinculación del actor se expidió el Decreto 2070 de 2003, el cual exigía un tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro, tanto para el personal de uniformados que se homologó como para el que se incorporó directamente al nivel ejecutivo, el cual fue declarado inexecutable por la Sentencia C-432 de 2004.

Por lo anterior, se expidió la Ley 923 de 2004, que en su calidad de Ley marco consagró en el numeral 3.1 del artículo 3º que *“A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal”*, igualmente, dicha Ley señaló que se derogaban todas las disposiciones que le fueran contrarias.

Se colige entonces, que la Ley 923 de 2004, amparó a todos los miembros de la Fuerza Pública, entre ellos al nivel ejecutivo de la Policía Nacional incluidos los de incorporación directa y los que estando al servicio de la Policía Nacional se homologaron.

Desatado el régimen que cobija a la situación del actor, se hace necesario analizar para el asunto de la referencia la aplicación del Decreto 4433 del 2004, destinado a los miembros del nivel ejecutivo que habían ingresado antes de su vigencia, esto es, con anterioridad al 30 de diciembre de 2004, el cual no discriminaba a los homologados ni a los de incorporación directa.

En el parágrafo 2º del artículo 25, dispuso el derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro al cumplir un tiempo de 20 y 25 años de prestación de servicios, según la modalidad de retiro, no obstante, el mismo fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2007, toda vez que desconoció el régimen de transición previsto en el inciso 2º del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, que dispuso que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro al personal de uniformados que **en ese momento**

estuviere activo, no se les podía exigir un tiempo de servicio superior al consagrado en las normas vigentes ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Por lo tanto, al ser declarado nulo el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, recobró vigencia el régimen contenido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 respecto del reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional, los cuales por disposición del parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995, constituían para ese momento los mínimos para quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresaron al Nivel Ejecutivo.

Requisitos que se hicieron extensivos al personal que ingresó directamente, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, la normatividad que regulaba dicho personal eran los Decretos 1091 de 1995 y 2070 de 2003, los cuales perdieron vigencia por declaración judicial.

En ese sentido y descendiendo al asunto de la referencia, se encuentra demostrado que el señor René Gómez Díaz vinculado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el 1º de noviembre de 2002, se encontraba cobijado por la transición del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, por lo tanto, lo cobija el régimen prestacional contemplado en el Decreto 1212 de 1990, "*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*", teniendo en cuenta que el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, fue declarado nulo.

Así las cosas, el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, consagró respecto de la asignación de retiro lo que pasa a citarse:

"ARTICULO 144. Asignación de retiro. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que

trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad". (Negrillas fuera del texto).

Del precedente normativo se colige que los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince 15 años, por: (i) llamamiento a calificar servicios; (ii) por mala conducta; (iii) por no asistir al servicio por más de cinco 5 días sin causa justificada; (iv) por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional; (v) por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado; (vi) por disminución de la capacidad sicofísica; (vii) por incapacidad profesional o (viii) por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte 20 años de servicio, tendrán derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional les reconozca y pague una asignación de retiro a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta.

Entonces, se encuentra demostrado que la Policía Nacional relacionó la siguiente prestación de servicios en la copia simple de la hoja de servicios del señor René Gómez Díaz (Fl. 4):

NOVEDAD	FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO	TOTAL		
			AÑOS	MESES	DÍAS
AUXILIAR DE POLICÍA	1 DE FEBRERO DE 2002	31 DE OCTUBRE DE 2002	0	9	0
ALUMNO NIVEL EJECUTIVO	1 DE NOVIEMBRE DE 2002	31 DE MARZO DE 2003	0	5	0
NIVEL EJECUTIVO	1 DE ABRIL DE 2003	20 DE FEBRERO DE 2017	13	10	19
TOTAL TIEMPO			15	3	3

De la anterior relación, se encuentra acreditado que el señor Gómez prestó sus servicios a la Institución Policial por 15 años, 3 meses y 3 días (sic), circunstancia que permite inferir a esta instancia judicial que le asiste derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconozca y pague una asignación de retiro, equivalente al 50% del monto de las partidas computables, de conformidad con el artículo 144 Decreto 1212 de 1990.

Por lo anterior, resulta contrario a la normatividad vigente la exigencia de tiempos de prestación de servicios efectuada al demandante por parte de la entidad demandada, teniendo en cuenta que pasó por alto la declaratoria de nulidad del Decreto 4433 de 2004 realizada por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2007 y se apartó del régimen de transición previsto en el inciso 2º del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004.

Sobre la nulidad del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado en sentencia de fecha 11 de octubre de 2012, expediente No. 110010325000200700041 00, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, se indicó:

(...)

Al ser declarado nulo el párrafo dos del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, norma cuyos destinatarios eran los miembros del nivel ejecutivo que habían ingresado antes de la vigencia del referido decreto, esto es el 30 de diciembre de 2004, (sin que se discrimine entre los homologados y los de incorporación directa), se tiene que para determinar la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo hay que en primer lugar descartar las normas que perdieron vigencia, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25, como se explicó anteriormente, y en segundo lugar hay que remitirse a la normas vigentes que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional, es decir, los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que por disposición del párrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995⁵, constitúan para ese momento los mínimos para quienes estando al servicio de la Policía Nacional decidieron ingresar al Nivel Ejecutivo."

Posición que fue reiterada por la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en sentencia de tutela del 12 de marzo de 2015, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, demandante: Arleider Parada Tavera, demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al discurrir:

(...)

En el asunto bajo estudio el señor Arleider Parada Javera solicita que se ordene a la Caja de Sueldos de la Policía Nacional reconocer y ordenar el pago de la asignación de retiro de conformidad con lo previsto en el Decreto 1212 de 1990, pues prestó sus servicios por más de 16 años en el nivel ejecutivo por incorporación directa.

(...)

⁵ PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.

	DÍA	MES	AÑO	DÍA	MES	AÑO	AÑOS	MESES	DÍAS
ALUMNO	04	08	1997	30	07	1998	0	11	26
NIVEL EJECUTIVO	31	07	1998	06	07	2013	14	11	5
TOTAL							16	1	21

El 6 de julio de 2013 en ejercicio del derecho de petición, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante oficio GAG SDP de 20 de noviembre de 2014 señaló que el régimen aplicable para el caso del actor es el contenido en el Decreto 4433 de 2004, el cual exige acreditar como mínimo 20 años de servicio, y comoquiera que el actor solo prestó sus servicios a la Policía Nacional durante 16 años, 1 mes y 21 días, no es posible acceder al reconocimiento de tal derecho.

(...)

En el presente asunto, el régimen aplicable es el contenido en el Decreto 1212 de 1990 y no el Decreto 4433 de 2004, pues verificado el material probatorio obrante en el expediente, se estableció que para la época en que fue separado el actor en forma absoluta del servicio activo por disminución de la capacidad sicofísica, ya contaba con un tiempo superior a los 15 años de servicio exigidos por el artículo 144 de Decreto 1212 de 1990 para acceder a la asignación de retiro, y en esas condiciones de conformidad al régimen aplicable antes citado, es claro que la entidad debió de haber accedido a la solicitud elevada”.

(...)

En consecuencia, se ordenará a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de asignación de retiro a favor del señor Arleider Parada Tavera.

(...)”.

Finalmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1858 de 2012, por medio del cual se fijó nuevamente el régimen pensional y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el cual dispuso en su artículo 2º que aquél personal que ingresó al nivel ejecutivo por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, como es el caso del actor, tendrían derecho al pago de una asignación de retiro con 20 y 25 años en servicio, según la modalidad de retiro.

No obstante, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado del 3 de septiembre del 2018, expediente No. 11001-03-25-000 -2013-00543-00 (1060-2013), actor: Julio Cesar Morales Salazar y otros, demandado: Nación –Ministerio de Defensa Nacional, con ponencia del Consejo Cesar Palomino Cortes, se declaró con efectos *ex tunc*, la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, tal como se refirió en la parte normativa y jurisprudencial.

Bajo las anteriores consideraciones, queda establecido que la decisión de la entidad demandada contenida en el acto administrativo atacado se encuentra viciado de nulidad, pues se reitera que hubo desconocimiento de la normatividad dispuesta en el inciso 2º del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, que consagró la prohibición de exigir a los miembros activos de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional a la entrada en vigencia de dicha Ley, esto es, al 30 de diciembre de 2004, un tiempo de servicios superior al exigido en las normas vigentes a ese momento, para efectos de acceder al reconocimiento y pago de la asignación de retiro, **ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.**

Por lo tanto, al encontrar desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, se declarará la nulidad del Oficio No. E-01524-201709689 del 12 de mayo de 2017, a través del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en los términos del Decreto 1212 de 1990.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR, a reconocer y pagar a favor del señor René Gómez Díaz, una asignación mensual de retiro equivalente al 50% del monto de las partidas computables, de conformidad con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

De otro lado, el Despacho no pasa por alto las pretensiones que persiguen el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales causados como lucro cesante presente y lucro cesante futuro, razón por la cual, es menester precisar que la orden contenida en esta providencia atañe al fin perseguido con los mismos, pues como se indicó anteriormente la entidad demandada deberá reconocer y pagar al actor las sumas que resulten de la condena a partir de la fecha en que se hace exigible el derecho, las cuales serán actualizadas con la aplicación de la fórmula que se cita posteriormente.

Finalmente, esta instancia judicial procederá a estudiar de oficio la excepción de prescripción en el asunto de la referencia, por ende, está demostrado que el demandante fue retirado del servicio activo el 20 de febrero de 2017 (Fl. 4), presentó escrito en ejercicio del derecho de petición el 3 de mayo de 2017 (Fl.12) y radicó el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el 31 de octubre

de 2017 (Fl. 34), razón por la cual, no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción, por lo tanto, el derecho se hace exigible a partir del cómputo de los 3 meses de alta, esto es, desde el 21 de mayo de 2017.

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período, como se indicó en la parte motiva de la presente providencia.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio No. E-01524-201709689 del 12 de mayo de 2017, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

SEGUNDO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR a reconocer al señor René Gómez Díaz, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.244.349 de Bogotá D.C., una asignación mensual de retiro equivalente al 50% del monto de las partidas computables, de conformidad con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, a partir del 21 de mayo de 2017, fecha en que finalizaron los tres meses de alta.

TERCERO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO.- Sin lugar a condena en costas.

QUINTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

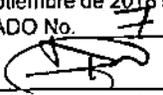
SÉPTIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la

Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy veintiséis (26) de septiembre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>71</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2018-00042-00
Demandante: **MYRIAM HURTADO GONZÁLEZ**
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Asunto: **Sentencia de primera instancia**

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Myriam Hurtado González en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FONPREMAG.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Myriam Hurtado González, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5799 del 5 de septiembre de 2014, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación .– Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció y ordenó pagar la pensión de jubilación de la actora sin la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al reconocimiento de su status pensional.

Reconocer y pagar la reliquidación de la pensión de jubilación, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior al status pensional.

Reconocer y pagar el valor de los reajustes que se causen conforme lo solicitado, descontando lo que ya se haya pagado.

Que se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas con aplicación de los porcentajes del IPC desde el

reconocimiento de la pensión y hasta que se haga efectivo el pago, conforme los artículos 187 y 192 del CPACA.

Condenar a las entidades demandadas al pago de costas procesales en virtud de lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que tras prestar sus servicios como docente al Distrito Capital por más de 20 años, mediante la Resolución No. 5799 del 5 de septiembre de 2014, le fue reconocida la pensión de jubilación sin tener en cuenta la totalidad de factores devengados, razón por la que solicitó la revisión y reliquidación de la aludida prestación.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y Decreto 1045 de 1978.

Señaló que la parte que representa tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación, con los factores percibidos durante el año anterior al status pensional de conformidad con el marco legal y con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El extremo pasivo se abstuvo de contestar la demanda.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En audiencia inicial adelantada el 12 de septiembre de 2018 (fls. 47 a 50), en la etapa de alegatos la parte actora expuso sus alegatos de conclusión del minuto 17:03 segundos hasta el minuto 21:06 segundos de la grabación (fl. 49).

Advierte el Despacho que la parte actora, aportó en la etapa de alegatos la documental que consta a folio 53 a 54 del plenario, la cual no fue allegada dentro de la oportunidad legal.

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional expuso sus alegatos de conclusión del minuto 29:11 segundos hasta el minuto 32:26 segundos de la grabación (fl. 49).

El Ministerio Público emitió concepto del minuto 32:42 segundos hasta el minuto 46:04 segundos de la grabación (fl. 49).

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se determinó que el problema jurídico se centra en establecer si ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de jubilación sea reajustada por la entidad demandada, teniendo en cuenta todos los factores de salario devengados en el último año de servicios anterior a su status pensional de conformidad con la Ley 33 de 1985?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES. Obran como tal las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Copia simple de la Resolución No. 5799 del 5 de septiembre de 2014, mediante la cual la Secretaria de Educación de Bogotá actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor de la señora Myriam Hurtado González (fls. 4 a 6).

2. Copia de los factores salariales que devengó la demandante dentro del año anterior al retiro del servicio (fls. 7 a 9).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso hacer referencia al régimen de la pensión de los docentes y los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la mentada prestación.

- DEL RÉGIMEN PENSIONAL DOCENTE

El Presidente de la República expidió el Decreto 2277 de 1979 *"por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente"*, que en su artículo 3º estableció que los docentes que prestan sus servicios a entidades de orden nacional, departamental,

distrital y municipal, son empleados oficiales cobijados por un régimen especial en cuanto a la administración de personal y a algunos temas salariales y prestacionales.

Posteriormente, se expidió la Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", que en su artículo 15 dispuso que los docentes nacionalizados que figuren vinculados a treinta y uno (31) de diciembre de 1989 para efectos de las prestaciones sociales y económicas, mantendrán el régimen del que han venido gozando, que para el caso es el mismo régimen de los empleados públicos de los distintos órdenes contenido en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Al respecto, el Consejo de Estado, señaló:

"Sin embargo, en materia de pensión ordinaria de jubilación no disfrutan de ninguna especialidad en su tratamiento de acuerdo con las normas que regulan su actividad porque un régimen especial de pensiones se caracteriza por tener, mediante normas expresas, condiciones propias en cuanto a edad, tiempo de servicio y cuantía de la mesada, diferentes de las establecidas en la norma general, lo que no se da respecto de los maestros que, por ende, a pesar de ser servidores públicos de régimen especial, no gozan de un régimen especial de pensiones de jubilación.

*Bajo estos supuestos, el Decreto Ley 2277 de 1979, régimen especial, sólo se aplica en los temas relacionados con la materia que regula; ahora, respecto a las pensiones ordinarias no fueron contempladas en la disposición, por lo que, no resulta aplicable en ese campo, y por ello, el actor no goza de régimen especial para el reconocimiento de su pensión ordinaria (...)".*¹

Ahora, el sistema de seguridad social se encuentra establecido en la Ley 100 de 1993, el cual exceptuó de su aplicación a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

"Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así mismo, se exceptúan a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales a favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida (...)." (Negrilla fuera de texto).

De lo anterior se colige, que los docentes quedaron excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social, razón por la cual, no es aplicable el régimen contenido en la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Rad. 1961-08, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Magisterio, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los docentes.

Con posterioridad, el Congreso de la República expidió la Ley 115 de 1994 "Por la cual se expide la Ley General de Educación", que en su artículo 115 consagró:

"Artículo 115. Régimen Especial de los Educadores Estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores".

Conforme a lo anterior, se tiene que el régimen prestacional de los docentes es el consagrado en la Ley 91 de 1989, Ley 60 de 1993 y Ley 115 de 1994, entendiéndose que para efectos pensionales se debe aplicar la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º, dispuso:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 1o. (...)

PARÁGRAFO 2o. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

(...)"

En ese sentido, se advierte que la anterior norma no es aplicable a: (i) los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifican la excepción que la ley ha determinado expresamente; (ii) aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones; y (iii) los empleados oficiales que cumplieron 15 años de servicio al 29 de enero 1985, teniendo en cuenta que su derecho pensional se rige por la norma anterior.

Así las cosas, como quiera que la parte actora al 29 de enero de 1985, no tenía consolidados 15 años de prestación de servicios, le resultan aplicables las

disposiciones en materia pensional contenidas en la Ley 33 de 1985, amén que los mismos no gozan de un régimen exceptuado ni especial.

Finalmente, se expidió la Ley 812 de 2003, "Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario", que respecto al régimen prestacional de los docentes oficiales contempló:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes **nacionales, nacionalizados y territoriales**, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones" (Negrilla fuera de texto).

Del precedente normativo, se advierte que el régimen de prima media consagrado en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003, es aplicable a los docentes que se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 812 de 2003, el cual estará a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Disposición ratificada en el artículo 1º del Acto Legislativo No. 1º de 2005, que al tenor consagra:

"ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"Párrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

La anterior postura fue igualmente reiterada por la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el pasado 28 de agosto de 2018, que al respecto señaló:

"95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989². Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición."³

Atendiendo a las anteriores consideraciones, se insiste en que a los docentes vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003, conforme a las previsiones del régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, se les debe continuar aplicando la Ley 33 de 1985, en virtud de la excepción prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y por ende, mantienen la expectativa legítima de ser pensionados teniendo en cuenta la edad, tiempo y para su monto pensional el 75% de los factores del último año de servicio.

-DE LOS FACTORES SALARIALES

Así las cosas, se prosigue con el estudio de cuáles son los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, consagrados en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, de la siguiente manera:

"Artículo 3º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Negrillas fuera de texto)."

² Ley 100 de 1993. "Artículo 279. **EXCEPCIONES.** El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica [...] a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida [...]"

³ Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Expediente:52001-23-33-000-2012-00143-01. Sentencia de unificación de jurisprudencia. Criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 62 de 1985, en el sentido de establecer lo siguiente:

“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (...).”

De lo anterior, se colige que con la modificación efectuada al artículo 3° de la Ley 33 de 1985, se agregaron además de los factores inicialmente establecidos, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación.

Posteriormente, el Consejo de Estado – Sección Segunda, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila emitida el 4 de agosto de 2010, unificó el criterio en cuanto a los factores que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, llegando a la conclusión de que la Ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios, anotando lo que sigue:

“(...) De acuerdo con el anterior marco interpretativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la Ley 6 de 1945, precisó:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”⁴ (Negrilla fuera de texto)

⁴ Sentencia del 4 de agosto de 2010, radicado: 250002325000200607509 01.

Igualmente, estableció lo siguiente:

*(...) Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, **asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.***

*Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales - a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación -, esto es, a las **primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 (...).**⁵ (Negrillas fuera de texto).*

Tal posición fue reafirmada por el Consejo de Estado en sentencia de 2 de mayo de 2013, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón⁶, en la cual además manifestó que para determinar si un factor debe o no incluirse en el ingreso base de liquidación los mismos deben reunir dos criterios, a saber: (i) el de la “retribución”, es decir, analizar si dicho pago retribuye o no el servicio y (ii) el de la “habitualidad”, es decir, tener una cierta vocación de continuidad o permanencia, o sea, que no se trate de un pago ocasional.

No obstante lo anterior, en la sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2018 por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se abordó nuevamente el tema en cuestión, por lo que tras efectuar un análisis de las normas en cita frente a postulados de carácter constitucional como es la solidaridad en el sistema de seguridad social, referido en el artículo 48 de la Carta, consideró que la interpretación materializada en la sentencia del 4 de agosto de 2010 no se acompasa a tales principios y por tanto efectuó una rectificación del criterio interpretativo aplicable, para lo cual señaló:

“99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

⁵ *Ibidem.*

⁶ Sec 2ª, Subsección A, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón, mayo 2 de 2013 Rad. (1903-11) o 25000 2325 000 2005 01183-03

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones "salario" y "factor salarial"; bajo el entendido que "constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios" con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema." (Subrayas fuera de texto)

Bajo la anterior perspectiva que además ostenta el carácter de vinculante, se concluye que para liquidar la mesada pensional de aquellas pensiones que sean reconocidas bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, como es la de los docentes por disposición de la Ley 91 de 1989 solamente se incluirán los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al régimen de seguridad social en pensiones.

CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora MYRIAM HURTADO GONZÁLEZ, actuando a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad parcial de la Resolución mediante la cual la accionada reconoció su pensión de jubilación sin la inclusión de todos los factores salariales devengados y efectivamente acreditados en el año anterior a la adquisición de su status pensional.

Con base en lo anterior, es menester resolver si ña actor tiene derecho a que la pensión que disfruta sea reajustada conforme a lo peticionado.

- De la reliquidación pensional

Sobre el particular, se encuentra probado dentro del proceso que la demandante, señora MYRIAM HURTADO GONZÁLEZ fue vinculada como docente a partir del 12 de febrero de 1992 (fl. 8), que laboró por más de 20 años como docente de vinculación distrital y que adquirió su status pensional el 21 de julio de 2013 (fl. 4), razón por la cual, para efectos del reconocimiento pensional se aplica la Ley 33 de 1985, vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989.

En ese orden, el Despacho advierte que a través de la Resolución No. 5799 del 5 de septiembre de 2014, FONPREMAG reconoció a la actora pensión vitalicia de jubilación, con una mesada pensional correspondiente al 75% del promedio de salarios del año anterior a la adquisición del status pensional (fls. 4 a 6).

En virtud de lo anterior y de conformidad con la primera regla adoptada por el Consejo de Estado en la última sentencia de unificación, se advierte tratándose de un docente vinculado con anterioridad al 27 de junio de 2003, le es aplicable el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989 y por ende continúa siendo aplicable la Ley 33 de 1985 - sin que para ello sea necesario acudir al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993-, en lo atinente al tiempo de servicios (20 años) y la edad (55 años) para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación teniendo en cuenta los factores del último año de servicio.

En ese orden, conforme a la segunda regla que se deriva del aludido fallo proferido el 28 de agosto de 2018 y que es aplicable al presente caso, se colige que la liquidación pensional se debe realizar con la inclusión de los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización al sistema de seguridad social, en el año anterior a la adquisición del status pensional.

Así las cosas, acorde con lo señalado en la Resolución No. 5799 del 5 de septiembre de 2014, la accionante adquirió su status pensional el 21 de julio de 2013, de lo que se infiere que los factores a tener en cuenta son los devengados en el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2012 y el 20 de julio de 2013.

Ahora, el Despacho establecerá los factores devengados en el periodo referido, relacionados en el documento denominado "FORMATO UNICO PARA EXPEDICION DE CERTIFICADO DE SALARIOS" para el periodo comprendido entre el 21 de julio

de 2012 y el 20 de julio de 2013 (fl. 7), según el cual, la actora percibió: sueldo y primas: especial, de vacaciones y de navidad, sin embargo solamente realizó cotización para seguridad social sobre el **sueldo básico y la prima de vacaciones**, luego eran estos los que podían incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

Así las cosas, verificada la Resolución No. 5799 del 5 de septiembre de 2014 (fls. 4 a 6), la entidad demandada al liquidar la pensión vitalicia de jubilación de la actora, tuvo en cuenta los referidos factores, esto es la asignación o sueldo básico y la prima de vacaciones, lo que nos lleva a concluir que no desconoció el régimen aplicable a la pensión vitalicia de jubilación de la demandante, consagrado en la Ley 33 de 1985 conforme a la interpretación unificadora del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Bajo las anteriores consideraciones, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto demandado, razón por la cual tendrán que denegarse las pretensiones incoadas en el asunto de la referencia.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte demandante en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy <u>26 de septiembre de 2018</u> se notifica la anterior sentencia por anotación en el ESTADO No. <u>71</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--

JEJP



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2018-00072-00
Demandante: **JOSÉ ELIAS VÁSQUEZ PINTA**
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL–
EJÉRCITO NACIONAL**
Asunto: Sentencia de primera instancia

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor José Elías Vásquez Pinta en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el accionante actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a esta jurisdicción pretendiendo que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20173171509301 del 5 de septiembre de 2017, mediante el cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad en un 49.5% de la asignación básica.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la accionada a reconocer y pagar la prima de actividad al demandante equivalente en 49.5% de la asignación básica, así como el reajuste de los ajustes de valor conforme al IPC certificado por el DANE sobre las sumas adeudadas y que se dé cumplimiento al fallo según dispuesto en los artículos 189, 192, 193 y 194 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones se informa que el actor ingresó al Ejército a prestar su servicio militar y desde el 1º de noviembre de 2003, su vinculación fue como Soldado Profesional.

Agrega que en ejercicio del derecho de petición radicó escrito el 8 de agosto de 2017, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actividad con su respectiva indexación e intereses.

Al respecto, la entidad demanda mediante el Oficio No. 20173171509301 del 5 de septiembre de 2017, negó la anterior petición, resaltando que de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 no se consagró reconocer la prima de actividad a los Soldados Profesionales.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas citó los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 13, 25, 53, 216 y 217 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992, Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Afirmó que de conformidad con lo señalado en el artículo 4º de la Constitución Política, para el asunto de la referencia se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el Decreto 1794 de 2000, toda vez que se está vulnerando el principio de igualdad al no estar contemplado el concepto del factor de prima de actividad para los Soldados Profesionales y si para los demás miembros de las Fuerzas Militares ya sea personal uniformando y no uniformado.

Concluyó que el acto acusado desconoce la Constitución y la Ley, configurando un trato desigual entre los Soldados Profesionales y los demás miembros de las Fuerzas Militares, en cuanto no se reconoce la prima de actividad, a pesar de encontrarse en servicio activo.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la entidad accionada contestó la demanda (fls. 45 a 51), manifestando que se oponía a la prosperidad de las pretensiones y se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que dentro de la Fuerza Pública existe grupos jurídicamente diferenciados como lo señaló la Corte Constitucional, los cuales son, Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales. Por lo tanto, no le asiste a la parte actora el derecho de solicitar igualdad en sus prestaciones.

El Despacho precisa que dentro del escrito de contestación a la demanda, la apoderada de la entidad no propuso medios exceptivos de defensa.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN En audiencia inicial adelantada el 12 de septiembre de 2018 (fls. 59 a 62), en la etapa de alegatos la parte actora expuso sus

alegatos de conclusión del minuto 14:31 segundos hasta el minuto 19:20 segundos de la grabación (fl. 61).

La apoderada del Ejército Nacional expuso sus alegatos de conclusión del minuto 19:25 segundos hasta el minuto 23:17 segundos de la grabación (fl. 61).

El Ministerio Público emitió concepto del minuto 23:25 segundos hasta el minuto 37:33 segundos de la grabación (fl. 61).

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 12 de septiembre de 2018 (fls. 59 a 62), se determinó que el problema a resolver se centra en establecer ¿Le asiste derecho a la parte actora a que le sea reconocida y pagada la prima de actividad equivalente en 49.5% del salario básico, inaplicando por inconstitucionalidad el Decreto 1794 de 2000 y en su defecto lo señalado en el Decreto 1211 de 1990?

2. PRUEBAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Obran como tal, las siguientes documentales dentro del plenario:

1. Escrito presentado por el demandante en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 8 de agosto de 2017, mediante el cual la parte actora solicitó el reconocimiento del factor denominado prima de actividad en un 49.5% del salario básico mensual devengado (fl. 2 y 3).
2. Oficio No. 20173171509301 del 5 de septiembre de 2017, a través del cual la entidad demandada, negó la anterior petición (fl. 4).
3. Hoja de servicios correspondiente al accionante (fl. 5).
4. Certificado de nómina del mes de junio del año 2017 del demandante (6).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 de la Carta Política indican que la ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Así mismo, ordenó crear una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, lo cual se concretó en los artículos 10 y 13 al disponer:

***“Artículo 10.** Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

***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 2”.*

RÉGIMEN SALARIAL SOLDADOS PROFESIONALES

Por su parte, el Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 *“Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, en su artículo 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 11º dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 1. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley

131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

PARAGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

ARTICULO 3. PRIMA DE SERVICIO ANUAL. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento 50% del salario básico devengado en el mes de Junio del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual se pagará dentro de los (15) primeros días del mes de Julio. de cada año.

(...)

ARTÍCULO 4. PRIMA DE VACACIONES. A partir de la vigencia del presente Decreto el soldado profesional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico mensual por cada año de servicio más la prima de antigüedad, la cual se reconocerá para las vacaciones causadas a partir del (1) de febrero del año siguiente a la vigencia del presente Decreto.

ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

(...)

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

(...)"

De la norma antes transcrita, se evidencia que la misma estableció las prestaciones que tienen derecho los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que se vinculen a la institución a partir de la entrada en vigencia de la citada disposición.

PRIMA DE ACTIVIDAD PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES

Al respecto la denominada prima de actividad, es considerada un concepto salarial que en principio se le reconoció a los miembros de la Fuerza Pública en servicio

activo en la prestación de su servicio a las diferentes fuerzas ya sean personal uniformado o no uniformado. Así mismo, en la actualidad se ha reconocido como partida computable en las asignaciones de retiro de los militares y policías.

Ahora, mediante Decreto 1211 de 1990, "*por el cual se reforma el Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*, en el artículo 84 reconoció la prima de actividad para el personal activo en el siguiente forma:

"ARTÍCULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."

En ese orden de ideas, se observa que se estableció que este emolumento solo lo perciben los Oficiales y Suboficiales que se encuentran en servicio activo dentro de la institución correspondiente, en un 33% y en el artículo 158, 159 y 160 del ibídem indicó el reconocimiento y computo dentro de la asignación de retiro de los miembros ya indicados.

El Decreto 2863 del 27 de julio de 2007; "*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones*", en sus artículos 2º y 4º aumento el porcentaje de la prima de actividad tanto para los sujetos que estuvieren prestando sus servicios, así como aquellos que posteriormente iban a ser beneficiarios de pensión y/o asignación de retiro pero sólo respecto a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional es regulado por los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990, sin que se haya hecho manifestación alguna a quienes ostentaban el grado de Soldados Profesionales, respecto de quienes como ya se indicó se consagró el régimen mediante el Decreto 1794 de 2000.

El artículo 2º antes referido, fue objeto de pronunciamiento judicial al estudiarse la demanda de simple nulidad por parte del Consejo de Estado, Sección Segunda en Sentencia del 27 de marzo de 2014, en el cual se negó la nulidad de dicho artículo, por considerar que de conformidad con la facultad reglamentaria otorgada al Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Defensa Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública no

violaron los parámetros establecidos en la Ley 4ª de 1992, ni el derecho a la igualdad al fijar la prima de actividad para unos miembros en específico¹.

CASO CONCRETO

Conforme al material probatorio aportado al plenario y las alegaciones de las partes procesales, se tiene que el señor José Elías Vásquez Pinta prestó su servicio ante la entidad demandada como Soldado Profesional como consta a folio 5 del plenario; y que durante su servicio activo percibió sueldo básico, "PRSOLVOL" y subsidio familiar, de conformidad con la certificación que para el efecto expidió la Dirección de Personal del Ejército Nacional (fl. 6).

El demandante, pretende el reconocimiento y pago del porcentaje al que considera tener derecho por concepto de prima de actividad de la asignación básica, por lo tanto solicitó se realice la excepción de inconstitucionalidad sobre el Decreto 1794 de 2000.

Adujo, que este concepto lo tienen reconocido los demás miembros de las Fuerzas Militares desconociendo el equilibrio e igualdad de los derechos salariales entre ellos respecto a los Soldados Profesionales sobre el tema anotado.

Ahora, de conformidad con lo establecido el marco jurídico el Decreto 1794 de 2000, no contempló el emolumento salarial solicitado por la parte actora, estableciendo un trato en materia salarial diferente a los demás miembros de las Fuerzas Militares.

Al respecto, se advierte que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se encuentra establecido en el artículo 4º de la Constitución Política, al establecer que *"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."*. Esa norma le permite al operador jurídico o cualquier autoridad administrativa dejar de aplicar una disposición en un determinado asunto sin que la Ley inaplicada pierda vigencia o en virtud de un juicio de ponderación extender sus efectos a lo no previsto en ella.

Así las cosas, el Juez, para poder realizar el control difuso de una determinada norma, deberá efectuar un análisis respecto a la Constitución Política, para así poder

¹ Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve dentro del proceso con número de radicado interno 0656-2009

determinar si existen razones de peso que lo lleven a inaplicar o extender una norma en pro de salvaguardar los principios y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, en el caso concreto, el Despacho luego de un análisis sobre el contenido de la norma, en contraste con la Constitución Política y demás disposiciones que hacen parte del régimen especial que gobierna a los miembros de la Fuerza Pública, concluye que no se encuentra vulneración el principio- derecho a la igualdad ya que los Soldados Profesionales no se encuentran en la misma situación de hecho que los Oficiales y Suboficiales, por cuanto, la normatividad que rige a uno y otro grupo, obedece a que se trata de sujetos jurídicamente desiguales ya que pertenecen a diferentes niveles de jerarquía, rango, entre otros y, como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T- 540 del 2000; en el sentido de que *“no toda diferencia en el trato que se otorga a un grupo de empleados frente a otro constituye discriminación”*.

En esas circunstancias, ese trato diferenciado está permitido por la misma Ley 4ª de 1992, toda vez, que es la norma que establece los objetivos y criterios a tener en cuenta para fijar las distintas escalas salariales de acuerdo al grado, responsabilidades y funciones, es decir que el Gobierno Nacional optó por tratar de manera distinta a los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden de ideas, como lo ha indicado en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional, no se puede pretender igualdad en salario para los trabajadores que por su profesionalización o características desarrollan diferente labor tal como lo señaló en la Sentencia T-369 de 2016:

“El principio “a trabajo igual, salario igual” corresponde a la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales del trabajo. Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias. Así pues, quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta.”

Al respecto, es pertinente traer a colación algunos de los apartes contenidos en la sentencia 2009-00029 de marzo 27 de 2014, proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección B, dentro del radicado 11001-03-25-000-2009-

00029-00 (0656-2009), con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, en la cual se advirtió:

(...) “En efecto el actor estima que la Constitución Política al establecer en el artículo 216 que la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, establece un criterio de paridad entre quienes las integran, esto es, que todos los integrantes de la Fuerza Pública deben tener la misma remuneración por su trabajo. Esta interpretación a la que acude el accionante desconoce justamente el artículo 53 de la Constitución, según el cual “la remuneración mínima es vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; así al tratarse de un cuerpo jerarquizado, donde hay diferentes funciones y responsabilidades, el mandato constitucional impone que la retribución por el trabajo sea proporcional a las funciones.

Así, en el presente caso no se está frente a sujetos que se encuentren en las mismas condiciones y que desempeñen las mismas funciones, supuestos necesarios para que se practique la violación del derecho a la igualdad.

(...)

En suma, se destaca que para demostrar la violación del derecho a la igualdad a partir de la comparación entre supuestos de hechos diferentes y entre personas cobijadas por regímenes distintos, como lo plantea el actor en este proceso, se exige un análisis constitucional encaminado a justificar que los que son diferentes deben ser tratados igual, lo cual solo esta constitucionalmente ordenado en circunstancias extraordinarias de manifiesta desproporcionalidad no compensada por otros beneficios (...) (Negrillas fuera del texto original)”.

En ese orden de ideas, al no existir normatividad específica que permita tratarlos jurídicamente iguales a los Soldados Profesionales con relación a los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, se observa que la entidad demandada no ha vulnerado el derecho a la igualdad como lo argumenta el demandante, por lo cual no hay razón para inaplicar el Decreto 1794 de 2000 por inconstitucional y en consecuencia no se ordenara el reconocimiento de la prima de actividad en el porcentaje solicitado para que se partida computable a la asignación básica.

Aunado a lo anterior, en similar sentido se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá, al señalar:

“Por lo anterior, la circunstancia que a los soldados profesionales del Ministerio de Defensa, conforme a su régimen salarial y prestacional, no se les tenga en cuenta la prima de actividad, como si se les reconoce a los oficiales y suboficiales y empleados públicos de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional se encuentra justificada en que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe del derecho a la igualdad, además también obedece a criterios razonabilidad y disponibilidad de los recursos públicos como Ley 4° de 1992.

Circunstancias que permiten que en materia salarial se establezcan tratos diferentes pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los

*finés perseguidos por la autoridad, es decir, que los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y los distintos grados en la institución (...)*²

Adicionalmente, esta decisión se encuentra reforzada, por la legalidad del Decreto 1794 de 2000 toda vez que no ha sido objeto de pronunciamiento por las autoridades judiciales competentes. Por lo que se reitera no se encuentra vulneración alguna al derecho a la igualdad entre los diferentes miembros de la Fuerza Pública como lo alegó el demandante.

En ese orden de ideas, no hay lugar acceder a las pretensiones de la demanda, ya que no fue desvirtuada la presunción de legalidad que recae sobre el acto acusado, aunado al hecho que no hay precedente jurisprudencial que reconozca el concepto denominado prima de actividad en el porcentaje requerido por el actor. El cual, no percibió en el tiempo que prestó sus servicios como Soldado Profesional del Ejército Nacional.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del presente proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

² Tribunal Administrativo de Boyacá, M.P. Oscar Alfonso Granados Naranjo, Fallo del 13 de junio de 2018, Exp. 2016-00315.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy <u>26</u> de <u>septiembre</u> de <u>2018</u> se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>71</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>

JEP