

COSA JUZGADA - Finalidad / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Prohibición / REPRODUCCION DE ACTO ANULADO - Requisitos / ACTO ADMINISTRATIVO REPRODUCIDO - Inexistencia

Como es conocido, la cosa juzgada está llamada a garantizar la unidad de la jurisdicción, de modo que solamente haya un pronunciamiento sobre la misma materia. Así, cuando la jurisdicción se agota con una decisión, ésta se vuelve intangible por antonomasia y ningún otro juez puede volver sobre el asunto, pues de hacerlo, sería posible el hallazgo de dos sentencias contradictorias sobre idéntica controversia lo cual desconocería la unidad de jurisdicción y lesionaría la seguridad jurídica, pues la aplicación de unas mismas normas a un caso idéntico, no puede conducir razonablemente a resultados distintos. De la misma manera, la cosa juzgada constitucional está prevista para prohibir a todas las autoridades la reproducción de un acto declarado inexecutable, mientras subsistan en la Constitución los preceptos que dieron origen a la exclusión del acto del ordenamiento jurídico. En materia de lo Contencioso Administrativo igualmente está prohibida la reproducción de actos anulados, para lo cual se reclama a menudo la suspensión provisional del segundo acto. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que no basta con que haya semejanza o similitud entre el acto anulado y la reproducción, sino que debe existir identidad. Así expresó en la Sentencia de 19 de noviembre de 1987, radicado No. E-125, C.P. Dr. Jorge Valencia Arango, dijo el Consejo de Estado: (...). Reiteró luego la providencia del 15 de mayo de 1998, que “De conformidad con el artículo 158 del C.C.A. deben suspenderse provisionalmente los efectos de un acto administrativo que reproduce en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, tal situación no se presenta en el subjuicio...”. No obstante, la cosa juzgada que impide un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia, supone que previamente el Juez se haya ocupado exactamente del mismo asunto, es decir, la cosa juzgada exige que haya una triple coincidencia o identidad entre el asunto ya juzgado y el que de nuevo es llevado a la jurisdicción. Dicho con otras palabras la pretensión debe ser idéntica, la causa de esa pretensión ha de ser la misma y las partes deben coincidir.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 158

NORMA DEMANDADA: DECRETO 673 DE 2008 - ARTICULO 32

EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Inexistencia. No hay identidad entre la norma anulada y la demanda: Prima de actualización y prima sin carácter salarial

En el presente caso el alegato de cosa juzgada no cumple las anteriores exigencias, pues si bien hay algunas coincidencias, la base material y sustancial de la controversia ya decidida es enteramente distinta a la de ahora. Baste con decir, para abreviar, que el fundamento de aquella decisión radicó en que el Ejecutivo no podía distinguir entre servidores activos y pensionados porque el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 había dispuesto una política transitoria de nivelación entre los dos. En efecto dispuso la norma que: “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 Parágrafo.- La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.” Y si esa fue la inspiración de la norma, es decir una política de nivelación transitoria, entonces el advenimiento de nuevas realidades fiscales y nuevos instrumentos normativos impide que el fallo de antaño proyecte efectos hacia el futuro, para dar por decidido de antemano sobre toda otra legislación sobreviniente, en particular porque la norma que entonces fue anulada trataba de una prima “de actualización”, por tanto diferente de la prima hoy reconocida la que solo tendría vigencia efímera. Según el parágrafo del artículo 28 del Decreto No. 65 de 1994, norma en aquél entonces demandada, tendría lugar “hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y el retirado...”, de lo cual se sigue que no hay identidad entre la norma anulada y la que luego expidió el Gobierno Nacional y ha sido demandada en este proceso. Por lo mismo, el fallo anterior sobre distinta materia, no impide un nuevo pronunciamiento sobre norma posterior.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 65 DE 1994 - ARTICULO 28 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 13

NORMA DEMANDADA: DECRETO 673 DE 2008 - ARTICULO 32

PRIMA MENSUAL SIN CARACTER SALARIAL NI PRESTACIONAL - Beneficiarios / PRIMA MENSUAL SIN CARACTER SALARIAL NI PRESTACIONAL - Oficiales activos de las fuerzas militares y policía nacional. No viola derecho a la igualdad con retirados / OFICIALES ACTIVOS - Al reconocer prima mensual sin carácter salarial ni prestacional, no vulnera el derecho de igualdad de los retirados, ya que tiene por finalidad estimular a quienes prestan en servicio activo en situaciones de eminente peligro

Sobre el derecho de igualdad. Plantea en lo fundamental el demandante, que se rompe el derecho de igualdad entre servidores activos y retirados, al consagrar una prima para quienes están en ejercicio y excluir a los servidores que gozan de la asignación de retiro. La respuesta al problema jurídico que plantea la demanda, supone examinar en primer lugar la vigencia de la prima creada mediante la norma demandada, pues si se analiza con cuidado el texto del precepto acusado, se llega a la conclusión de que esa prima carece de efecto salarial y está llamada a extinguirse al retiro, lo cual señala que ella se vincula estrictamente al desempeño del cargo, y si los miembros actuales la pierden con el retiro, no hay desigualdad alguna. Esta consideración descarta la discriminación que alega el demandante, pues hay diferencias esenciales entre servidores activos y retirados. Baste con decir que los servidores activos de las Fuerzas Armadas se hallan expuestos al peligro inminente que implica las condiciones cambiantes de orden público, situación de riesgo que no alcanza a los miembros de la fuerza que están retirados. Puestas en esta dimensión las cosas, no hay cómo equiparar la situación de quienes se exponen a las vicisitudes del mantenimiento del orden público y aquellos que se hallan en situación de retiro, de donde se deduce que la diferenciación hecha no es contraria. No está demás señalar que el riesgo es factor determinante de la asignación, según lo prevé el artículo 2.3 de la Ley 923 de 2004. Reza la norma que para las asignaciones han de tomarse en cuenta “Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio

de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.”

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 923 DE 2004 - ARTICULO 2 NUMERAL 3

NORMA DEMANDADA: DECRETO 673 DE 2008 - ARTICULO 32

PRINCIPIO DE OSCILACION - Principio de movilidad de los salarios / ASIGNACION DE RETIRO - Incremento en el mismo porcentaje al del personal en servicio activo no comprende la prima de carácter no salarial de éstos / PRIMA SIN CARACTER SALARIAL DE OFICIALES EN SERVICIO ACTIVO - No incrementa asignación de retiro o pensión de personal retirado

Sobre el principio de oscilación. Es cierto que artículo 42 del Decreto No. 4433 de 2004 estableció un caso especial de movilidad del salario. Según la norma citada: “Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.” No obstante, la norma copiada establece la correlación entre los ingresos de los servidores activos y pensionados que “se incrementarán en el mismo porcentaje”, precepto que trata del aumento porcentual ordinario anual que decreta el Gobierno Nacional, pero que no puede extenderse a la prima consagrada en la norma demandada que, se repite, está vinculada a la permanencia en el servicio y a la asunción de los riesgos que ello implica. El incremento salarial se refiere al porcentaje anual en que se aumentan los salarios de los miembros activos de la fuerza, está regulado no solo en el Decreto Reglamentario No. 4433 de 2004, sino en la Ley 923 de 2004, que en su artículo 3.13 establece que “El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.” Esto implica que no todo movimiento en los ingresos de los servidores activos, deba reflejarse necesaria y automáticamente en lo percibido por los retirados.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 - ARTICULO 42 / LEY 923 DE 2004

NORMA DEMANDADA: DECRETO 673 DE 2008 - ARTICULO 32

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00041-00(1083-08)

Actor: PEDRO ANTONIO HERRERA MIRANDA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Corresponde a la Sala decidir, en única instancia, la acción de simple nulidad formulada por Pedro Antonio Herrera Miranda contra la Nación - y los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y Defensa Nacional.

LA DEMANDA

PEDRO ANTONIO HERRERA MIRANDA, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita al Consejo de Estado, declarar la nulidad parcial del siguiente Acto Administrativo:

- Decreto No. 673 de 4 de marzo de 2008, expedido por el Presidente de la República, *“por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”*, la acción de nulidad parcial comprende el artículo 32, según el cual: *“Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a partir de su ascenso al grado de Coronel o Capitán de Navío, hasta el grado de General o Almirante, mientras permanezcan en servicio activo, tendrán derecho a percibir una prima mensual sin carácter salarial ni prestacional, equivalente al dieciséis punto cinco por ciento (16.5%) del sueldo básico, sin perjuicio de la asignación básica y primas mensuales fijadas en las disposiciones legales vigentes”*. Del precepto copiado se pretende anular la parte subrayada.

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

El 19 de diciembre de 1991, los Ministros de Hacienda y Crédito Público, así como el de la Protección Social, presentaron ante el Senado de la República un proyecto de ley por medio del cual se fijan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública; igualmente para señalar las prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales y dictar otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) y f) de la Constitución Política; proyecto que se radicó bajo el número 32 de 1991.

El 22 de enero de 1992, el Presidente del Senado de la República repartió a la Comisión Primera Constitucional el proyecto de ley, por ser de su competencia y ordenó su envío a la Imprenta Nacional para efectos de su publicación en los Anales del Congreso. El ponente de la ley fue el Dr. Gabriel Melo Guevara.

El 18 de febrero de 1992, el ponente presentó su informe para primer debate en la Comisión Primera del Senado, junto con el pliego de modificaciones al articulado que habían propuesto los Ministros ya nombrados. Dentro de las modificaciones presentadas aparece el artículo 13 que señala: *“en desarrollo de la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar las remuneraciones del **personal activo y retirado** de la Fuerza Pública, de conformidad con los principios establecidos en el artículo segundo. Parágrafo: la nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscal de 1993 y 1996”*, este artículo fue aprobado finalmente por la comisión.

Se acusa que la norma demandada Decreto No. 673 de 4 de marzo de 2008 desconoce los preceptos de la Ley 4ª de 1992, en especial el artículo 13, norma que impide toda distinción entre personal activo y retirado de las fuerzas armadas.

Luego de presentada la demanda, el señor Enrique Ayala Giraldo, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 146 del Código Contencioso Administrativo, coadyuvó la demanda, solicitando que se dé aplicación a los lineamientos de la Ley 923 de 2004 y al principio de oscilación establecido para el ingreso de los militares según la Ley 2ª de 1945, y para la Policía Nacional por el Decreto No. 2295 de 1954, pues juzga que la expresión *“mientras permanezcan en servicio activo”* que aparece en la norma demandada,

transgrede el ordenamiento, en tanto excluye de los beneficios al personal retirado y pone en peligro el ingreso real de esos servidores de las fuerzas militares y con ello afecta su dignidad.

NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas el actor señala las siguientes:

La Constitución Nacional en los artículos 2º, 6º, 13, 53, 58, 150 numeral 19, literales e) y f), 217 y 218.

La Ley 4ª de 1992, en sus artículos 2º y 13.

El Decreto No. 4433 de 2004 en el artículo 42.

Señala el actor que el Gobierno al expedir la norma acusada, desconoció el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, según el cual *“Para la fijación del régimen salarial y prestacional en el artículo anterior, el Gobierno tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios: a) el respeto a los derechos de los trabajadores. En ningún caso se podrá desmejorar sus salarios y prestaciones sociales”*.

El artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, relacionado anteriormente, fue desconocido por el Gobierno Nacional, ya que en el Decreto acusado, solamente se regula la remuneración de los servidores públicos en servicio activo, sin señalar nada respecto de quienes están retirados, yendo de ese modo en contravía de lo que ordena la Ley. Así mismo, al conceder el derecho solamente al personal activo, desconoce el principio de oscilación previsto en el Decreto No. 4433 de 2004, que en su artículo 42 señala que: *“Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. (...)”*

Respecto de la normatividad constitucional objeto de violación, señala el actor que el artículo 32 del Decreto acusado es discriminatorio y desconoce el principio a la igualdad, toda vez que el Gobierno otorgó un trato preferente a los miembros de la fuerza en servicio activo, dejando de lado en verdad el principio de oscilación, el cual también pretende proteger el poder adquisitivo de los salarios del personal en retiro.

Refiere de igual forma que se desconocieron los principios de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, ya que la nivelación de los salarios debe incluir a los miembros activos, retirados y pensionados; de otro lado, con sujeción al principio de favorabilidad, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho laboral, se debe propender por el amparo a los trabajadores.

Denuncia el desconocimiento del artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución, así como el contenido material de la Ley 4ª de 1992, precepto que en el artículo 13 impone que la nivelación se haga tanto para empleados activos como para servidores retirados. Como soporte de la anterior afirmación se remite a la sentencia de 14 de agosto de 1997, de la que fue Consejero Ponente el Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos:

El artículo demandado fue expedido siguiendo las premisas de la Ley 4ª de 1992, no ve por tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que haya amenaza o violación del derecho constitucional a la igualdad, pues en un Estado como el nuestro, siguiendo los planteamientos de la Corte Constitucional, la igualdad se predica de los iguales y la diferencia de los desiguales. Entonces, está superado el concepto de igualdad en la ley a partir de la generalidad abstracta, para admitir el concepto de la generalidad concreta, que concluye en el principio según el cual no se permite regulación diferente para supuestos iguales o análogos, y se prescribe diferente trato a supuestos distintos. En el presente caso, el trato disímil que se hace entre los servidores públicos retirados y miembros activos es justificado, pues la situación laboral y jurídica de ellos es distinta; así la Corte Constitucional, en la Sentencia C-888 de 2002, ha dicho que cuando existen situaciones fácticas diferentes, que por tanto ameritan tratamientos diferenciados, el legislador puede razonablemente regularlas de manera distinta, tal y como ocurrió con la expedición del Decreto No. 673 de 2008.

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

De lo anterior se desprende que al Ejecutivo le corresponde ejercer la competencia que le autoriza a fijar el régimen salarial y prestacional que involucra a todos los empleados públicos, ciñéndose a los objetivos y normas generales que expida el legislador mediante instrumentos especiales conocidos como leyes marco o cuadro, en este caso la Ley 4ª de 1992.

Aduce el actor que al limitar la bonificación consagrada en el artículo 32 del Decreto No. 673 de 2008, se está desconociendo el principio de oscilación que se encuentra consagrado en el artículo 42 del Decreto No. 4433 de 2004; sin embargo, a juicio del Ministerio, el artículo 13 del Decreto citado por el demandante, y al contrario de lo que éste argumenta, señala las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares e indica que la asignación de retiro, la pensión de vejez y de invalidez se deben liquidar específicamente con base en el sueldo básico, la prima de antigüedad, la de actividad, la de estado mayor, la de vuelo, el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos; dicho artículo señala además que el resto de primas, bonificaciones, auxilios y compensaciones no serán computables para efectos de asignación de retiro o pensión. Bajo éste entendido la norma acusada consagra una prima mensual que no tiene carácter salarial ni prestacional, por lo que no puede ser tenida en cuenta para liquidar la asignación de retiro, por esta razón no es de recibo que cada vez que se otorgue una prima a miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, se deba interpretar que la misma sea extendida al personal retirado, con fundamento en una nivelación que sólo debía hacerse entre los años 1993 y 1996.

Por estas razones, no puede ser declarada la nulidad de la expresión “*mientras permanezca en servicio activo*”, pues se trata de dos circunstancias fácticas diversas.

Se refiere al fallo que fuera aportado por el demandante como precedente, y que trata de la nivelación de las remuneraciones del personal activo y retirado de los miembros de la Fuerza Pública, aclara enfáticamente que en esa providencia hizo alusión a una prima de actualización que fue consagrada en la Ley 4ª de 1992, pero únicamente para las vigencias fiscales de 1993 y 1996, por lo cual resulta inaplicable el precedente a este caso.

A su vez el Ministerio de Defensa, se opuso a las pretensiones de la demanda con apoyo en los siguientes argumentos:

El Decreto No. 673 del 4 de marzo de 2008 “*por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial*”, se caracteriza por ser un conjunto normativo, que regula el régimen salarial propio de esta clase de servidores públicos.

Contrario a lo que plantea el demandante, el Decreto No. 673 de 2008, fue expedido para facilitar el cumplimiento de las normas constitucionales y legales y contiene parámetros claros para ser aplicado, sin generar una distinción irrazonable.

Así, el régimen salarial propio de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de los servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional y sus garantías consagradas en la Constitución y la ley se desarrollan como exigencias del Estado Social de Derecho, en un marco normativo de igualdad sustancial. Además en diferentes fallos que cita la demandada, la Corte Constitucional ha respetado la existencia de un régimen especial para las fuerzas militares y a espacio se destina a explicar la noción.

El derecho a la igualdad exige una comparación desde un punto de referencia, para establecer la diferencia frente a todos los sujetos de derecho o destinatarios de las normas, las autoridades deben proveer igual tratamiento y les está prohibido dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio. En otras palabras, el derecho es al mismo tiempo un factor de diferenciación y de igualación, porque conforme a los supuestos de hecho se atribuyen las consecuencias jurídicas, como es el caso de las normas demandadas, las cuales consagran una garantía de igualdad de oportunidades conforme a las circunstancias que motivan la expedición de una ley.

La asignación de retiro, prosigue, es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad atendiendo la naturaleza especial del servicio y las tareas que cumplen los beneficiarios a quienes se les reconoce.

En el caso *sub examine* no había derecho adquirido alguno que reclamar por parte del demandante y, por ende, ningún motivo válido podía invocar ante el Consejo de Estado, que se estaban desconociendo derechos y garantías constitucionales.

No existe vulneración constitucional alguna a los artículos 1º, 2º, 4º y 6º, 13, 53, 150 numeral 19 literal e) y 217 y 218 de la Constitución Política, en cuanto la nivelación fue surtida dentro del periodo dispuesto por el mismo legislador; y con relación a la prima de actualización, no puede predicarse la igualdad en contraprestaciones salariales de índole diferente, razones por las que no hay vulneración a la supremacía de la Carta ni tampoco existe extralimitación del ejecutivo.

Por lo expuesto, solicita desestimar las súplicas de la demanda ante la ausencia de transgresión constitucional a una norma superior y declarar incólume la norma acusada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante apoderada judicial alegó de conclusión, para lo cual expresó los siguientes argumentos:

Según la entidad, el establecimiento de una prima mensual a favor del personal de las Fuerzas Militares, mientras permanezcan en servicio activo, no involucra *per se* que haya un derecho adquirido para el personal retirado; toda vez que la disposición es clara al precisar que sólo acceden a ella los miembros que se encuentren en servicio activo, pero que una vez retirados no recibirán este emolumento.

De igual manera, no se desmejoran los salarios y prestaciones sociales porque este beneficio se aplique solamente cuando el personal se encuentre en servicio activo, pues se trata de un reconocimiento a las labores efectiva y realmente prestadas al servicio de la entidad.

El principio de oscilación, conforme a los términos del artículo 42 del Decreto No. 4433 de 2004, determina que las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el mismo decreto, se incrementarían en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. La ausencia de vulneración de ese principio se evidencia al enlistar las partidas computables para la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivientes al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto No. 4433 de 2004, no se encuentra la prima mensual y sí por el contrario en el parágrafo del mismo artículo se deja consignado claramente que: *“ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales”*.

Considera la demandada que tampoco hay vulneración de los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 53, 217, 218, literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, al establecer una prima mensual para el personal activo y no para el retirado. Si bien es cierto la Carta Política protege la igualdad de los asociados, lo que se busca con el principio es otorgar un tratamiento igual para casos análogos, y un tratamiento diferente a situaciones cuyos elementos y características sean disímiles, tal y como ocurre en esta situación, por lo que no es viable comparar la situación de un servidor que permanece incorporado en las filas y uno que no lo está.

Insistió el Ministerio de Hacienda en que no hay Cosa Juzgada, pues para que se configure ese fenómeno debe existir identidad de objeto y de causa, entre el

proceso de nulidad objeto de estudio y el que ya fue juzgado. La sentencia que invoca el actor, está referida a la prima de actualización para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública, realizada para la vigencia fiscal 1992 y 1993, en el presente caso, se trata de una prima mensual que no es parte de los componentes de la asignación de retiro y que para acceder a ella existen unas especiales condiciones, como el obtener ascenso, en un grado determinado y sólo se reconoce mientras el personal está en servicio activo.

El demandante presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Insiste en que la disposición acusada es violatoria del artículo 2° de la Ley 923 de 2004 y del Decreto No. 4433 de 2004, normas que contemplan el principio de oscilación de la asignación de retiro, según el cual los salarios se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones para cada grado.

El artículo 3.13 de la Ley 923, igualmente fue desconocido por el Gobierno; según esa norma, *“el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública , será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”*. El artículo acusado, en tanto señala una prima para los grados de Coronel hasta General, pero sólo para el personal activo, constituye un aumento en las asignaciones de estos grados, que de acuerdo a lo señalado en la ley debe hacerse también para el personal en retiro. Es evidente que como no se reconoce por mandato de ese artículo el incremento para las asignaciones por retiro, el Gobierno se ha extralimitado en el ejercicio de sus funciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó declarar la nulidad del artículo acusado en la demanda, lo que hizo asistido de las siguientes consideraciones:

Para el Ministerio Público el demandante tiene la razón, pues el Gobierno Nacional creó una prima mensual sin carácter salarial a favor de los Coroneles

o Capitanes de Navío hasta el grado de Generales o Almirantes, que permanecieran en servicio activo, excluyendo de esta prestación al personal desvinculado que ostentara estos rangos y que se hallara percibiendo asignación de retiro.

Acorde con lo anterior, y al revisar el párrafo del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, se observa que el legislador autorizó al Gobierno Nacional para que fijara una escala gradual, con el objeto de nivelar la remuneración de los servidores de la Fuerza Pública, y el párrafo 1º circunscribió a un periodo determinado, esto es, por el término comprendido entre los años de 1993 y 1996. Es decir, que se causaba hasta tanto se estableciera la escala salarial porcentual única. Por consiguiente, las primas y bonificaciones introdujeron una modificación gradual a las asignaciones de actividad, haciéndolo extensivo a las asignaciones de retiro y pensiones consagradas en el artículo 169 del Decreto No. 1211 de 1990, con lo cual se agotaron las facultades del Gobierno Nacional.

Es evidente que el legislador consagró la posibilidad de crear estas prestaciones para nivelar la remuneración de los servidores de la Fuerza Pública, pero ello sólo era posible hasta cuando se definiera la escala única de remuneración; por ende, el Ejecutivo no podía con fundamento en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, ampliar esta nivelación a los activos ni retirados en forma permanente, pues aquella facultad fue creada como un mecanismo temporal, hasta tanto se fijara la escala salarial única, como previó la Ley 4ª de 1992.

Así las cosas, los miembros activos y los retirados podían percibirla por el lapso señalado, rigiendo a partir del año 1996 la escala salarial definitiva fijada en el Decreto No. 107 de 1996. De acuerdo con esto, una vez expedido este decreto, se cumplían las razones legales que le habían dado vida a estas primas, no estando por otra parte autorizado el Gobierno para crear esta clase de beneficios a favor de los servidores de la Fuerza Pública, con posterioridad a esta fecha. Por consiguiente el Gobierno Nacional no podía con base en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, expedir el Decreto No. 673 de 2008, creando una prima a favor de los servidores de la fuerza pública, dado que la facultad para regular el tema de la nivelación estaba supeditada a un tiempo determinado, vencido el cual, perdía competencia el gobierno para volver a ocuparse del tema por ser un asunto atribuido al legislador.

Solicita el Ministerio Público que el Consejo de Estado, declare la ilegalidad de la totalidad de la disposición, por que si bien el demandante sólo acusó la expresión *“mientras permanezca en servicio activo”*, la creación de la prestación por parte del ejecutivo contradice el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 y el literal e), numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política. En consecuencia, se debe declarar la nulidad de toda la disposición, por exceder los parámetros y directrices que fijó la ley marco. Para ello invoca la Sentencia de 28 de junio de 2001, de la que fue Consejero Ponente el Dr. Manuel Santiago Urueta A, radicado interno No. 6502.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico del que enseguida se ocupa el Consejo de Estado, concierne a establecer si 1. hay cosa juzgada, 2. si hay quebranto del derecho de igualdad, 3. si se rompe el derecho a un salario móvil y si el Presidente de la República tenía la facultad para expedir el decreto acusado.

1.- El acto cuya nulidad se solicita es del siguiente tenor:

*“DECRETO No.673 DE 2008
(marzo 4)*

“por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”

El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992,

DECRETA:

Artículo 1º. (...)

Artículo 32. “Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional a partir de su ascenso al grado de Coronel o Capitán de Navío, hasta el grado de General o Almirante, mientras permanezcan en servicio activo, tendrán derecho a percibir una prima mensual sin carácter salarial ni prestacional, equivalente al dieciséis punto cinco por ciento (16.5%) del sueldo básico, sin perjuicio de la asignación básica y primas mensuales fijadas en las disposiciones legales vigentes”.

(...)

Publíquese y Cúmplase”.

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

Así el artículo 28 del Decreto No. 65 de 1994 fijó los salarios y en el párrafo restringió la prima de actualización al personal *“que se encuentre en servicio activo...”*.

Por su parte el artículo 28 del Decreto 25 de 1993 contenía idéntica restricción.

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

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

En materia de lo Contencioso Administrativo igualmente está prohibida la reproducción de actos anulados, para lo cual se reclama a menudo la suspensión provisional del segundo acto. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que no basta con que haya semejanza o similitud entre el acto anulado y la reproducción, sino que debe existir identidad. Así expresó en la Sentencia de 19 de noviembre de 1987, radicado No. E-125, C.P. Dr. Jorge Valencia Arango, dijo el Consejo de Estado: *“Es cierto, como lo afirmaron los recurrentes, que las decisiones de los jueces no son obligatorias, en principio, sino para las partes del proceso en que la decisión se toma y que, aunque los casos sean similares, no puede considerarse reproducido el acto anulado, con violación*

del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, porque una sentencia del Consejo de Estado haya anulado la elección de las Mesas Directivas de las Cámaras Legislativas verificada en julio de 1987, sin someterse al criterio expuesto por esta Corporación en la aludida sentencia, por cuanto los casos son similares, pero no idénticos, pues cada uno es independiente y tiene su vida propia y, en fin, porque los jueces de la República no proveen, por vía general, sino para el caso en particular sometido a su jurisdicción. Por ello, como muy bien lo dice el auto suplicado, la violación del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, no se observa o advierte, prima facie, como para edificar sobre su ocurrencia la medida cautelar de la suspensión provisional de los actos impugnados. Pero, no obstante lo anterior, el que la decisión comentada no vincule al Juez, no impide que el criterio expuesto en un caso similar con análisis profundo, sereno, meditado e imparcial de las normas involucradas sea adoptado en el caso similar posteriormente sometido a su decisión, cuando subsisten las mismas razones de hecho y de derecho y no se observan argumentos que impongan conclusión distinta...” Reiteró luego la providencia del 15 de mayo de 1998¹, que “De conformidad con el artículo 158 del C.C.A. deben suspenderse provisionalmente los efectos de un acto administrativo que reproduce en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, tal situación no se presenta en el subjuice...”

No obstante, la cosa juzgada que impide un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia, supone que previamente el Juez se haya ocupado exactamente del mismo asunto, es decir, la cosa juzgada exige que haya una triple coincidencia o identidad entre el asunto ya juzgado y el que de nuevo es llevado a la jurisdicción. Dicho con otras palabras la pretensión debe ser idéntica, la causa de esa pretensión ha de ser la misma y las partes deben coincidir.

En el presente caso el alegato de cosa juzgada no cumple las anteriores exigencias, pues si bien hay algunas coincidencias, la base material y sustancial de la controversia ya decidida es enteramente distinta a la de ahora. Baste con decir, para abreviar, que el fundamento de aquella decisión radicó en que el Ejecutivo no podía distinguir entre servidores activos y pensionados porque el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 había dispuesto una política transitoria de nivelación entre los dos. En efecto dispuso la norma que:

¹ Radicado N. 8916, C.P. Dr. Delio Gómez Leyva, actor César Marcucci Vera.

“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

Parágrafo.- *La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.”*

Y si esa fue la inspiración de la norma, es decir una política de nivelación transitoria, entonces el advenimiento de nuevas realidades fiscales y nuevos instrumentos normativos impide que el fallo de antaño proyecte efectos hacia el futuro, para dar por decidido de antemano sobre toda otra legislación sobreviniente, en particular porque la norma que entonces fue anulada trataba de una prima “de actualización”, por tanto diferente de la prima hoy reconocida la que solo tendría vigencia efímera. Según el parágrafo del artículo 28 del Decreto No. 65 de 1994, norma en aquél entonces demandada, tendría lugar *“hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y el retirado...”*, de lo cual se sigue que no hay identidad entre la norma anulada y la que luego expidió el Gobierno Nacional y ha sido demandada en este proceso. Por lo mismo, el fallo anterior sobre distinta materia, no impide un nuevo pronunciamiento sobre norma posterior.

3.- Sobre el derecho de igualdad. Plantea en lo fundamental el demandante, que se rompe el derecho de igualdad entre servidores activos y retirados, al consagrar una prima para quienes están en ejercicio y excluir a los servidores que gozan de la asignación de retiro.

La respuesta al problema jurídico que plantea la demanda, supone examinar en primer lugar la vigencia de la prima creada mediante la norma demandada, pues si se analiza con cuidado el texto del precepto acusado, se llega a la conclusión de que esa prima carece de efecto salarial y está llamada a extinguirse al retiro, lo cual señala que ella se vincula estrictamente al desempeño del cargo, y si los miembros actuales la pierden con el retiro, no hay desigualdad alguna.

Esta consideración descarta la discriminación que alega el demandante, pues hay diferencias esenciales entre servidores activos y retirados. Baste con decir que los servidores activos de las Fuerzas Armadas se hallan expuestos al peligro inminente que implica las condiciones cambiantes de orden público, situación de riesgo que no alcanza a los miembros de la fuerza que están retirados. Puestas en

esta dimensión las cosas, no hay cómo equiparar la situación de quienes se exponen a las vicisitudes del mantenimiento del orden público y aquellos que se hallan en situación de retiro, de donde se deduce que la diferenciación hecha no es contraria.

Si el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado quiso estimular a quienes diariamente asumen la defensa de la paz y de la soberanía nacional, en situaciones de enorme peligro, cómo decir que con ello se configura un episodio de discriminación si el mismo privilegio se niega al servidor retirado. Desde esta perspectiva, la distinción que se hace en la norma acusada, al crear este beneficio, está plenamente justificada como política de incentivo para el mejor desempeño de una función y, si no comprende a los que han cesado en ejercicio de ella, no se configura un caso de discriminación. La regla demandada señala que la prima sólo estará vigente durante la prestación del servicio y no tendrá impacto futuro, lo cual indica que el beneficio está vinculado al ejercicio de una función y descarta su vigencia al cesar la misma momento en el cual se produce la igualdad de circunstancias y de trato. Se desprende de lo dicho, que no se configura un evento de discriminación, pues durante el retiro, los actuales servidores y quienes hoy gozan de la asignación de retiro son iguales, es decir la diferencia está atada a la prestación efectiva y real de las tareas propias del empleo.

No está demás señalar que el riesgo es factor determinante de la asignación, según lo prevé el artículo 2.3 de la Ley 923 de 2004. Reza la norma que para las asignaciones han de tomarse en cuenta *“Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.”*

4.- Sobre el principio de oscilación. Es cierto que artículo 42 del Decreto No. 4433 de 2004 estableció un caso especial de movilidad del salario. Según la norma citada:

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

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

No obstante, la norma copiada establece la correlación entre los ingresos de los servidores activos y pensionados que “*se incrementarán en el mismo porcentaje*”, precepto que trata del aumento porcentual ordinario anual que decreta el Gobierno Nacional, pero que no puede extenderse a la prima consagrada en la norma demandada que, se repite, está vinculada a la permanencia en el servicio y a la asunción de los riesgos que ello implica.

El incremento salarial se refiere al porcentaje anual en que se aumentan los salarios de los miembros activos de la fuerza, está regulado no solo en el Decreto Reglamentario No. 4433 de 2004, sino en la Ley 923 de 2004, que en su artículo 3.13 establece que “*El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.*” Esto implica que no todo movimiento en los ingresos de los servidores activos, deba reflejarse necesaria y automáticamente en lo percibido por los retirados.

De otro lado, la Constitución consagra la movilidad de los salarios para todos los trabajadores Colombianos, así como la no regresividad, principios que no se alteran porque la prima creada por la norma demandada sólo ampare a los miembros de la fuerza pública en servicio activo que, como ya se dijo, perciben ese beneficio por el riesgo que implica el ejercicio actual de la función.

5.- Competencia del presidente para expedir el Decreto.

Ha planteado el Ministerio Público que el artículo es nulo en su totalidad, pues el Presidente de la República carece de competencia para expedir el acto, en tanto dicha competencia creada por el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, se extinguió en su momento y se requería una nueva ley habilitante.

A juicio de la Sala carece de razón el Ministerio Público, pues el Decreto demandado no fue expedido estrictamente con sujeción al artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, en verdad tal norma no aparece mencionada como fuente de la competencia ejercida por el Presidente de la República en este caso. Baste con señalar que en el preámbulo del Decreto se hace alusión a la Ley 4ª de 1992 y no exclusivamente al artículo 13 de la mentada ley.

En verdad el Congreso de la Republica expidió la Ley 4ª del 18 de mayo de 1992, "*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Publica y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literales E) y F) de la Constitución Política*", norma ésta que confiere al Presidente una prerrogativa general para regular la escala salarial de los miembros de la Fuerza Pública, que no depende exclusivamente de la vigencia del artículo 13 citado por el Ministerio Público.

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

El Gobierno tiene entonces competencia para desarrollar la ley marco, decretando incrementos para atender las necesidades de los trabajadores como lo manda la Ley 4ª de 1992, el Gobierno podrá entonces , según las necesidades y conveniencias sociales, económicas y laborales regular la materia salarial, con sujeción a una política económica propia, operando dentro de los parámetros de la Ley Marco.

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

FALLA

NIEGANSE las pretensiones de la demanda de acción de nulidad parcial del artículo 32 del Decreto No. 673 de 4 de marzo de 2008, expedido por el Presidente de la República de la expresión "*mientras permanezcan en servicio activo*"

**Cópiese, notifíquese y, una vez, en firme el anterior proveído archívese.
Cúmplase**

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

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 673 DE 2008 - ARTICULO 32