

PRINCIPIO DE OSCILACION – Asignación de retiro / PRINCIPIO DE OSCILACION – Actualización diferente a las pensiones / LIMITACIONES JURISPRUDENCIALES – Al principio de oscilación / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Ajuste de las asignaciones de retiro con base en el índice de precios al consumidor /

[L]a jurisprudencia ha visto algunas limitantes en la aplicación del principio de oscilación. Se ilustran algunas de ellas: Principio de favorabilidad: En este sentido esta corporación admitió, de manera temporal, el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el índice de precios al consumidor, IPC, en aplicación del principio de favorabilidad, pues al hacer una comparación de los porcentajes que arrojan uno y otro sistema resultaban más beneficiosos los del régimen general. Al respecto, concluyó que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 adicionada por la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995 que exceptúa a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, que regula el derecho al reajuste de las pensiones de acuerdo con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE (art. 14), resultaba más favorable que las normas contempladas para su régimen especial, es decir, que el principio de oscilación. Sin embargo, en aquella situación se aclaró que el reconocimiento así dispuesto, tendría una limitante temporal por los años de 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, dada por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que definió nuevamente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones. - El carácter de algunas prestaciones económicas: Tampoco puede predicarse este mecanismo de ajuste cuando se trata de primas vinculadas a la permanencia en el servicio y a la asunción de los riesgos que ello implica, como se indicó al referirse a la no inclusión de una prima sin carácter salarial para efectos de incrementar la asignación de retiro.- La prescripción: Tal limitación se advirtió en los eventos en los cuales el personal en retiro de la Fuerza Pública solicitó el reconocimiento de la prima de actualización que fue establecida mientras el Gobierno Nacional fijaba una escala única en las remuneraciones de los miembros de la Fuerza Pública, que en un principio fue consagrada por los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, únicamente para el servicio activo, pero posteriormente el Consejo de Estado declaró la nulidad de las expresiones que así lo restringían, y como consecuencia de la temporalidad de la prestación que se reclamaba, se examinó si había operado la prescripción cuatrienal de acuerdo con lo definido por los Decretos 1211 y 1212 de 1990, artículos 174 y 155 respectivamente. - Otra limitación impuesta por la jurisprudencia al alcance de este principio, se refiere a que en su aplicación no es viable la creación de un nuevo factor computable, sino que solamente está dirigido a la variación porcentual que podrían sufrir los factores básicos de liquidación. Asero que se expuso en un caso en el que solicitó la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de la prima mensual y se concluyó que tal emolumento no era una partida computable en la liquidación de dicha prestación.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1211 DE 1990 – DECRETO 1212 DE 1990

ASIGNACION DE RETIRO – Derecho a la igualdad / AJUSTE DE LA ASIGNACION DE RETIRO – No se vulnera el derecho a la igualdad / PRIMA

DE ACTIVIDAD – Incremento del 50% para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional / AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL – No se vulnera el derecho a la igualdad

[L]a pretensión dirigida a obtener la nulidad del mencionado artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007 sustentada en la vulneración del derecho a la igualdad de los agentes retirados de la Policía Nacional frente a los oficiales y suboficiales, lo que persigue es que a aquellos se les extienda el ajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje previsto por el artículo 2.º para los agentes activos. Al respecto es importante señalar que una vez revisados los antecedentes jurisprudenciales sobre el punto, se observa que esta corporación en sentencia del 27 de marzo de 2014, se pronunció sobre la legalidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 frente al cargo de vulneración del derecho a la igualdad, al incrementar la prima de actividad en un 50% a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, sin incluir a los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y a los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. En esa oportunidad, la Sección Segunda precisó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad, pues por un lado, la parte actora afirmó que los agentes, soldados profesionales y personal del nivel ejecutivo son «la parte más débil de la jerarquía en la fuerza pública y quienes corren más riesgos», empero, no se demostró el supuesto fáctico para dar aplicación del principio *a trabajo igual salario igual*, razón por la cual debía otorgarse el aumento de la prima en cuestión. Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 4.ª de 1992, concluyó que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así las cosas, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan. (...) Corolario de lo expuesto y dado que en el presente caso no se traen argumentos adicionales a los ya estudiados frente al ajuste de la prima de actividad y la vulneración del derecho a la igualdad del personal de agentes activos de la Policía Nacional, son aplicables las consideraciones ya referidas, las cuales conllevan a que no se dé el ajuste en las asignaciones de retiro con fundamento en el principio de oscilación, sin que se haya presentado el mismo ajuste para los miembros en servicio activo, motivo por el cual no se presenta la alegada vulneración del derecho a la igualdad. Conclusión: No se vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios al no incluirlos para efectos del ajuste dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía en la misma condición, toda vez que no se presenta un *tertium comparationis* en esta materia, puesto que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones y desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2863 DE 2007 (27 de julio) GOBIERNO NACIONAL – ARTICULO 4 (NO ANULADO)

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCION A

Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017). SE 005

Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00186-00(1316-10)

Actor: ANTONIO MOYANO

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

Acción Pública: Nulidad del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones.» Trámite en vigencia del Decreto 01 de 1984.

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado profiere sentencia en la acción pública de nulidad promovida por el señor Antonio Moyano contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

ANTECEDENTES

El señor Antonio Moyano en ejercicio de la acción de nulidad simple consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandó de esta corporación la nulidad del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones»

El tenor literal de la norma demandada es el siguiente:

Pública
Por el cual se modifica parcialmente el Decr«DECRETO 2863 DE 2007
(julio 27)
Diario Oficial No. 46.702 de 27 de julio de 2007
Departamento Administrativo de la Función eto 1515 de 2007 y se dictan
otras

disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia,
En desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a de 1992 y la
Ley 923 de 2004,

DECRETA:

[...]

Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1.° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2.° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 169 del Decreto 1211 de 1990, 151 del Decreto 1212 de 1990, 110 del Decreto 1213 de 1990 y 42 del Decreto 4433 de 2004.

Como causal de nulidad la parte actora señaló que la norma acusada incurrió en vulneración del derecho a la igualdad toda vez que en aplicación del principio de oscilación, dispuso que las asignaciones de retiro, pensiones de invalidez o de sobrevivientes de los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, o de sus beneficiarios se ajustaran en el mismo porcentaje en que se ajustaron las del activo correspondiente, dejando por fuera de dicha regla al personal de agentes de la Policía Nacional.

El demandante indicó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 110 del Decreto 1213 de 1990, los agentes de la Policía Nacional también son beneficiarios del principio de oscilación y por tal razón, la norma acusada no puede excluirlos.

Frente al punto señaló además que los agentes retirados después del 31 de diciembre de 2004 perciben una prima de actividad equivalente al 50% del sueldo básico, prima a la que hacen referencia las normas que regulan el principio de oscilación para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, esto es, el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y el artículo 151 del Decreto 1212 de la misma anualidad y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, por lo que no hay razón alguna para que los agentes tengan un tratamiento diferente respecto de los oficiales y suboficiales de la fuerza pública.

En ese orden, solicitó a esta corporación corregir tal situación y ordenar que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 110 del Decreto 1213 de 1990, el cual consagra el principio de oscilación de asignaciones de retiro para los agentes de la Policía Nacional. Lo anterior en aplicación de los principios de equidad y universalidad respecto de los miembros de una misma institución en condiciones de igualdad, y dado que las entidades del Estado no pueden, sin una justificación razonable, establecer condiciones desiguales para circunstancias iguales y viceversa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ministerio de Hacienda y Crédito Público (ff. 46-51)

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues en su criterio, aunque la norma no incluyó a los agentes en retiro, ello no comporta violación de ninguno de sus derechos. Para el efecto explicó que dicho personal no fue beneficiario del incremento de la prima de actividad dispuesta en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, que modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

Del mismo modo aclaró que los beneficiarios del incremento de la prima de actividad son los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, según se desprende de los artículos 84 del Decreto 1211 de 1990, 68 del Decreto 1212 de 1990 y 38 del Decreto 1214 de 1990, luego se colige que no cobija a los agentes de la Policía Nacional.

Adicionalmente expuso que la oscilación de la asignación de retiro y de la pensión consiste en que las asignaciones de retiro y las pensiones se incrementan en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado, luego no podía incluirse en la norma al personal de agentes retirados de la Policía Nacional, toda vez que el personal de agentes de la misma institución en actividad no fue beneficiario del incremento de la prima de actividad dispuesta en el Decreto 2863.

Así las cosas, concluyó que de haberse incluido a los agentes de la Policía en retiro como beneficiarios del ajuste, se habría creado un sistema de oscilación contrario a la ley, habida cuenta de que no sería el reflejo del aumento de las asignaciones en actividad, sino del aumento en la asignación de otros servidores con grados diferentes. En ese sentido precisó que la prima de actividad para los agentes de la Policía Nacional en servicio activo está regida por el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990 y su cómputo para efectos de la asignación de retiro y pensiones del personal retirado se realiza en los términos del artículo 101, *ibidem*.

Seguidamente propuso los siguientes medios exceptivos:

- *Inepta demanda*: La cual sustentó en que el libelo inicial no cumplió con los requisitos del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo,

especialmente el numeral 4, en razón a que no contiene capítulo de violación de normas y explicación de la transgresión. Adicionalmente, adujo que la pretensión de que se corrija la norma demandada resulta impropia, dado que en la acción de nulidad, el poder del juez solamente llega hasta la declaratoria de nulidad del precepto enjuiciado, sin que le sea dable reemplazarlo como lo pretende el señor Antonio Moyano.

- *Indebida acumulación de acciones:* Al respecto indicó que no es viable la acumulación de las acciones de nulidad y de cumplimiento, como lo pretende el accionante.

Departamento Administrativo de la Función Pública (ff. 55-61)

El apoderado de esta entidad solicitó se declare la inhibición para un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustancial de la demanda, o su defecto, se denieguen las pretensiones de la demanda.

En su criterio, se configura la ineptitud sustantiva de la demanda, pues el actor no indicó las normas que consideró como vulneradas ni el concepto de violación, además porque la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo no está instituida para solicitar la complementación de los decretos salariales dictados por el Gobierno Nacional, ni para solicitar su aplicación a un grupo de empleados, pues para el efecto están instituidas otro tipo de acciones.

Adicionalmente, precisó que la demanda no versa sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto parcialmente acusado, sino respecto de los beneficios a los cuales considera que tiene derecho el demandante. Sobre este punto, hizo énfasis en que de acuerdo con la teoría de los móviles y las finalidades, el operador jurídico al momento de hacer el estudio del caso, debe analizar si la nulidad busca restablecer el derecho del accionante, o no, en atención a los motivos que lo llevan a emprender una discusión sobre la legalidad de una norma. Ello con el objetivo de poner de presente que la finalidad del actor es la de mejorar sus ingresos salariales y no la de restablecer el orden jurídico quebrantado con la norma.

En defensa de la legalidad de la disposición acusada, hizo referencia a la prima de actividad y sus antecedentes normativos para concluir que dentro de los beneficiarios del incremento de la prima de actividad a que alude el Decreto 2863 de 2007 no se encuentran los agentes de la Policía Nacional, por lo tanto, mal podría dicho decreto incluirlos como titulares del reajuste de la asignación de retiro que debe efectuarse de conformidad con el principio de oscilación.

Ministerio de Defensa Nacional (ff. 96-112)

La apoderada de esta cartera ministerial también formuló las excepciones de inepta demanda e indebida acumulación de acciones, fundadas en las mismas razones que expuso el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Posteriormente hizo un recuento de las normas que han regulado la carrera policial del nivel ejecutivo y los beneficios del sistema, para señalar que la prima de actividad de los agentes de la Policía está consagrada en el artículo 30 del Decreto 1213 de 1990, en el equivalente al 30% del sueldo básico. Resaltó que tal norma previó un incremento de dicha prima en un 5% por cada 5 años de servicio cumplido, lo que resulta más ventajoso para los agentes, si se tiene en cuenta que a los oficiales, suboficiales y personal no uniformado, no se les aumenta el porcentaje cada 5 años.

Igualmente coincidió en que los agentes no están incluidos como beneficiarios del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 pues tampoco recibieron el incremento previsto en el artículo 2, *ejusdem*, motivo por el cual no advierte la alegada vulneración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Departamento Administrativo de la Función Pública (ff. 119-120)

En breves términos manifestó que se remite a los argumentos expuestos en la contestación de la demanda con fundamento en los cuales solicitó se desechen los cargos de nulidad propuestos por la parte actora.

Antonio Moyano (ff.121-123)

Intervino en esta oportunidad procesal para referirse a la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de acciones, propuesta por las demandadas, aspecto frente al cual indicó que la función del Consejo de Estado es la de hacer cumplir las normas.

Respecto del concepto de violación, que extrañan los representantes de las entidades que contestaron la demanda, manifestó que se trata de una interpretación errada de dicho texto.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación solicitó que se denieguen las súplicas de la demanda al considerar, en síntesis, que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado. En primer lugar, razonó que si bien el demandante no señaló un capítulo de violación de normas, ni explicó el alcance de la trasgresión, lo cierto es que sí expuso que la norma demandada desconoció los principios de igualdad, universalidad y oscilación dentro de los miembros de una misma institución, motivo por el cual sostuvo que se debe emitir un pronunciamiento de fondo, en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

De otra parte, citó las normas que instauran el principio de oscilación, así como la prima de actividad del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, para concluir que el artículo 4.º del Decreto 2863 de 2003, ahora demandado, no

está dirigido a los agentes de la Policía, sino únicamente a los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública retirados, toda vez que para aquellos (los agentes) dicho reajuste se efectuó a través de otros decretos a saber, Decretos 1515 de 2007 (art. 32), 1214 de 1990 (art. 38) y 1213 de 1990 (art. 30).

CONSIDERACIONES

1. Cuestiones previas

1.1. Excepción de inepta demanda

Este medio exceptivo se planteó bajo dos argumentos, el primero relacionado con la falta de cumplimiento del requisito previsto en el numeral 4 del artículo 137 del CCA, y el segundo, respecto de la escogencia de la acción dado el interés que le asiste al demandante.

1.1.1. Requisito del numeral 4 del artículo 137 del CCA

La parte demandada considera que el libelo introductor no cumplió con el requisito consagrado en el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo puesto que no se indicaron las normas violadas y el concepto de vulneración.

Frente a este aspecto la Sección Segunda debe precisar que la exigencia prevista por el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo se satisface cuando en la demanda se señalan las normas que se consideran violadas o desconocidas por el acto demandado, así como la sustentación de los cargos que se formulan, sin que ello demande que su exposición se haga bajo un modelo estricto de técnica jurídica. Así las cosas, solamente si el libelo introductor carece por completo de este requisito se considera defectuoso por la falta de uno de sus presupuestos y será necesario que sea subsanado en los términos del artículo 143, *ejusdem*.

En ese orden de ideas, se debe aclarar que si bien en la demanda no se planteó un acápite denominado normas violadas y concepto de violación, lo cierto es que de la lectura del texto se desprende que el actor considera que el acto acusado vulneró el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, así como las normas que regulan el principio de oscilación para el ajuste de las asignaciones de retiro y pensiones previstas para el personal de las Fuerzas Militares y de Policía, esto es, los artículos 169 del Decreto 1211 de 1990, 151 del Decreto 1212 de 1990, 42 del Decreto 4433 de 2004 y especialmente el artículo 110 del Decreto 1213 de 1990.

En consecuencia no se configura la excepción propuesta.

1.1.2. Escogencia de la acción y el interés que le asiste al demandante

El Departamento Administrativo de la Función Pública planteó que de acuerdo con

la teoría de los móviles y las finalidades le corresponde al juez analizar si la nulidad busca restablecer el derecho del demandante, o no, en atención a los motivos que lo llevan a emprender una discusión sobre la legalidad de una norma. A juicio de la aludida entidad, la finalidad del actor en la presente acción es la de mejorar sus ingresos salariales y no la de restablecer el orden jurídico quebrantado con la norma.

Al respecto, se tiene que como regla general la acción de simple nulidad prevista por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo procede contra actos administrativos de contenido general y abstracto, mientras que a través de la de nulidad y restablecimiento del derecho se controvierten actos de contenido particular y concreto. No obstante, la jurisprudencia de esta corporación, de tiempo atrás, ha admitido excepcionalmente que el medio de control, no dependa de la naturaleza del acto administrativo que se demanda, sino del objeto inmediato que se busca proteger contra los efectos de aquel, esto es, la denominada *teoría de los móviles y las finalidades*.

De acuerdo con la mencionada teoría, es viable ejercer la acción de simple nulidad contra actos individuales y concretos cuando comporten un interés especial para la comunidad, de manera que el restablecimiento del ordenamiento jurídico sea «de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos»¹. En este evento la finalidad será la restauración del orden jurídico en abstracto, y a su vez puede implicar el restablecimiento de derechos vinculados directamente al interés público, pero no podrá producir el restablecimiento del derecho subjetivo que se hubiera afectado.

Ahora bien, si en este caso, con la nulidad del acto se produjere un restablecimiento automático de derechos subjetivos, no es procedente la acción de simple nulidad, sino que se deberán estudiar los presupuestos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho².

En el presente asunto, se formuló una pretensión de nulidad parcial de un acto administrativo de contenido general, es decir que se satisface la regla general. Ahora bien, en relación con quién está legitimado para su interposición, debe decirse que al tratarse de una acción con el carácter de pública, cualquier persona puede hacerlo, presupuesto que no se desacredita por el hecho de que el litigio comporte un interés especial para el demandante, cuando la nulidad no implica un restablecimiento automático de su derecho.

En consecuencia, tampoco prospera la excepción por este aspecto.

1.2. Excepción de indebida acumulación de acciones

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de octubre de 1996, CP: Daniel Suárez Hernández, reiterada en sentencia de Sala Plena de 4 de marzo de 2003, MP: Manuel Santiago Urueta Ayola.

² En este sentido se puede ver la providencia de la Sección Cuarta, del 20 de abril de 2012, Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00010-00(19330), Actor: Francisco Hernando Reyes Ortiz, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Sea lo primero precisar que el Código Contencioso Administrativo hace referencia a las figuras de acumulación de pretensiones y de procesos en el artículo 145, el cual remite a las reglas fijadas por el Código de Procedimiento Civil³ en los artículos 82 y 157, que disponen que se podrán acumular en una misma demanda varias pretensiones, siempre que se cumplan las siguientes exigencias:

- «1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.
2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.»

Igualmente prevé que para que puedan acumularse dos o más procesos, además de encontrarse en la misma instancia, deben cumplir las siguientes condiciones:

- «1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.
2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas.
3. Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.
4. Cuando en los procesos de que trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores.»

En el asunto bajo examen se solicita, por una parte, la nulidad del artículo 4.º del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, a través del procedimiento ordinario previsto por los artículos 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y por otra, que se ordene dar cumplimiento al artículo 110 del Decreto 1213 de 1990, pretensión que se enmarca dentro de la acción de cumplimiento, cuyo trámite, que tiene el carácter de preferencial, está descrito en la Ley 393 del 29 de julio de 1997⁴.

En consecuencia, la Sección Segunda advierte que no es posible conocer de esta última pretensión, comoquiera que no se cumplen los presupuestos establecidos en los artículos 82 y 157 del Código de Procedimiento Civil para tal fin, toda vez que tal solicitud recae sobre acciones de diferente naturaleza y cuyo procedimiento está regulado en normas distintas.

Del mismo modo se precisa que el trámite que se le impartió al presente caso, fue el que corresponde a la acción de nulidad, de acuerdo con el auto del 30 de julio de 2010 que obra en los folios 11 y 12, al encontrar dados los presupuestos y requisitos para la admisión de la demanda, motivo por el cual no se configura la

³ Derogado por la Ley 1437 de 2011.

⁴ Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política.

excepción propuesta.

Ahora bien, y respecto de la excepción de «inepta demanda» o «ineptitud sustantiva de la demanda» es importante precisar el aludido medio exceptivo de creación jurisprudencial tiene sus orígenes en proveído del 22 de junio de 1954, en el cual la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con Ponencia del doctor Manuel Buenahora⁵ en un proceso de plena jurisdicción, se refirió a la «*ineptitud sustantiva*» y señaló que ésta procedía como excepción perentoria cuando no se demandaba la nulidad de toda la actuación generadora de los perjuicios cuya indemnización se perseguía y quedaban algunas actuaciones vigentes, haciendo imposible un pronunciamiento de fondo⁶.

En ese caso se trató de una excepción de mérito que conforme la tradición jurídica, es posible denominarla indistintamente de acuerdo con su sustento fáctico y /o jurídico.

Posteriormente, en 1955 la «*ineptitud sustantiva de la demanda*» no sólo configuró una excepción perentoria por «*la indebida individualización del acto demandado*»⁷ sino también por la «*indebida acumulación de acciones*» al pretenderse someter en un solo juicio la acción del contencioso de legalidad y el contencioso subjetivo⁸.

Así mismo, se habló de este fenómeno, cuando se instauraba la acción equivocada para demandar una determinada actuación⁹ o no se aportaba con la demanda un anexo obligatorio, *verbi gracia*, no adjuntar con la demanda la copia de la liquidación tributaria¹⁰ o la copia de la liquidación oficial de impuestos¹¹.

Esta Corporación también señaló que la «*ineptitud de la demanda*» se configuraba cuando se pretendía demandar un auto de trámite¹² y/o preparatorio¹³

⁵ Radicación 0622. Actor: Jorge E. Ayerbe H. Demandado: Concejo Municipal de Ibagué.

⁶ Actualmente esta teoría está vigente y se conoce como la teoría del acto complejo, la cual ha sido objeto de varias reiteraciones por vía de la jurisprudencia tal y como se puede advertir en el expediente 25000-23-25-000-2001-00745-01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente: Manuel Buenahora. Actor: Jorge Ayerbe.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente: Rafael Rueda Briceño. Actor: David Aponte. Fecha: 7 de febrero de 1955. Expediente 690-CE-SCA-EXP1955-N1167.

⁸ Consejo de Estado. Sección: Sala de lo Contencioso Administrativo. Ponente: José Enrique Arboleda. Expediente 42-CE-CCA-1955-05-12. Fecha de la providencia: 12 de mayo de 1955.

⁹ Consejo de Estado. Sección: Sala de lo Contencioso Administrativo. Ponente: José Enrique Arboleda Valencia. Expediente No. 260-CE-SCA-1955-10-10. Fecha de la providencia: 10 de octubre de 1955. Actor: Reinaldo Escobar Camargo.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Emiliano Laserna Bravo. Expediente 335-CE-SCA-1962-03-26. Fecha de la providencia: 26 de marzo de 1962.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Ponente: Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Emiliano Laserna Bravo. Fallo de 26/03/1962.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Nueve (09) de diciembre de dos mil cuatro (2004). Radicación: 05001-23-31-000-1995- 00310-01(1488-04). Actor: Antonio Ricaurte Sánchez Mona. Demandado: Ministerio De Defensa - Ejército Nacional.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “B”. Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Bogotá, D.C., febrero primero (1) de dos mil

y cuando no se indicaba la norma o el concepto de violación en el que fundamentaba la petición de nulidad¹⁴, así mismo, por «indebida formulación del *petitum*»¹⁵ o porque «el acto acusado no es susceptible de enjuiciamiento por esta jurisdicción»¹⁶.

De lo anterior se advierte que la denominación «*ineptitud sustancial o sustantiva*» o «*inepta demanda*» ha tomado diferentes formas, sin embargo, técnicamente ha de señalarse que en la actualidad sólo es viable declarar próspera la que denomina la ley como «*inepta demanda por falta de cualquiera de los requisitos formales o por la indebida acumulación de pretensiones*», en las cuales encuadran parte de los supuestos en que se basaba la denominada «*ineptitud sustancial o sustantiva*», tal como se expuso en proveído del 21 de abril de 2016¹⁷.

Conclusión:

No se configura la excepción de inepta demanda, puesto que: i) se trata de una acción de simple nulidad promovida en contra de un acto administrativo de contenido general; y ii) del libelo introductor se desprende que el actor considera vulnerado el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, así como las normas que establecen el principio de oscilación para el ajuste de las asignaciones de retiro y pensiones previstas para el personal de las Fuerzas Militares y de Policía.

Tampoco se encuentra probada la excepción de indebida acumulación de acciones, toda vez que no se tramitó la pretensión que se enmarca dentro de la acción de cumplimiento cuyo trámite y naturaleza impedían su acumulación, por lo cual se dispondrá su exclusión.

2. Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta sentencia se resume en la siguiente pregunta:

siete (2007). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-03431-01(415-06). Actor: Diego German Vargas Guarín. Demandado: Ejército Nacional – Dirección De Sanidad.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección cuarta. Magistrado Ponente: German Ayala Mantilla. Actor: Gabriel Jaime Ossa López. Expediente No. 241-CE-SEC4-EXP1999-N9088. Fecha: 1 de enero de 1999.

¹⁵ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-31-000-2004-00274-02(33880). Actor: Edgar Pinzón Neira – Distribuciones Edzon. Demandado: Hospital Federico Lleras Acosta E.S.E. Referencia: Acción Contractual.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Magistrada Ponente: Maria Claudia Rojas Lasso. Actor: José Acero Cely. Expediente No. 15001-23-31-000-2005-04046-01. Fecha: 23 de julio de 2015. En la cual se Se reiteran las sentencias Consejo de Estado, Sección Primera de 19 de enero de 2012, Radicación 25000-23-24-000-2001-01262-01, M.P. María Claudia Rojas Lasso; y de 20 de febrero de 2014, Radicación 25000-23-24-000-2005-00348-01, C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Auto del 21 de abril de 2016. Rad. 47-001-23-33-000-2013-00171-01 (1416-2014). Actor: Humberto Rafael Miranda Correa. Demandado: Departamento del Magdalena.

¿El artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007 vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o de sus beneficiarios, al no otorgarles el ajuste dispuesto para los oficiales y suboficiales retirados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional?

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado se abordarán los siguientes temas: i) el principio de oscilación; ii) el derecho a la igualdad y iii) análisis del caso concreto.

i) El principio de oscilación

Para abordar este tema sea lo primero precisar que la asignación de retiro, de tiempo atrás, ha tenido una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, sistema que se ha conocido como el *principio de oscilación*.

La oscilación plantea una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro y que en tal virtud gozan de una prestación, ya sea asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios que reciben pensión de sobrevivientes.

Dicha relación de proporcionalidad se puede advertir desde la Ley 2.ª de 1945¹⁸, para el caso de los militares y del Decreto 2295 de 1954¹⁹ para la Policía Nacional, la cual continuó en las normas especiales de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales previstas en los Decretos 2338 del 3 de diciembre de 1971²⁰ (artículo 108²¹), 612 del 15 de marzo de 1977²² (artículo 139²³), 89 del 18 de enero de 1984²⁴ (artículo 161²⁵), 95 del 11 de enero de 1989 (artículo 164²⁶), para señalar

¹⁸ **ARTÍCULO 34.-** A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos.

¹⁹ **Artículo 62.** Las asignaciones de retiro de que trata el presente Estatuto, no se causarán por cantidad fija, sino en forma oscilante tomando como base las fluctuaciones de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado.

²⁰ Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

²¹ **Artículo 108. Oscilación duración de Retiro.** Y Pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que se introduzcan en los sueldos básicos de actividad para cada grado.

²² Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

²³ **Artículo 139.** Oscilación de asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las vacaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de este Decreto. Los Oficiales y Suboficiales, o sus beneficiarios, no podrán acogerse a las normas que regulen ajustes, prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

²⁴ Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

²⁵ **ARTÍCULO 161. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES.** <Decreto derogado por el artículo 263 del Decreto 95 de 1989> Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal más alto. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

algunas.

Ahora bien, el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990²⁷, se refirió al principio de oscilación así:

«ARTÍCULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.»

En similares términos lo consagran los artículos 151 del Decreto 1212 del 8 de junio de 1990²⁸ *por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional*, y el Decreto 1213 de la misma fecha, *por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional*. Esta última norma, en el artículo 110, consagró el principio de oscilación para los agentes de aquella institución, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 110. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y pensiones de que trata el

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones en el grado de General y Almirante, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 151 de este decreto.

²⁶ **ARTÍCULO 164. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIONES.** Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones en el grado de Oficiales Generales y de Insignia Coroneles y Capitanes de Navío se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 153 de este Decreto.

²⁷ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

²⁸ **ARTÍCULO 151. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES.** Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y Coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 de este Decreto.

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

Posteriormente, la Ley 4.^a del 18 de mayo de 1992²⁹, en el artículo 13, ordenó al Gobierno Nacional determinar una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración que perciben tanto el personal activo como el retirado de la Fuerza Pública, con lo cual se advierte la voluntad de mantener el equilibrio de las prestaciones que se generan en retiro respecto de aquellas que se originan en actividad.

En desarrollo de lo anterior los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 162 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005 y 407 de 2006 establecieron porcentajes para calcular la asignación mensual de los Coroneles, a fin de liquidar su asignación de retiro.

En este punto es relevante señalar que esta Sección Segunda declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, en las expresiones «que la devengue en servicio activo» y «reconocimiento de», referentes a la prima de actualización, cuyos beneficiarios eran los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, a través de las providencias de 14 de agosto³⁰ y 6 de noviembre de 1997, por considerar que desconocían el contenido y alcance del artículo 13 de la Ley 4.^a de 1992, antes descrito, que debía observar el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Luego, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004³¹ en el artículo 3.13 consagró que las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública serían incrementadas en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones del personal en servicio activo, con lo cual se conservó la esencia del principio bajo estudio, tal y como lo hizo el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de la misma anualidad³².

²⁹ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de agosto de 1997, Radicación número: 9923, Actor: Cesar Alberto Granados, Consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda.

³¹ 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.

³² Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Limitaciones jurisprudenciales al principio de oscilación

Es importante precisar, que la jurisprudencia ha visto algunas limitantes en la aplicación del principio de oscilación. Se ilustran algunas de ellas:

Principio de favorabilidad: En este sentido esta corporación admitió, de manera temporal, el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el índice de precios al consumidor, IPC, en aplicación del principio de favorabilidad, pues al hacer una comparación de los porcentajes que arrojan uno y otro sistema resultaban más beneficiosos los del régimen general.

Al respecto, concluyó³³ que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 adicionada por la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995 que exceptúa a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, que regula el derecho al reajuste de las pensiones de acuerdo con la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE (art. 14), resultaba más favorable que las normas contempladas para su régimen especial, es decir, que el principio de oscilación.

Sin embargo, en aquella situación se aclaró que el reconocimiento así dispuesto, tendría una limitante temporal por los años de 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, dada por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que definió nuevamente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones.

- **El carácter de algunas prestaciones económicas:** Tampoco puede predicarse este mecanismo de ajuste cuando se trata de primas vinculadas a la permanencia en el servicio y a la asunción de los riesgos que ello implica³⁴, como se indicó al referirse a la no inclusión de una prima sin carácter salarial para efectos de incrementar la asignación de retiro.

- **La prescripción:** Tal limitación se advirtió en los eventos en los cuales el personal en retiro de la Fuerza Pública solicitó el reconocimiento de la prima de actualización que fue establecida mientras el Gobierno Nacional fijaba una escala única en las remuneraciones de los miembros de la Fuerza Pública, que en un principio fue consagrada por los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, únicamente para el servicio activo, pero posteriormente el Consejo de Estado declaró la nulidad de las expresiones que así lo restringían, y como consecuencia de la temporalidad de la prestación que se reclamaba³⁵, se examinó si había operado la prescripción cuatrienal de acuerdo con lo definido por los Decretos 1211 y 1212 de 1990, artículos 174 y 155 respectivamente.

³³ Ver Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2007, expediente 8464-05, Actor: José Jaime Tirado, CP: Jaime Moreno García.

³⁴ Sección Segunda, sentencia de 22 de septiembre de 2010, Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00041-00(1083-08), Actor: Pedro Antonio Herrera Miranda, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila; y de la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de mayo de 2011, Radicación: 25000-23-25-000-2008-00106-01(0471-09), actor: Ricardo de la Cruz Zapata Díez, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁵ Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 14 de noviembre de 2013, Radicación número: 20001-23-31-000-2011-00416-01(1586-13), Actor: Cesar Augusto Lopez Caica, CP: Gerardo Arenas Monsalve

- Otra limitación impuesta por la jurisprudencia al alcance de este principio, se refiere a que **en su aplicación no es viable la creación de un nuevo factor computable**, sino que solamente está dirigido a la variación porcentual que podrían sufrir los factores básicos de liquidación. Aserto que se expuso en un caso en el que solicitó la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión de la prima mensual y se concluyó que tal emolumento no era una partida computable en la liquidación de dicha prestación³⁶.

ii) El derecho a la igualdad

El artículo 13³⁷ de la Constitución Política regula la igualdad frente a la ley y el derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras. Además, en criterio de la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable, o que no tengan una relación de proporcionalidad «[...] entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue.[...]»³⁸.

Sobre este punto la Sala estima pertinentes las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹, para la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación, así:

«[...] Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado⁴⁰ que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento

³⁶ Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación: 25000-23-25-000-2007-00900-01(1615-08), Actor: Ismael Enrique Talero Suarez, CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

³⁷ **“ARTICULO 13.** *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutierrez.

³⁹ Por medio de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972 el Congreso de la República aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

⁴⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota, párr. 55.

jurídico⁴¹.

1. Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto⁴². Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias⁴³.

2. La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de “discriminación”. Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁴⁴ y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴⁵, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “Comité de Derechos Humanos”) ha definido la discriminación como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁴⁶.

3. La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo

⁴¹ Cfr. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota, párr. 269.

⁴² Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 27, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota, párr. 271.

⁴³ Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 27, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra* nota, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

⁴⁴ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: «En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública».

⁴⁵ El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

⁴⁶ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, *supra* nota 87, párr. 6.

1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”⁴⁷. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana⁴⁸. [...]»⁴⁹ (Negrillas de la Sala)

Ahora bien, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad*⁵⁰, que permite definir si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, proceso que se surte en las siguientes etapas:

«[...] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. [...]»⁵¹

iii) Análisis del caso concreto

En el asunto objeto de estudio la Sala estima conveniente aplicar la herramienta metodológica antes mencionada con el fin de determinar si se presenta la alegada vulneración.

1. Criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*.

La Sala observa que en aplicación del principio de oscilación, la norma acusada consagró que el ajuste de las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez y

⁴⁷ Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota, párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

⁴⁸ *Mutatis mutandi*, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de los Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y *Caso Barbani Duarte y otros, supra* nota 91, párr. 174.

⁴⁹ *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁵⁰ Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

⁵¹ Sentencia C-015 de 2014.

sobrevivientes que perciban los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenidas antes del 1.º de julio de 2007, se realizará en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo oficial o suboficial correspondiente, por razón del artículo 2 del decreto acusado.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007⁵², y dispuso incrementar en un 50% a partir del 1.º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990⁵³.

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

Al respecto es importante señalar que una vez revisados los antecedentes jurisprudenciales sobre el punto, se observa que esta corporación en sentencia del 27 de marzo de 2014⁵⁴, se pronunció sobre la legalidad del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 frente al cargo de vulneración del derecho a la igualdad, al incrementar la prima de actividad en un 50% a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa, sin incluir a los agentes que regula el Decreto 1213 de 1990, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y a los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

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

⁵² 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.

⁵³ Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990. Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de marzo de 2014, Radicación: 11001-03-25-000-2009-00029-00(0656-09), Actor: Carlos Arturo Arzuaga Guerrero, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Igualmente y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley 4.ª de 1992⁵⁵, concluyó que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades y es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones. Así las cosas, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

Por lo anterior, estimó que no se presenta un *tertium comparationis* en esta materia toda vez que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones ni desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad y aclaró lo siguiente:

«[...] Insiste la Sala que el Gobierno Nacional al incrementar la prima de actividad debe seguir el mandato constitucional por el cual se señala que al mismo trabajo corresponde el mismo salario; e igualmente debe sujetarse a la racionalización y disponibilidad de los recursos públicos, y la naturaleza de los cargos y las funciones, como lo señala la Ley 4 de 1992.[...]»

Corolario de lo expuesto y dado que en el presente caso no se traen argumentos adicionales a los ya estudiados frente al ajuste de la prima de actividad y la vulneración del derecho a la igualdad del personal de agentes activos de la Policía Nacional, son aplicables las consideraciones ya referidas, las cuales conllevan a que no se dé el ajuste en las asignaciones de retiro con fundamento en el principio de oscilación, sin que se haya presentado el mismo ajuste para los miembros en servicio activo, motivo por el cual no se presenta la alegada vulneración del derecho a la igualdad.

Conclusión:

No se vulnera el derecho a la igualdad de los agentes de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios al no incluirlos para efectos del ajuste dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía en la misma condición, toda vez que no se presenta un *tertium comparationis* en esta materia, puesto que no se trata de sujetos que se encuentran en las mismas condiciones y desarrollan las mismas funciones, supuestos necesarios para que pueda admitirse que existe transgresión del derecho a la igualdad.

3. Decisión: Al concluirse que el acto acusado no incurrió en el vicio de

⁵⁵ La Ley 4.ª de 1992 indicó en el artículo 2.º, dentro de los lineamientos que debe acatar el Gobierno en desarrollo de aquella, los siguientes: «[...] i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad; j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;[...]»

vulneración del derecho a la igualdad se denegarán las pretensiones de la demanda.

4. Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería a la doctora Maia Valeria Borja Guerrero como apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos de la sustitución efectuada a folio 143 del expediente.

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

Primero: Exclúyase la pretensión de acción de cumplimiento, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

Segundo: Declárense imprósperas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

Tercero: Deniégrese la nulidad del artículo 4.º del Decreto 2863 de 2007 «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones».

Cuarto: Reconózcase personería a la doctora Maia Valeria Borja Guerrero como apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos de la sustitución efectuada a folio 143 del expediente.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y efectúense las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

