

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA FUERZA PUBLICA - Niega la nulidad del decreto que fija la escala gradual porcentual para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional / DERECHO A LA IGUALDAD - No vulneración / DERECHOS ADQUIRIDOS - No vulneración. Estos derechos no se pueden invocar sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación, a cuya intangibilidad no se tiene derecho

Del derecho a la igualdad. El fundamento de este cargo se estructura sobre la base de que en el Decreto demandado se fija la asignación mensual de los Generales de acuerdo con la asignación básica y gastos de representación de los Ministros de Despacho, mientras que los porcentajes para establecer los sueldos de los Mayores Generales hasta agente de la Policía, se calculan sólo sobre el sueldo básico del General. La Corte Constitucional en sentencia C-279 del 24 de junio de 1996, al decidir sobre la demanda de inexecutable, entre otras normas, de los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, se pronunció sobre la violación al derecho de la igualdad en el trabajo, por haberse creado a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y especial, que no constituye factor salarial. Los criterios que tiene en cuenta el Gobierno para fijar los sueldos del personal de la Fuerza Pública con respecto a la asignación básica del grado de General, sin tomar en cuenta como factor la prima de alto mando (55%) no constituyen una discriminación ni desconocen lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, pues obedecen a distinciones razonables que atienden circunstancias como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder al grado de General y Almirante. Y es que el principio de igualdad no impide que la Ley establezca tratos diferentes pero sí exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable acorde con los fines perseguidos por la autoridad. De manera que tales criterios de diferenciación obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son entonces, criterios arbitrarios o caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial. En ese orden, y teniendo en cuenta que los criterios a los que se hizo alusión estuvieron fundados en el nivel de los cargos, esto es, a la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño, tal y como lo exige el artículo 2 literal j) de la Ley 4ª de 1992, el cargo así propuesto no tiene vocación de prosperidad. Confrontando el Decreto acusado con los principios señalados en la Ley marco del 92, no encuentra la Sala que las disposiciones acusadas hubieren infringido las pautas que según el libelista fueron señaladas, pues de la sola modificación de los porcentajes no puede deducirse el desconocimiento de los derechos adquiridos por los funcionarios de la Fuerza Pública sobre la remuneración y el régimen prestacional que se había consagrado en normas anteriores, ya que tal y como lo ha sostenido esta Corporación, los derechos adquiridos en materia laboral solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho. Así se dejó plasmado en la sentencia del 17 de julio de 1995, Expediente 7501 con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas (...)

NOTA DE RELATORIA: Se citan sentencias C-279 y C-196 de la Corte Constitucional; 2394 del 19 de septiembre de 2002 M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla; 7501 del 17 de julio de 1995 M.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas; 2882-04 del 10 de mayo de 2007 M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

PRIMA DE ALTO MANDO - Niega nulidad de norma relativa a la naturaleza no salarial de esta prima. Antecedentes jurisprudenciales / FUERZAS MILITARES - Prima de alto mando / POLICIA NACIONAL - Prima de alto mando / REGIMEN SALARIAL - Prima de alto mando en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional

El Gobierno, en ejercicio de la facultad constitucional podía determinar, como lo hizo a través del Decreto acusado, qué parte de la asignación mensual puede excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, toda vez que no existe una razón constitucional o legal que impida que determinada prestación social se liquide sin tener en cuenta el monto total de dicha asignación. En lo pertinente es dable traer a colación la sentencia del 19 de mayo de 2005, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante Consejo de Estado, que dijo: “El marco de expedición normativo debe ser de amplio espectro, de manera tal que le permita al ejecutivo expedir una verdadera norma regulatoria y no se limite simplemente a repetir lo que el Legislativo le ordenó, pero el Gobierno Nacional tampoco debe sobrepasar esos lineamientos generales.” Y en un asunto de similares características al sometido a estudio, donde se analizó el contenido del art. 2° del decreto 062 de 1999, mediante el cual se estableció la prima de alto mando sin carácter salarial para ningún efecto legal, de lo que perciben los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, esta Corporación expuso: (...). Un análisis autónomo y objetivo de esta norma evidencia que su finalidad fue excluir del concepto de factor de salario ese porcentaje de la suma que reciben los mencionados Oficiales como asignación mensual (igual a la que devengan los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación), porcentaje al que se le denominó prima de Alto Mando, lo que implicó su sustracción de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales a los que por ley, los mismos tienen derecho, como son las prestaciones sociales e indemnizaciones. Tanto las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, reiteradamente han sostenido que el legislador ostenta facultades para definir qué valores de los que el trabajador recibe a título de remuneración por su labor, sirven de base para liquidar el monto de otros pagos que por ley deben hacerse, y que por consiguiente, su exclusión para tales efectos, no resulta contraria a derecho. De conformidad con lo anterior, no son de recibo las argumentaciones esgrimidas por el actor en orden a soslayar la legalidad de la disposición demandada, por cuanto si al establecer un régimen salarial y prestacional es viable determinar cuáles de las sumas que percibe el servidor a título de salario deben tenerse en cuenta para liquidar otros pagos a los que también tiene derecho, la exclusión por la norma demandada de la prima de Alto Mando como factor salarial, no contraría ordenamiento jurídico alguno. No se evidencia una marcada desproporción entre la remuneración de ese personal y la que perciben los Almirantes y Generales, sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con los Artículos 3° y 4° del decreto demandado, los integrantes del mismo, además de la asignación básica prevista en el Artículo 1° ejusdem, tienen derecho al pago de primas mensuales, unos, equivalente al 52.23% de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica mensual y gastos de representación, otros, del 46.56% y otros del 35.44% de esos mismos haberes y los últimos, a las primas establecidas en los estatutos de carrera vigentes, lo que quiere decir que la remuneración que percibe por sus servicios el personal enlistado en el Artículo 1° ibídem, no es sólo la determinada en él, ya que a ésta se suma el valor correspondiente a los porcentajes y primas aludidos. De otro lado, no puede decirse que el hecho de que a la prima de Alto Mando se le haya despojado de carácter salarial implicó el incumplimiento del deber de nivelar los salarios del

referido personal, por cuanto el supuesto desconocimiento de lo previsto en el Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, no necesariamente se habría dado por esa razón, pues el Gobierno Nacional al determinar la escala salarial gradual a que se ha hecho referencia, bien habría podido utilizar mecanismos diferentes en orden a proscribir esa pretendida desproporción de los salarios entre grupos de ese personal, ya que existen diferentes maneras de engrosar las sumas que percibe el servidor como remuneración por la labor que desempeña, como efectivamente lo hizo al disponer en los Artículos 3º y 4º del Decreto 062 de 1999 que miembros del personal enlistado en el Artículo 1º ejusdem, además de las asignaciones básicas señaladas en esta norma, perciban las primas que en ellos se contempla y a las cuales se hizo referencia.

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

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación numero: 11001-03-25-000-2006-00101-01(1647-06)

Actor: PEDRO ANTONIO HERRERA MIRANDA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad instaurado por PEDRO ANTONIO HERRERA MIRANDA contra el Decreto No. 407 del 6 de febrero de 2006, expedido por el Gobierno Nacional, *"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 alfereces, guardiamarinas, pilotones, grumetes y soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial."*

ANTECEDENTES

El demandante obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta

Corporación que se declare la nulidad del Decreto 407 del 2006, por ser contrario a los principios constitucionales que protegen el derecho a la igualdad y los derechos prestacionales de los miembros de la Fuerza Pública; porque contradice las normas, objetivos, criterios y contenido de la Ley 4ª de 1992, tanto en las condiciones específicas que señala en el artículo 2 literal a, como en la orden de que trata el artículo 13 de la citada Ley marco, y finalmente porque viola el artículo 84 del C.C.A.

Como normas violadas citó los artículos 25, 53, 58, 150 numeral 19 literal e) y 215 inciso 9 de la Constitución Política; 2 literales a) y j) 10 y 13 de la Ley 4ª de 1992; y el 84 del Código Contencioso Administrativo. También consideró violada la Sentencia C-681/03 de la Corte Constitucional.

Los cargos formulados pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Violación del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, porque el Decreto demandado fija la asignación mensual de los Generales de acuerdo con la asignación básica y gastos de representación de los Ministros de Despacho, mientras que los porcentajes para establecer los sueldos de los Mayores Generales hasta agente de la Policía, se calculan sólo sobre el sueldo básico del General, a los cuales se les crean dos primas sin carácter salarial, únicamente para evitar en forma “mañosa” e “inequitativa” que los porcentajes señalados en el artículo 1º del citado Decreto se efectúen sobre la base que se estipula para los Generales en el artículo 2º

2. Violación del artículo 150 de la C.P. porque al crear dos primas sin carácter salarial, el Gobierno Nacional se extralimita en el cumplimiento de sus facultades al no observar los criterios establecidos en la Ley 4ª de 1992, los cuales no autorizan en ninguna de sus disposiciones la creación de primas sin carácter salarial.

3. Violación de los artículos 53, 58 y 215 de la C.P, por cuanto esta actuación afecta el poder adquisitivo de los salarios de los miembros de la Fuerza Pública desde el grado de Mayor General, General y sus equivalentes en la Armada Nacional, al reducir porcentajes reconocidos en normas anteriores a la Constitución Política.

Además, porque desconoce lo relacionado con los derechos adquiridos que también consagra el literal a) del artículo 2 de la Ley 4ª de 1992, en cuanto desmejora los salarios y prestaciones sociales que devengaban antes de la ley 4ª de 1992 los miembros de la fuerza pública en los grados de Mayor General, Brigadier General, Coronel y sus equivalentes en la Armada Nacional. Advierte que ni siquiera mediante Decretos expedidos en circunstancias de apremio económico y social pueden desconocerse o desmejorarse las prestaciones de los trabajadores, en virtud del artículo 215 de la Constitución Política.

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto del 26 de abril de 2007 (fls. 109-113) y notificada al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Defensa Nacional, que la contestaron en los siguientes términos:

El Departamento Administrativo de la Función Pública (fls. 134-138) señaló que de conformidad con el artículo 150 numeral 19 literal e) y f) fue expedida por el congreso la Ley 4ª de 1992 y en desarrollo de dicha normativa se expidió el Decreto 407 de 2006. Agregó que si bien el régimen requisitorio y de ascenso del personal militar es del resorte exclusivo del Legislador, la determinación del régimen salarial y prestacional aplicable a dicho personal corresponde de manera exclusiva al Gobierno Nacional en desarrollo de la citada Ley marco.

Finaliza su intervención trayendo a colación jurisprudencia relativa a la protección de los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional.

El Ministerio de Defensa Nacional (fls. 150-165) efectúa un análisis sobre las primas de actualización y de dirección que devengan los miembros de la fuerza pública para llegar a la conclusión de que en ningún momento hubo desmejora en los derechos salariales y prestacionales que estos percibían. Agregó que la prima de dirección desde su creación nació sin que constituyera factor salarial, por lo que no le asiste razón al demandante cuando alega que el Gobierno mediante el Decreto acusado creó unas primas que no existían.

Seguidamente hace una comparación entre los decretos expedidos antes de la Ley marco de 1992 con el 407 de 2006, para demostrar que no hubo una desmejora

salarial, sino un aumento en la proporción del sueldo básico del 31 al 34%, para lo cual hace la operación aritmética correspondiente.

Concluye relacionando la normativa que regula el sistema de liquidación de prestaciones sociales y asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública, contenidos en los decretos 1211, 1211 y 1213 de 1990, con el fin de comprobar que la prima de dirección para estos funcionarios no era factor salarial.

El Ministerio de Hacienda Y Crédito Público (fls. 170-176) señala que el Decreto demandado se sujetó a lo dispuesto en los artículos 2º y 15 de la Ley marco y en el desarrollo de tal normativa no hubo desmejora ni desconocimiento de derechos adquiridos del régimen salarial y prestacional previsto para los servidores de la Fuerza Publica. Añade que el espíritu del Decreto acusado es el de motivar y propiciar a los funcionarios activos los incentivos suficientes para permanecer en la institución correspondiente.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El Departamento Administrativo de la Función Publica, reitera lo dicho en la contestación de la demanda y advierte que la legalidad material del Decreto 407 de 2006 fue confirmada por la Sección Segunda de esta Corporación el 19 de junio de 2008, a través de la sentencia 1699-06.

El Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación, en su concepto de fondo, solicita que se deniegue la nulidad deprecada.

Consideró que el Presidente de la Republica al proferir el Decreto 407 de 2006, no desconoció los objetivos y parámetros fijados en la Ley marco de 1992, por cuanto éste por mandato constitucional y legal es competente para fijar las escalas salariales anuales de los servidores públicos. Con el ánimo de reforzar lo anterior, transcribió apartes del concepto que emitió dentro del proceso 1699 de 2006, en donde se demandaron los artículos 4 y 5 del Decreto en cuestión.

En cuanto al fondo del asunto consideró que el articulo 1º del Decreto demandado no desconoce los criterios establecidos en la Ley 4ª de 1992, por cuanto tal disposición fija la escala gradual porcentual para el personal que dicha normativa relaciona, teniendo en cuenta el grado que corresponda y la asignación básica, y

se estipula atendiendo razones de responsabilidad, experiencia, funciones y requisitos.

Para sustentar lo anterior y en aras de despejar cualquier duda respecto de la desigualdad que pudiera crear dicho Decreto, trajo a colación la sentencia 0642-03, del 25 de noviembre de 2004, con ponencia del Magistrado Alberto Arango Mantilla, que para el efecto transcribió.

Dijo que no se puede comparar el contenido del Decreto 407 de 2006, con otro que fue expedido con anterioridad en la Ley marco de 1992, para afirmar que se desconocieron derechos adquiridos, pues éstos solamente pueden invocarse respecto de aquellos que el servidor ha consolidado durante su relación laboral y no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público.

Dice que la ley 4^a de 1992, no regula un tema del orden salarial o prestacional, sino que fija las directrices y parámetros dentro de los cuales el Gobierno Nacional debe expedir el régimen de salarios y prestaciones sociales, por tanto, no le asiste razón al demandante cuando asegura que el acto acusado creó una prima sin carácter salarial no prevista en la citada Ley marco.

Se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer lugar, dirá la Sala que a pesar de que las pretensiones de la demanda están orientadas a la declaratoria de nulidad del Decreto 407 del 8 de febrero de 2006, los vicios que le endilga el demandante al citado Decreto se dirigen concretamente respecto de los artículos 1° y 2°, que hacen referencia a la forma en que se fija la escala gradual porcentual para los Oficiales y Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública; por ende, el estudio de la Sala se limitará exclusivamente a estos dos artículos, por ser los únicos que fueron objeto de reproche en la demanda.

En efecto, los cargos de violación que el actor le atribuye al Decreto 407 del 8 de febrero de 2006, se pueden agrupar de la siguiente manera: *i)* Vulneración al derecho de la igualdad, *ii)* Extralimitación por parte del ejecutivo al crear mediante

el Decreto acusado dos primas sin carácter salarial no previstas en la Ley 4ª de 1992 y *iii*) Desconocimiento de los derechos adquiridos por los miembros de la Fuerza Pública y reconocidos por normas anteriores.

i) Del derecho a la igualdad:

El fundamento de este cargo se estructura sobre la base de que en el Decreto demandado se fija la asignación mensual de los Generales de acuerdo con la asignación básica y gastos de representación de los Ministros de Despacho, mientras que los porcentajes para establecer los sueldos de los Mayores Generales hasta agente de la Policía, se calculan sólo sobre el sueldo básico del General.

De conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política, por regla general todas las personas son iguales ante la ley, es decir, deben recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, de manera que la ley no puede consagrar ni privilegios ni discriminaciones.

Lo anterior supone que para que se presente vulneración del derecho a la igualdad debe existir una discriminación **entre iguales**, frente a situaciones fácticas idénticas, sin que pueda predicarse la vulneración del aludido derecho por el sólo hecho de querer obtener prerrogativas que le fueron concedidas a sujetos que no se encuentran en las mismas condiciones.

La Corte Constitucional en sentencia C-279 del 24 de junio de 1996, al decidir sobre la demanda de inexecutable, entre otras normas, de los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, se pronunció sobre la violación al derecho de la igualdad en el trabajo, por haberse creado a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y especial, que no constituye factor salarial. Dijo en aquella ocasión la Corte:

“(...) Basta en síntesis, recordar que el derecho a la igualdad se predica entre iguales; la Corte Constitucional afirma que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandadas, y responsabilidades, son factores que

justifican, de suyo, la creación de tales primas por estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no se produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos...”

Y más adelante dice:

“(...) Tampoco existe una disposición constitucional de la cual puede inferirse que entre los miembros del Congreso y otras altas autoridades debe existir idéntico régimen salarial. No siendo iguales las calidades para acceder a los cargos, ni funciones no es extraño que su remuneración sea diferente...”

Atendiendo lo establecido en el Decreto demandado, los **sueldos básicos** para el personal señalado en el artículo 1º del citado Decreto, corresponden al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la **asignación básica** del grado de **General**. Los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de **General y Almirante**, percibirán una asignación mensual igual a la que reciben los **Ministros de Despacho** como **asignación básica y gastos de representación**, distribuida así: 45% como **sueldo básico** y el 55% como **prima de alto mando**; esta última no constituye factor de salario.

Los criterios que tiene en cuenta el Gobierno para fijar los sueldos del personal de la Fuerza Pública con respecto a la asignación básica del grado de General, sin tomar en cuenta como factor la prima de alto mando (55%) no constituyen una discriminación ni desconocen lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, pues obedecen a distinciones razonables que atienden circunstancias como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder al grado de General y Almirante.

Y es que el principio de igualdad no impide que la Ley establezca tratos diferentes pero sí exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable acorde con los fines perseguidos por la autoridad.

De manera que tales criterios de diferenciación obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son entonces, criterios arbitrarios o caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se

exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.

En ese orden, y teniendo en cuenta que los criterios a los que se hizo alusión estuvieron fundados en el **nivel de los cargos**, esto es, a la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño, tal y como lo exige el artículo 2 literal j) de la Ley 4ª de 1992, el cargo así propuesto no tiene vocación de prosperidad.

ii) De la extralimitación del Gobierno para crear primas de alto mando y de dirección sin carácter salarial a favor de los Oficiales de las Fuerzas Militares y Policía Nacional:

Considera el demandante que el Gobierno al expedir el Decreto 407 de 2006, se extralimitó en sus funciones cuando en su artículo 2º, creó dos primas sin carácter salarial que no autorizó la Ley 4ª de 1992.

En primer lugar se dirá que las primas a que se refiere el demandante no fueron “creadas” por el Decreto acusado, pues estas ya venían siendo reconocidas a través de los decretos que fijaban el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en años anteriores, entre otros, en los Decretos 923 de 2005, 4158 de 2004 y 062 de 1999.

Esclarecido lo anterior se procederá a establecer si el ejecutivo al consagrar en el Decreto acusado primas sin carácter salarial, se extralimitó en las facultades que la Carta superior le otorgó para que fijara el régimen salarial y prestacional, sujetándose a los objetivos y criterios consagrados en la ley 4ª de 1992.

Pues bien, la Constitución Política de 1991, en el artículo 150 numeral 19, literal e) otorgó al Gobierno Nacional la potestad de definir el régimen salarial y de prestaciones sociales de los servidores públicos, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fija el Congreso de la República mediante una ley general.

Dentro de este reparto de competencias, el Congreso dictó la ley 4ª de 1992, de carácter general y el gobierno quedó habilitado, con observancia de los objetivos y criterios señalados en la misma, para fijar, mediante decreto, el régimen salarial y

prestacional, entre otros servidores públicos, de los miembros de la Fuerza Pública.

Por eso, bien lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-196 de 1998, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández cuando dijo que lo propio del sistema constitucional en cuanto al reparto de competencias en los asuntos previstos por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, es la existencia de una normatividad compartida entre los órganos legislativo y ejecutivo, de tal modo que en su primera fase se establezcan reglas o pautas caracterizadas por su amplitud y con una menor mutabilidad o flexibilidad, mientras que en la segunda, dentro de tales orientaciones, se especifiquen y concreten las medidas que gobiernen, según las circunstancias y necesidades, y con gran elasticidad, la respectiva materia.

Y más adelante dice:

“Si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el Ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio -el del Presidente de la República- y, por tanto, vulnera no sólo el artículo 150, numeral 19, de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos, que se orienta a la realización de los fines de aquél. Además, al dejar el campo de fijación de pautas generales para ingresar en forma total en el de su desarrollo específico, el Congreso infringe la prohibición contemplada en el artículo 136, numeral 1, de la Constitución Política: "Inmiscuirse, por medio de resoluciones o de leyes, en asuntos de competencia privativa de otras autoridades".

Siendo ello así, no tendría porque la citada ley marco consagrar las primas a que se refiere el demandante para que el decreto demandado las estableciera, pues dicha Ley no regula un tema netamente salarial o prestacional sino que determina los parámetros dentro de los cuales el Gobierno Nacional debía expedir el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Por consiguiente, el Gobierno, en ejercicio de la facultad constitucional podía determinar, como lo hizo a través del Decreto acusado, qué parte de la asignación mensual puede excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros

beneficios laborales, toda vez que no existe una razón **constitucional o legal** que impida que determinada prestación social se liquide sin tener en cuenta el monto total de dicha asignación.

En lo pertinente es dable traer a colación la sentencia del 19 de mayo de 2005, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante Consejo de Estado, que dijo:

“El marco de expedición normativo debe ser de amplio espectro, de manera tal que le permita al ejecutivo expedir una verdadera norma regulatoria y no se limite simplemente a repetir lo que el Legislativo le ordenó, pero el Gobierno Nacional tampoco debe sobrepasar esos lineamientos generales.”

Y en un asunto de similares características al sometido a estudio, donde se analizó el contenido del art. 2º del decreto 062 de 1999, mediante el cual se estableció la prima de alto mando sin carácter salarial para ningún efecto legal, de lo que perciben los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, esta Corporación expuso:

“El tenor literal del Artículo 2º del Decreto 062 de 1999, cuya parte final de su inciso primero se demanda, el cual se destacará con subrayas, es el siguiente:

“Los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, percibirán por todo concepto una asignación mensual igual a la que devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación, en todo tiempo, distribuida así: el cuarenta y cinco por ciento (45%) como sueldo básico y el cincuenta y cinco por ciento (55%) como prima de alto mando. Esta última no tendrá carácter salarial para ningún efecto legal”.

Se cuestiona esta disposición en virtud de la desproporción injustificada que en concepto del demandante se presenta entre la remuneración percibida por los Generales y Almirantes y lo que recibe como sueldo básico mensual el personal de la Fuerza Pública que en él se enlista, a raíz de no otorgar al porcentaje de la prima de Alto Mando que devengan aquéllos el carácter de factor salarial para determinar el sueldo básico mensual de ese personal, lo que a su juicio atenta contra el derecho a la igualdad e implica el desconocimiento tanto del Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, conforme al cual el Gobierno Nacional debía establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de dicha Fuerza, como la intención en igual sentido que inspiró al legislador al expedir dicha ley, según se desprende de las respectivas ponencias, pues esa finalidad no se logra con las marcadas distancias entre tales remuneraciones.

Se reitera que la impugnación del Artículo 2º del Decreto 062 de 1999 gira

en torno al establecimiento como prima de Alto Mando, sin carácter salarial para ningún efecto legal, del 55% de lo que perciben los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante.

Un análisis autónomo y objetivo de esta norma evidencia que su finalidad fue excluir del concepto de factor de salario ese porcentaje de la suma que reciben los mencionados Oficiales como asignación mensual (igual a la que devengan los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación), porcentaje al que se le denominó prima de Alto Mando, lo que implicó su sustracción de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales a los que por ley, los mismos tienen derecho, como son las prestaciones sociales e indemnizaciones.

Tanto las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, reiteradamente han sostenido que el legislador ostenta facultades para definir qué valores de los que el trabajador recibe a título de remuneración por su labor, sirven de base para liquidar el monto de otros pagos que por ley deben hacerse, y que por consiguiente, su exclusión para tales efectos, no resulta contraria a derecho.

Así, esta Corporación en sentencia del 2 de agosto de 1996, expediente N° 10995, Actor Humberto de Jesús Pineda Peña, Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, mediante la cual se negó la nulidad de los Artículos 2° y 3° del Decreto 65 de 1994, en relación con la exclusión como factor de salario de las primas de Alto Mando y de Dirección que perciben algunos Oficiales de la Fuerza Pública, expresó:

“De manera que el derecho invocado a la legislación anterior en el sentido en que lo pretende el demandante, de mantener inmodificables los porcentajes anteriores y las normas que no hacían distinción entre lo que constituye o no factor salarial, no tiene sustento constitucional ni legal; los derechos adquiridos sólo pueden determinarse en cada caso particular, cuando frente a un cambio de legislación, quien tenga un derecho causado (vr.gr. derecho a la pensión, salarios o vacaciones causadas, etc.) invoque la ley vigente para cuando nació su derecho. Luego la censura del accionante de haberse desmejorado el salario de los miembros de la Fuerza Pública, por haber señalado las normas demandadas que las primas de “Alto Mando” y de “Dirección”, no constituyen factores salariales para ningún efecto, no tiene vocación de prosperidad, ya que el legislador goza de cierta autonomía para definir qué elementos constituyen o no salario, como bien lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-279 de 1996, cuyo aparte es preciso transcribir en este proveído:

“...el legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen, o no salario; así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución...”

“...Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión, o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en

relación con el derecho al trabajo; ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional.”.

De otra parte, es importante señalar que no pueden confundirse los conceptos de régimen salarial y salario, ya que el régimen salarial es el género y el salario la especie. Mientras que el régimen salarial de conformidad con el artículo 150 numeral 19 se refiere a los derechos laborales del servidor público, el salario forma parte integrante de dicho régimen, sin constituir la totalidad del mismo; por esta razón, pagos que si bien son salario, pueden excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, habida cuenta que no existe ninguna razón constitucional o legal que impidan que determinada prestación social se liquide sin tener en cuenta el monto total del salario.

Las anteriores consideraciones son suficientes para mantener la legalidad de las normas acusadas, como se declarará en este proveído, al despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda.”¹

De conformidad con lo anterior, no son de recibo las argumentaciones esgrimidas por el actor en orden a soslayar la legalidad de la disposición demandada, por cuanto si al establecer un régimen salarial y prestacional es viable determinar cuáles de las sumas que percibe el servidor a título de salario deben tenerse en cuenta para liquidar otros pagos a los que también tiene derecho, la exclusión por la norma demandada de la prima de Alto Mando como factor salarial, no contraría ordenamiento jurídico alguno.

Por lo demás, resultan inadmisibles los cuestionamientos que se hacen en la demanda a la decisión de tomar como referencia para señalar el sueldo básico mensual de los Oficiales, Suboficiales, Miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes de los Cuerpos Profesional y Profesional Especializado de la Policía Nacional a que se refiere el Artículo 1° del Decreto 062 de 1999, únicamente la asignación básica de los Generales y Almirantes y no lo que éstos devengaban como prima de Alto Mando.

Lo anterior, no sólo porque el demandado no es el Artículo 1° de dicho decreto, mediante el cual se fijaron los sueldos de ese personal, sino porque no existe disposición superior que a ello obligue y porque si las condiciones especiales de preparación, experiencia y calidades profesionales y personales de quienes alcanzan esos grados, según lo han precisado las Corporaciones judiciales precedentemente mencionadas, de suyo justifican la creación de primas carentes de la connotación de efectos económicos en lo que a la determinación del monto de las prestaciones sociales atañe, la decisión del Gobierno de no tener en cuenta dicha prima para fijar el monto del salario de ese personal, la cual no fue demandada en el sub lite, no puede estimarse contraria a los ordenamientos invocados como infringidos en la demanda, ni al propósito que inspiró al legislador cuando expidió la Ley 4ª de 1992, que en lo atinente a la remuneración del personal de las Fuerzas Militares, según se desprende de los antecedentes legislativos respectivos (fl.79), consistió en prevenir la conformación de un grupo de

¹ Exp. N° 10995 Consejero Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas. Actor: Humberto de Jesús Pineda Peña.

Oficiales mal remunerado, cuyo sueldo no guardara relación con el de sus superiores, no obstante tener un contacto más estrecho con su tropa y ser directamente responsable de las operaciones que adelantan dichas Fuerzas

En efecto, no se evidencia una marcada desproporción entre la remuneración de ese personal y la que perciben los Almirantes y Generales, sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con los Artículos 3° y 4° del decreto demandado, los integrantes del mismo, además de la asignación básica prevista en el Artículo 1° ejusdem, tienen derecho al pago de primas mensuales, unos, equivalente al 52.23% de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica mensual y gastos de representación, otros, del 46.56% y otros del 35.44% de esos mismos haberes y los últimos, a las primas establecidas en los estatutos de carrera vigentes, lo que quiere decir que la remuneración que percibe por sus servicios el personal enlistado en el Artículo 1° ibídem, no es sólo la determinada en él, ya que a ésta se suma el valor correspondiente a los porcentajes y primas aludidos.

De otro lado, no puede decirse que el hecho de que a la prima de Alto Mando se le haya despojado de carácter salarial implicó el incumplimiento del deber de nivelar los salarios del referido personal, por cuanto el supuesto desconocimiento de lo previsto en el Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, no necesariamente se habría dado por esa razón, pues el Gobierno Nacional al determinar la escala salarial gradual a que se ha hecho referencia, bien habría podido utilizar mecanismos diferentes en orden a proscribir esa pretendida desproporción de los salarios entre grupos de ese personal, ya que existen diferentes maneras de engrosar las sumas que percibe el servidor como remuneración por la labor que desempeña, como efectivamente lo hizo al disponer en los Artículos 3° y 4° del Decreto 062 de 1999 que miembros del personal enlistado en el Artículo 1° ejusdem, además de las asignaciones básicas señaladas en esta norma, perciban las primas que en ellos se contempla y a las cuales se hizo referencia.

...”²

En ese orden, el cargo propuesto no prospera.

iii) Del desconocimiento de los derechos adquiridos de los miembros de la Fuerza Pública reconocidos por normas anteriores.

Este cargo lo hace consistir en que al proferir el Decreto 407 de 2006, el Gobierno desconoció lo consagrado en el artículo 2 literal a) de la Ley 4ª de 1992, en cuanto no respetó los porcentajes que establecieron normas anteriores a la Ley marco y la Constitución de 1991.

² Sentencia del 19 de septiembre de 2002, exp. 2394-99, M.P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

Confrontando el Decreto acusado con los principios señalados en la Ley marco del 92, no encuentra la Sala que las disposiciones acusadas hubieren infringido las pautas que según el libelista fueron señaladas, pues de la sola modificación de los porcentajes no puede deducirse el desconocimiento de los derechos adquiridos por los funcionarios de la Fuerza Pública sobre la remuneración y el régimen prestacional que se había consagrado en normas anteriores, ya que tal y como lo ha sostenido esta Corporación, los derechos adquiridos en materia laboral solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, **no sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho.**

Así se dejó plasmado en la sentencia del 17 de julio de 1995, Expediente 7501 con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas, en la que se dijo:

“Ciertamente la ley 4a. de 1992, norma general que expidió el Congreso de acuerdo con la facultad del artículo 150 numeral 19 de la Carta, para señalar los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial de, entre otros, los empleados de la rama judicial, dispuso en su artículo 2o. que debían respetarse los derechos adquiridos de los servidores del Estado y en el artículo 10 que todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las prescripciones de la ley carecería de efecto, por lo cual cabe analizar si al cambiar el sistema de remuneración el gobierno nacional desconoció derechos adquiridos de los servidores que es lo que finalmente constituye el concepto de violación que se construye contra los actos censurados.

Respecto de los derechos adquiridos de los servidores públicos ha dicho la Sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho.

La garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que se consideran han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se ha adquirido el estatus según la ley, a unas vacaciones consolidadas, en fin, a todos los derechos que por el ejercicio del empleo hacen parte del patrimonio del servidor, es decir, que tal garantía tiene que ver con las situaciones jurídicas particulares consolidadas, no con la regulación de tipo general y abstracto.”

Tal postura ha sido avalada por esta Corporación, tal y como lo demuestra un pronunciamiento más reciente en donde se consideró:

“En cuanto al desconocimiento de los derechos adquiridos no encuentra la Sala vulneración alguna, como sostiene el apelante, porque estos en

materia laboral sólo pueden invocarse respecto de aquellos derechos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una normatividad, a cuya intangibilidad no se tiene derecho” (Sentencia 2882-04 del 10 de mayo de 2007. MP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez)

Las consideraciones que preceden son suficientes para mantener la legalidad del Decreto acusado, y así se declarará en esta providencia, al despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda

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

F A L L A

DENIEGASE la pretensión de nulidad de los artículos 1° y 2° del Decreto 407 del 8 de febrero de 2006, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

En firme esta sentencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO