

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD – Presupuesto / DECRETO EXPEDIDO EN EJERCICIO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA – No procede el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad**

El ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad previsto en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 exige los siguientes presupuestos: 1) que la norma acusada constituya una disposición autónoma o constitucional, 2) que el juicio de validez se realice frente a la Constitución Política, y 3) que sea expedida por cualquier autoridad en ejercicio de la función constitucional. Así las cosas, queda claro que el decreto que se expida por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en una Ley y por ende en ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, no tiene la naturaleza de reglamento autónomo constitucional y por ende no podrá ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad ante esta Corporación. La excepción de inconstitucionalidad es una obligación de todo operador jurídico. Se trata de una forma de control concreta e incidental: es concreta porque sólo opera para el caso particular y es incidental porque surge como punto singular y diferente al proceso principal, al momento de aplicarla hay que motivarla y sus efectos son inter partes y en ciertos casos inter pares.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 135

**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD – Es de carácter concreta e incidental / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Prima de actividad. Competencia**

La inaplicación solicitada no puede entenderse como el ejercicio de la nulidad por inconstitucionalidad, ni que la excepción de inconstitucionalidad deba ser estudiada sólo en ejercicio de ese medio y que por ello el Juez Administrativo no sea el competente para conocer del asunto. Se olvida que quien ejerce la nulidad y restablecimiento del derecho pretende se declare la nulidad del acto que le negó el reconocimiento en la asignación de retiro del porcentaje de la prima de actividad, pudiendo válidamente solicitar para su caso la inaplicación de la norma que considera contraviene la Constitución y le vulneran sus derechos económicos laborales.

**NOTA DE RELATORIA:** En igual sentido ver Rad. 2013-01413(3580-13); 2013-01132(2677-13)

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01045-00(2370-13)**

**Actor: JOSE GUILLERMO RIVEROS PARDO**

**Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**

Procede el Despacho a determinar si es competente para conocer de la demanda promovida por el señor José Guillermo Riveros Pardo contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, remitida mediante auto de 15 de abril de 2013, por el Juzgado Noveno Contencioso Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá- Sección Segunda.

### **ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, el señor José Guillermo Riveros Pardo, a través de apoderado judicial, acudió ante el Juzgado Administrativo pretendiendo:

- Se inapliquen los artículos 2 y 4 del Decreto 2863, solicitud que hizo en los siguientes términos: *“por mandato de la Constitución Nacional artículo 4, en concordancia con los artículos 13, 29, 48, 53 y 230 y los artículos 148 y 187 inciso tercero del C.P.A.C.A. se declare en la providencia que ponga fin a la presente acción, bajo la excepción de inconstitucionalidad en la (SIC) no aplicación de normas que contraríen la Carta Política, que existió “omisión legislativa relativa y/o reglamentaria” en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, por no incluir al personal de Agentes de la Policía Nacional”*.
- La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 1504 de 21 de marzo de 2012, por medio del cual se le negó el reajuste de la asignación de retiro de la que es titular, incluyendo el porcentaje que legalmente le corresponde en virtud de lo dispuesto en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007<sup>1</sup>, que modificó el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

---

<sup>1</sup> Del Decreto 2863 de 2007 los artículos 2 y 4 disponen:

*“Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:*

- A título de restablecimiento pidió que se ordene a la entidad demandada a reliquidar y pagar su asignación de retiro en un 45% por concepto de variación en el computo salarial y/o pensional denominada “prima de actividad” con fundamento en lo preceptuado en los artículos 30 del Decreto 1213 de 1990 y 4 del Decreto 2863 de 2007.

El reparto de la controversia correspondió al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, quien mediante auto de 15 de abril de 2013 ordenó remitir el expediente a esta Corporación, argumentando lo siguiente:

La autoridad competente para dirimir el presente asunto en única instancia es el Consejo de Estado, por cuanto el conocimiento de la inaplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, por la omisión legislativa pretendida por el actor, según lo disponen el numeral segundo del artículo 237 de la C.P. y los artículos 135 y 149 del CPACA, es de competencia del Consejo de Estado en única instancia. Por tratarse de competencia funcional una eventual nulidad resulta insanable. Además, dejando intacto el artículo 6 del mismo decreto, resulta imposible una decisión que se aparte de su tenor literal.

## CONSIDERACIONES

**Aspectos previos:** Previo al análisis de quien es el competente para conocer del presente asunto, se deben realizar las siguientes consideraciones respecto del medio de control de **nulidad por inconstitucionalidad**, refiriéndonos al estudio

---

*Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° 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%). (...)*

*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 Pensione (...)*”.

que esta Corporación hizo en el auto de 10 de octubre de 2012, en la cual se manifestó<sup>[1]</sup>:

*“ (...) el Despacho considera que el medio de control -antes denominado por la ley acción- **de nulidad por inconstitucionalidad, no corresponde a cualquier juicio de validez que se haga sobre un reglamento o acto administrativo que presuntamente viola la Constitución Política, porque este sólo es un presupuesto para el ejercicio de este mecanismo de control. En efecto, es claro que el art. 135 establece que la nulidad se produce “por infracción directa de la Constitución”.***

*No obstante, esto no significa que todo juicio de inconstitucionalidad de los reglamentos o actos administrativos en general corresponda al ejercicio de este medio de control, pues existe otro requisito, no establecido por la naturaleza de la norma violada, sino por la de la disposición demandada. Establece el art. 135 que lo demandado serán: “... los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política”, y el inciso segundo agrega que: “También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional”.*

***Aunque una lectura ligera de la norma admite pensar que cualquier disposición administrativa que viole la Constitución se examina con este medio de control, lo cierto es que la filosofía que recoge el art. 135 no es esa; más bien establece un medio de control especial para aquellas normas que carecen de fuerza de ley, pero que desarrollan directamente la Constitución, y que expiden tanto el Gobierno Nacional como otras entidades u organismos, sin ley que trate previamente el tema. Se alude a los denominados reglamentos autónomos, o praeter legem, o constitucionales o independientes, cuya naturaleza es la de un reglamento no la de una ley.***

*En estos términos, el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad exige varios requisitos, entre ellos –para efectos de esta providencia- se destacan tres: i) que la norma demanda (sic) sea un reglamento autónomo o constitucional, requisito principal del medio de control; ii) que la confrontación o juicio de validez se haga directamente contra la Constitución Política; y iii) no importa la autoridad que expida el acto, porque puede ser el Gobierno Nacional u otra autoridad, siempre que expidan un reglamento autónomo -por autorización de la Constitución-.*

---

<sup>[1]</sup> Auto del 10 de octubre de 2012, Actor: Julio César Méndez González y otros. Radicado No. 11001032600020120005600.

(...).

De esta manera se infiere por el despacho que el ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad previsto en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011 exige los siguientes presupuestos: 1) que la norma acusada constituya una disposición autónoma o constitucional, 2) que el juicio de validez se realice frente a la Constitución Política, y 3) que sea expedida por cualquier autoridad en ejercicio de la función constitucional<sup>2</sup>.

Así las cosas, queda claro que el decreto que se expida por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo dispuesto en una Ley y por ende en ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, no tiene la naturaleza de reglamento autónomo constitucional y por ende no podrá ser demandado en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad ante esta Corporación.

Ahora bien, teniendo claro en que casos procede el medio de control por inconstitucionalidad de competencia exclusiva del Consejo de Estado, es pertinente referirnos a la excepción de inconstitucionalidad.

La **excepción de constitucionalidad** consiste en que en un caso concreto en el que el operador jurídico, sea quien fuere, encuentre que una disposición jurídica viola la Constitución, se debe aplicar ésta o inaplicar aquélla.

La excepción de inconstitucionalidad es una obligación de todo operador jurídico. Se trata de una forma de control concreta e incidental: es concreta porque sólo opera para el caso particular y es incidental porque surge como punto singular y diferente al proceso principal, al momento de aplicarla hay que motivarla y sus efectos son inter partes y en ciertos casos inter pares<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Consejo De Estado Sección Segunda Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, auto de 27 de noviembre de 2013, expediente No. interno 3070-2013.

<sup>3</sup> Corte Constitucional auto 071 de 27 de febrero de 2001

El Despacho resalta, que con fundamento en el artículo 4 de la Constitución Política la inaplicación de normas que contraríen la Constitución Política no es una función exclusiva de la Corte Constitucional y de los órganos de cierre de las jurisdicciones, sino es una obligación de todos los jueces en caso de incompatibilidad entre la Constitución y otra normativa, aplicar las disposiciones constitucionales y que tal inaplicación normativa tendrá efectos inter partes, tal como lo anotó la Corte Constitucional en sentencia C-122 de 2011, en los siguiente términos:

*“La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y **un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.** De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto”.*

**El caso concreto.** El Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá consideró que el presente asunto está atribuido al Consejo de Estado en única instancia, por cuanto es al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo a quien le compete

conocer de la nulidad por inconstitucionalidad, por la omisión legislativa, en la que presuntamente incurrió el Gobierno al expedir el Decreto 2863 de 2007.

En efecto, el demandante solicita que se inaplique para su caso el Decreto 2863 de 2007, pero a su vez está pidiendo la nulidad del acto administrativo por medio del cual se le negó el reconocimiento al reajuste de la asignación de retiro, pretensión que funda en que con la expedición del mencionado acto de carácter particular se vulnera el derecho a la igualdad y no se aplica el principio *in dubio pro operario*.

Respecto de la inaplicación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, manifestó el demandante, que en dicho Decreto el Gobierno incurrió en una omisión legislativa, que le afecta a su caso particular, pues no se reconoce el reajuste de su asignación de retiro incluyéndosele lo correspondiente a la prima de actividad.

La inaplicación solicitada no puede entenderse como el ejercicio de la nulidad por inconstitucionalidad, ni que la excepción de inconstitucionalidad deba ser estudiada sólo en ejercicio de ese medio y que por ello el Juez Administrativo no sea el competente para conocer del asunto. Se olvida que quien ejerce la nulidad y restablecimiento del derecho pretende se declare la nulidad del acto que le negó el reconocimiento en la asignación de retiro del porcentaje de la prima de actividad, pudiendo válidamente solicitar para su caso la inaplicación de la norma que considera contraviene la Constitución y le vulneran sus derechos económicos laborales.

Consecuente con lo anterior, el caso bajo estudio es de competencia del Juez Administrativo quien deberá estudiar la legalidad del acto demandado y la procedencia de inaplicar por inconstitucional, lo dispuesto en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, para el preciso caso del actor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado:

## **RESUELVE**

**PRIMERO.** Declárase que la competencia para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor José Guillermo Riveros Pardo, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, es de los Juzgados Administrativos de Bogotá en primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa

**SEGUNDO.** Remítase el expediente al Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. , para lo de su competencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**