

POLICIA NACIONAL – Nivel ejecutivo / NIVEL EJECUTIVO – Creación / ASIGNACION DE RETIRO – Regulación para el nivel ejecutivo / SUBOFICIALES Y AGENTES – Nivel ejecutivo

El nivel ejecutivo en la Policía Nacional fue creado mediante la Ley 180 de 1995, disposición en la cual se permitió el ingreso a este nuevo nivel del personal de suboficiales y Agentes al servicio de la Policía Nacional y por Decreto 1091 de 1995 de junio 17 de 1995, se expidió su régimen de asignaciones y prestaciones en desarrollo de la Ley 4ª de 1992. Concretamente tratándose de la asignación de retiro esta norma la reguló en el artículo 51 que como ya tuvo oportunidad de señalarse, fue declarado nulo por esta Corporación.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 ARTICULO 25 PARAGRAFO 2

REGIMEN PENSIONAL Y DE ASIGNACION DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA – Objetivos, criterios y elementos minimos / POTESTAD REGLAMETARIA – Limites / LEY MARCO – Limites de reglamentación

Los objetivos, criterios y elementos mínimos para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública los debía observar el Gobierno Nacional, a quien en virtud de lo consagrado en el artículo 189 de la Carta Política, como suprema autoridad administrativa, se le confiere, entre otras, la función de ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y aunque para la expedición de los decretos dictados en desarrollo de una Ley marco, goza de una mayor amplitud, ello no constituye autorización para desbordar o desconocer el mínimo de los elementos que la Ley ordena tener en cuenta para su perfeccionamiento. Lo anterior quiere decir que el Congreso en la Ley marco no agota la materia de que se trate y se circunscribe a fijar unas pautas generales y señalar unos lineamientos que al ejercer la función de reglamentación, no puede desconocer el Gobierno Nacional. Se precisa, en consecuencia, que el decreto acusado tiene por límite la Ley marco y que so pretexto de desarrollarla no puede modificar sus elementos. De lo anterior se concluye la imposibilidad para el Gobierno de introducir disposiciones que desvirtúen la voluntad del legislador, pues los límites de esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 ARTICULO 25 PARAGRAFO 2

POTESTAD REGLAMENTARIA – Desbordamiento del ámbito de competencia / DECRETO REGLAMENTARIO – Invade competencia legislativa / ASIGNACION DE RETIRO – Tiempo mínimo de vinculación. Retiro por solicitud propia / REGIMEN DE TRANSICION – El decreto reglamentario no lo estableció / EXPECTATIVAS LEGITIMAS – Vulneración / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO – Policía Nacional / LEY MARCO – Asignación de retiro / DECRETO REGLAMENTARIO – Modifico la ley marco referente al tiempo mínimo de para obtener la asignación de retiro

Observa la Sala que el Gobierno Nacional se encontraba facultado por la Ley 923 de 2004 para reglamentar lo relacionado con el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En virtud de esa facultad expidió el Decreto 4433 de 2004. En consecuencia, la norma acusada, parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas. En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años. Y tratándose de causales diferentes al retiro por solicitud propia, lo estableció en 20 y 25 años, cuando las normas anteriores habían establecido entre 15 y 20 años, tiempo de servicio que debía respetarse para quienes, de conformidad con lo ordenado en la Ley 923 de 2004, se encontraban en servicio activo al momento de la entrada en vigencia de la Ley, como ésta misma lo dispuso. Es cierto que la Ley marco establece en su artículo 3°, numeral 3.1 un tiempo mínimo de servicio de 18 años y un límite máximo de 25 años para obtener dicha asignación, sin embargo, en el presente asunto no se trata de establecer si el requisito del tiempo de servicio para la generalidad de los beneficiarios se estableció dentro de ese límite mínimo y máximo, sino de la garantía que la Ley 923 de 2004 estableció en favor del personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, que es la inconformidad planteada en la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 923 DE 1964 / DECRETO 44333 DE 2004 – ARTICULO 25 PARAGRAFO 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 ARTICULO 25 PARAGRAFO 2

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00016-00 0290-06 (1074-07)

Actor: JUAN CARLOS BELTRÁN BEDOYA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Referencia: DECRETOS DEL GOBIERNO

ANTECEDENTES

Mediante auto de 27 de febrero de 2009 se decretó la acumulación de los procesos números 0290-2006 y 1074-2007 (fls. 78-82 del cuaderno principal), a cuya decisión se procede en la siguiente providencia.

JUAN CARLOS BELTRÁN BEDOYA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó del Consejo de Estado la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, expedido por el Presidente de la República, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995; y del parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, por medio el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro

de los miembros de la Fuerza Pública, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004.

NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política: Preámbulo y artículos 1, 2, 3, 13, 53, 58 y 218
- Decreto 1212 de 1990: artículos 144 y 145
- Decreto 1213 de 1990: artículos 104, 105 y 106
- Ley 62 de 1993: artículos 5 y 6
- Decreto 262 de 1994: artículos 7 y 26
- Ley 180 de 1.995: artículo 7
- Decreto 132 de 1995: artículo 82
- Ley 923 de 1.994

Respecto, el demandante expresó que el Gobierno Nacional no podía regular derechos constitucionales

El ciudadano Juan Carlos Beltrán Bedoya afirmó tanto respecto del artículo 25 del Decreto 1091 de 1995 como del artículo 51 del Decreto 1091 del mismo año, demandados, que el ejecutivo no puede regular derechos constitucionales, por cuanto están sujetos a reserva de ley, esto es, que el régimen pensional de la fuerza pública, en particular de los miembros del nivel ejecutivo y concretamente de suboficiales y agentes que a la fecha de creación de la carrera se hallaban en servicio activo, eran de reserva legal. Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004, al

declarar la inexecutable del Decreto Ley 2070 de 2003 cuyo contenido conceptual es casi idéntico al de la norma que ahora acusa.

Señaló que al ingresar suboficiales y agentes al nivel ejecutivo, lo hicieron amparados en la presunción de buena fe, con la plena convicción de que el legislador respetaría el mandato del párrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995, por cuanto no podían ser desmejorados en sus condiciones hasta obtener la asignación de retiro.

No obstante, el ejecutivo se excedió en su potestad reglamentaria estableciendo un nuevo régimen más gravoso y asaltando la buena fe, por cuanto se trasladaron a ese nivel antes del 27 de junio de 1995, cuando aún no se había expedido el decreto 1091, no siendo entonces conscientes de esa nueva regulación, pues su situación se hallaba amparada por el párrafo del artículo 7º de la Ley 180; y no podía establecer requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho que ya estaba reglamentado en los decretos 1212 y 1213 de 1990.

La norma acusada establece una desmejora en el régimen prestacional del personal suboficial y agentes que fueron trasladados al nivel ejecutivo, quienes al momento de ingresar a la carrera se regían por lo dispuesto en los decretos 1212 (art. 144) y 1213 (art. 104) de 1990, constituyéndose en una discriminación frente a quienes se hallaban en servicio activo, al someterlos a un nuevo régimen en donde se incrementó en 5 años el tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro, se modificaron las causales para acceder a tal prestación, se perdió la posibilidad de obtener el 50% de la asignación al

ser retirado después de 15 años de servicio, pero con menos de 20, se perdió el derecho al servicio médico asistencial, al ser retirado entre los 15 y los 20 y se les desconoce un derecho adquirido a la asignación para quienes tenían 15 o más años de servicio y para quienes con posterioridad a su ingreso al nuevo nivel cumplieron dicho tiempo.

Por su parte, expuso en el proceso radicado con el número interno 1074-2007, que a pesar de que el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 fue declarado nulo por esta Corporación¹, el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 es una reproducción de éste, con las mismas consecuencias de desconocimiento de la Ley 180 de 1995 y en contravía de la Ley marco 923 de 1994, donde se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el gobierno nacional para fijar el 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 Carta Política.

Con la expedición del acto demandado se violentaron las condiciones de los agentes y suboficiales que ingresaron a la carrera del nivel ejecutivo, desmejorándolos en sus prestaciones y condiciones para el retiro del servicio activo ya que se aumentó de 15 a 20 años y de 20 a 25 años para obtener la asignación de retiro, a pesar de que antes de la Ley 180 de 1995, ya se había estipulado que el ingreso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no podía desmejorar no discriminar en ningún aspecto la situación de quienes

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente doctor Alberto Arango Mantilla, 14 de febrero de 2.007, expediente 1240-2004, Actor: Ferney Enrique Camacho González.

se encontraban en servicio activo de la Policía Nacional, máxime, cuando no estableció un régimen de transición, lo que vulnera beneficios mínimos laborales.

Finalmente, adujo que una vez declarado nulo el artículo 51, automáticamente reviven las normas del Decreto 1212 y 1213, que benefician al personal de homologados que haya ingresado al escalafón del nivel ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de vigencia del Decreto 4433 de 2.004.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Afirma la entidad demandada que las normas acusadas se ajustaron a derecho.

Respecto del artículo 51 del Decreto 1091 de 1.995, indicó que el régimen jurídico colombiano permite que el ejecutivo dicte normas con fuerza de ley en materia y asuntos determinados, como en el caso de los decretos 041 y 262 de 1994 expedidos en virtud de la ley 62 de 1993 y el decreto 1791 de 2000 en ejercicio de las conferidas por la Ley 578 de 2000.

Indicó que en el concepto de violación expuesto por la parte demandante se limitó a exponer lo relacionado con el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, y que en su parecer, éste no se vulnera, puesto que el personal de suboficiales y agentes gozan de un régimen de carrera y prestacional distinto de los oficiales y del nivel ejecutivo, para lo

cual resalta algunos criterios esgrimidos por la Corte Constitucional para justificar el trato desigual expresado por el actor.

Argumentó que no pueden confundirse los presupuestos de la acción de inconstitucionalidad con los de la acción de simple nulidad, pues al declararse la inexecuibilidad del Decreto 2070 de 2003 automáticamente adquirieron vigencia las normas anteriores, como el decreto ahora acusado. La Corte aclaró que la ley marco debería precisar el contenido especial o básico del régimen pensional y de asignación de retiro, en donde se indicaran elementos tales como los requisitos, edad, tiempo, monto, ingreso, bases de liquidación, régimen de transición, etc.

Finalmente propone las excepciones de cosa juzgada constitucional y de falta de jurisdicción y competencia, remitiéndose para ello a una providencia de esta Corporación relacionada con la legalidad del Decreto 335 de 1992.

En cuanto al artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, se acataron plenamente las prescripciones de los artículos 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política y de la sentencia C-432 de 2004.

Con la expedición de la Ley 923 de 2004 se facultó al gobierno para establecer el régimen de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, reuniendo los requisitos de la Ley Marco, puesto que estableció los objetivos y criterios que el gobierno nacional tendría en cuenta para la fijación del régimen pensional y asignación de retiro, concluyendo que el personal que ingresó por incorporación directa a la carrera policial del nivel

ejecutivo, se sometió a una relación legal y reglamentaria previamente definida en la Ley y el marco general de la política macroeconómica y fiscal, determinada por la austeridad del gasto público.

La homologación a la carrera de nivel ejecutivo generó para el personal la posibilidad de devengar un salario mayor y de ascender en la nueva carrera, beneficios que antes no existían para el personal de agentes quienes ingresaban y se retiraban con el mismo grado y para quienes existía un régimen salarial y prestacional diferente al del nivel ejecutivo, establecido en los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1.990 con bondades y desventajas entre uno y otro.

De otra parte, señala que el acto acusado previó un régimen de transición consagrado en el párrafo 1º, por ende el cargo del actor es infundado pues considera que existe un régimen de transición.

El Decreto acusado se ajusta a derecho pues la Ley le otorgó la facultad de señalar el término para acceder a la asignación de retiro dentro del plazo asignado previamente.

En conclusión, afirma, el acto demandado mantuvo los tiempos contemplados en la disposición vigente para el momento de su expedición, es decir, el Decreto 1091 de 1995, que a la fecha no había sido declarado nulo, por lo que no puede afirmarse que el gobierno hubiera actuado por fuera de la ley marco.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda y Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, en los procesos acumulados 0290-2006 y 1074-2007, solicitaron acceder a las súplicas de la demanda, por las razones que a continuación se expresan:

Después de confrontar las normas acusadas, considera que respecto de la nulidad solicitada del artículo 51 del Decreto 1091 se está en presencia de la cosa juzgada material, pues fue declarado nulo por el Consejo de Estado², razón por la cual es necesario estarse a lo dispuesto a la sentencia indicada.

Respecto de los párrafos 1° y 2° señala que existe un reparto de competencias entre el Congreso de la República y el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. De acuerdo con este reparto, es a través de una ley marco o cuadro que el Congreso fija las pautas y criterios generales que guían la forma en que habrá de regularse determinada materia, y el Presidente de la República, se encarga de desarrollarla a través de sus propios decretos administrativos o ejecutivos.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente doctor Alberto Arango Mantilla, 14 de febrero de 2.007, expediente 1240-2004, Actor: Ferney Enrique Camacho González.

Es así, como el Decreto 4443 de 2004 fue expedido en desarrollo de la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, razón por la cual el Gobierno Nacional no invade el ámbito de competencia del Congreso de la República, pero indica que modifica los requisitos para obtener la asignación de retiro y en ese sentido el Gobierno Nacional se extralimita en el ejercicio de la potestad reglamentaria

Para resolver, se

CONSIDERA

Se demandan el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 4° de 1.992 y el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, por medio el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004.

El problema jurídico gira en torno a determinar si el Gobierno Nacional al expedir las normas acusadas -artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y artículo 25 del Decreto 4433 de 2.004- se **extralimitó** en la potestad reglamentaria al establecer, modificar o derogar preceptos contenidos en la ley objeto de reglamentación y actuó sin **competencia** al fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

La primera de las normas acusadas es del siguiente tenor:

Decreto 1091 de 1995

Artículo 51. Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:

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

1. Llamamiento a calificar servicio.
2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
3. por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.

4. por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.

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

1. por solicitud propia.

2. por incapacidad profesional.

3. por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

4. por conducta deficiente.

5. por destitución.

6. por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.

7. por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995.

Parágrafo. También tendrá derecho al pago de asignación mensual de retiro el personal del nivel ejecutivo de que trata el literal b) de este artículo, cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y
2. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

Considera el actor que la aptitud legal para modificar y derogar los preceptos establecidos en la ley, así como para establecer el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, reside en el Congreso de la República.

Procederá la Sala a examinar en primer término, el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995.

Sobre esta disposición, la Sala se remitirá a la sentencia de 14 de febrero de 2007, dictada en el expediente 1240-2007, en la que luego de realizar el análisis pertinente, se resolvió declarar la nulidad del “ **artículo 51 del Decreto 1091 del 27 de junio de 1995**, expedido por el Presidente de la República, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, mismo acto acusado en esta oportunidad, consideró lo siguiente:

“...En relación con el reparto de competencias entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, en cuanto al establecimiento o consagración de los regímenes prestacionales, la Corte Constitucional, al ejercer control respecto del Decreto Ley 2070 de julio 25 de 2003³, por el cual se regulaba el régimen pensional de las fuerzas militares y de la Policía Nacional⁴, expresó lo siguiente:

“(...) Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de **regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa**, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

En tales casos, cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la **ley marco**,

³ Expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas en el art. 17 -numeral 3- de la Ley 797 de 2003.

⁴ Incluido el del personal del nivel ejecutivo (art. 1º), en donde además se previó, la asignación de retiro para este personal y las partidas computables en su liquidación, así como las causales que operaban para su reconocimiento (arts. 23 y s.s.).

entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una **cláusula de reserva legal**.

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

Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido⁵ sólo es dable exigirlo en la medida en

⁵ Los derechos se adquieren en tanto se reúnan los dos (2) elementos que exige el artículo 58 de la C.P., como son: el objetivo y el subjetivo.

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

Al desvirtuarse entonces, dentro de este proceso, la legalidad que amparaba la norma acusada - artículo 51 del Decreto 1091 de 1994 -, esta Sala procederá a retirarla del ordenamiento jurídico, por violar la Constitución Política y la Ley...”

En este orden de ideas, y como quiera que en el presente asunto se demanda el mismo artículo cuya legalidad ya fue analizado en forma suficiente por la Sala, es necesario estarse a lo resuelto en dicha sentencia y así se dispondrá en la parte resolutive.

Se demanda igualmente el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, que desarrolla la Ley 923 de 2004, en lo que tiene que ver con la asignación de retiro del personal ejecutivo de la Policía Nacional. Su texto es el siguiente:

Artículo 25 Decreto 4433 de 2004

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

25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.

25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARAGRAFO 1o. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

PARAGRAFO 2o. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

El nivel ejecutivo en la Policía Nacional fue creado mediante la Ley 180 de 1995, disposición en la cual se permitió el ingreso a este nuevo nivel del personal de suboficiales y Agentes al servicio de la Policía Nacional y por Decreto 1091 de 1995 de junio 17 de 1995, se expidió su régimen de asignaciones y prestaciones en desarrollo de la Ley 4ª de 1992. Concretamente tratándose de la asignación de retiro esta norma la reguló en el artículo 51 que como ya tuvo oportunidad de señalarse, fue declarado nulo por esta Corporación.

La Ley que creó el nivel ejecutivo, en su artículo 7º, párrafo, expresó que el ingreso al nivel ejecutivo de personal de la policía nacional no podía discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes estando al servicio de la Policía Nacional, decidieran incorporarse a él.

Afirma el actor que la norma demandada de un tajo violentó las condiciones de los agentes y suboficiales que ingresaron a la carrera del nivel ejecutivo pues los desmejoró en la medida en que aumentó de 15 a 20 años, y de 20 a 25, las condiciones para obtener la asignación de retiro.

Para efecto de decidir, se tiene lo siguiente:

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

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

a) (…).

e) **Fijar el régimen** salarial y **prestacional** de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y **de la Fuerza Pública**. (…”. (se resalta).

El inciso 2° del artículo 218 ibídem, por su parte, difiere a la Ley, la determinación del régimen de carrera, prestacional y disciplinario de la Policía Nacional.

Es decir, que la Carta Política fue clara en señalar que el establecimiento del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Policía Nacional, sería determinado por la Ley.

En ejercicio de la mencionada atribución constitucional, el Congreso Nacional expidió la Ley marco 923 de 2004 por medio de la cual facultó al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la **fuerza pública**, siguiendo los lineamientos trazados en dicha ley.

Lo anterior quiere decir, que en la materia existe una competencia compartida entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, en virtud de la cual, el primero señala las normas, objetivos, criterios y elementos mínimos que debe atender el segundo para la fijación del régimen prestacional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Así, en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, el Congreso estableció como elementos mínimos que debía contener el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, correspondientes a la Fuerza Pública, los siguientes:

...

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones (subrayado fuera de texto)..

(...)

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

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

En lo que interesa para el presente asunto, los elementos mínimos que debía observar el Gobierno Nacional al fijar el régimen de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerzas Pública, eran:

- El tiempo de servicio será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso podrá ser superior a 25 años.
- A quienes se encuentren en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al 30 de diciembre de 2004, cuando el retiro sea por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por otra causal.
- Un régimen de transición que reconozca las **expectativas legítimas** de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión

y/o asignación de retiro, el cual debe mantener como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la misma Ley para acceder al derecho a la asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública en servicio activo a diciembre 30 de 2004.

Además de lo anterior, señaló unos principios entre ellos el del respeto por los derechos adquiridos, textualmente expresó:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

En el numeral 2.8., dispuso:

No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

Los objetivos, criterios y elementos mínimos para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública los debía observar el Gobierno Nacional, a quien en virtud de lo consagrado en el artículo 189 de la Carta Política, como suprema autoridad administrativa, se le confiere, entre otras, la función de ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y aunque para la expedición de los decretos dictados en desarrollo de una Ley marco, goza de una mayor amplitud, ello no constituye autorización para desbordar o desconocer el mínimo de los elementos que la Ley ordena tener en cuenta para su perfeccionamiento.

Lo anterior quiere decir que el Congreso en la Ley marco no agota la materia de que se trate y se circunscribe a fijar unas pautas generales y señalar unos lineamientos que al ejercer la función de reglamentación, no puede desconocer el Gobierno Nacional.

Se precisa, en consecuencia, que el decreto acusado tiene por límite la Ley marco y que so pretexto de desarrollarla no puede modificar sus elementos.

Sobre los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria, esta Corporación ha venido sosteniendo lo siguiente:

“La potestad de reglamentar las leyes es atribución sólo del Presidente de la República, y no de otras autoridades administrativas, que ha de ejercer, desde luego, con la

colaboración del ministro del ramo o director de departamento administrativo correspondiente, según lo establecido en el artículo 115 de la Constitución;

Los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley de que se trate, de manera que si la ley suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento, nada habrá de agregársele y, por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria; pero si faltan en ella detalles necesarios para su correcta aplicación habrá lugar a proveer a la regulación de esos detalles, en ejercicio de la potestad reglamentaria. En otros términos, tanta será la materia reglamentable cuanto determine la necesidad de dar cumplimiento a la ley, ...

La potestad reglamentaria de las leyes está referida a cualesquiera leyes, sin distinciones, que no las establece la norma constitucional...

Según lo establecido en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución, corresponde al Presidente, y no de otras autoridades administrativas, ejercer la potestad de reglamentar la ley mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes, cuando sea necesario para la cumplida ejecución de las leyes; de cualesquiera leyes, que en ello no se hicieron distinciones. Y esa potestad es distinta de la facultad atribuida a muchas autoridades para el cumplimiento de determinadas funciones, aun cuando esas funciones se cumplan mediante la expedición de actos administrativos de carácter general. Podía, pues, el Presidente de la República, en principio, reglamentar los

artículos 226 a 236 de la ley 223 de 1.995 en materia de impuesto de registro...

Es pues, una regla general de competencia que la Constitución otorga al Presidente de la República, como símbolo de unidad nacional, jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, la de ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. No existe ninguna disposición constitucional que expresamente prohíba al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria respecto de leyes, como la 223 de 1995, que reguló el impuesto de registro, y por el sólo hecho de que se trate de un impuesto departamental, tal circunstancia no lo inhibe para que, como símbolo de unidad de la nación, dentro del contexto a que se ha venido haciendo referencia, cumpla con tal función. El poder reglamentario lo otorga directamente la Constitución al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, con la finalidad de que expida normas de carácter general para la correcta ejecución de la ley. Por ser una atribución propia que le confiere la Carta Política, no requiere de una norma legal que expresamente la conceda y se caracteriza además por ser atribución inalienable, intransferible e inagotable, no tiene un plazo para su ejercicio y es irrenunciable, aunque no es un poder absoluto pues se halla limitado por la Constitución y la ley, ya que al ejercerla el Presidente de la República no puede alterar o modificar la ley que reglamenta..."⁶.

De lo anterior se concluye la imposibilidad para el Gobierno de introducir disposiciones que desvirtúen la voluntad del legislador, pues los límites de

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Dr. Javier Díaz Bueno, sentencia de 8 de febrero de 2000, expediente S-761, actor: Departamento de Risaralda.

esta facultad los señala la necesidad de cumplir adecuadamente la norma que desarrolla.

En el caso objeto de estudio, observa la Sala que el Gobierno Nacional se encontraba facultado por la Ley 923 de 2004 para **reglamentar** lo relacionado con el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En virtud de esa facultad expidió el Decreto 4433 de 2004.

El cargo que la parte actora hace en relación con la disposición acusada, parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, se circunscribe al hecho de que no respeta los derechos de los agentes y suboficiales que se incorporaron al **nivel ejecutivo de la Policía Nacional**, concretamente porque aumentó el tiempo en que podían acceder a una asignación de retiro, así:

- De 20 a 25 años si el retiro era por solicitud propia
- De 15 a 20 años si el retiro se presentaba por otra causal.

Como la nulidad que se alega tiene su fundamento en que se aumentó el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro a pesar de que la Ley 923 de 2004 estableció un límite mínimo y máximo y la prohibición de que a quienes se encontraran en servicio activo se les exigiera un tiempo de servicio superior al que regía al 30 de diciembre de 2004 cuando la causal

del mismo era la solicitud propia, ni inferior a 15 años por otra causal, es necesario determinar cuál era el régimen vigente para dicha época con el fin de establecer si el Gobierno al ejercer la potestad reglamentaria, varió las condiciones señaladas en la Ley marco.

Al haber sido declarado inexecutable el Decreto Ley 2070 de 2003 y nulo el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que regulaba lo atinente al régimen pensional del nivel ejecutivo, quedaron vigentes tratándose de suboficiales, el Decreto 1212 de 1990 y de Agentes el Decreto 1213 de 1990.

Se aclara que el estudio se centrará sólo en el régimen de asignación de retiro vigente cuando entró a regir la Ley 923 de 2004, para los grados de suboficial y agente, teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 180 de 1995 que creó el nivel ejecutivo, a él únicamente podían acceder quienes tuvieran dicha calidad y aunque también estableció que personal no uniformado y otros por incorporación directa podían hacerlo, lo cierto es que la demanda se refiere a la desmejora en materia de asignación de retiro del personal de suboficiales y agentes.

Aclarado lo anterior, se tiene que el Decreto 1212 de 1990, en el artículo 144, en relación con los **suboficiales**, contemplaba la posibilidad de retiro a los 15 años de servicio en los siguientes eventos:

... por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del

Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente ...

Igualmente contempló el derecho para quienes se retiraran (voluntad propia) o fueran separados, a los 20 años, de acceder a una asignación de retiro.

En los dos casos (15 o 20 años), dispuso lo siguiente:

... tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

En lo que tiene que ver con los **Agentes de la Policía Nacional**, el Decreto 1213 de 1990, artículo 104, contempló la posibilidad de acceder a una asignación de retiro después de 15 años, al retiro por las siguientes causales:

... por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio ...

Y con 20 años, por solicitud propia, evento en el cual se contempló una asignación de retiro en las siguientes condiciones:

se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

Por su parte, el párrafo acusado del artículo 25, dispuso:

Asignación de retiro con 20 años por llamamiento a calificar servicios por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía Nacional y por disminución de la capacidad sicofísica.

Asignación de retiro a los 25 años por solicitud propia y retiro absoluto del servicio.

En las anteriores condiciones, se observa que la disposición acusada, es contraria a las previsiones del inciso segundo del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, según el cual:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, **no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia**, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causa...

E igualmente desconoció la obligación contenida en el mismo artículo 3º numeral 3.9, según el cual debía establecer un régimen de transición que reconociera las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a acceder al derecho de pensión o asignación de retiro y al no establecerlo desconoció igualmente la disposición que se acaba de transcribir.

Sobre este punto, se acoge lo expresado en sentencia de esta Sección, proferida el 14 de febrero de 2007, expediente No. 1240 de 2004, que en lo que tiene que ver con el régimen de transición, expresó:

Al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, así mismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo- de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

En consecuencia, la norma acusada, párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años.

Y tratándose de causales diferentes al retiro por solicitud propia, lo estableció en 20 y 25 años, cuando las normas anteriores habían establecido entre 15 y 20 años, tiempo de servicio que debía respetarse para quienes, de conformidad con lo ordenado en la Ley 923 de 2004, se encontraban en servicio activo al momento de la entrada en vigencia de la Ley, como ésta misma lo dispuso.

Es cierto que la Ley marco establece en su artículo 3°, numeral 3.1 un tiempo mínimo de servicio de 18 años y un límite máximo de 25 años para obtener dicha asignación, sin embargo, en el presente asunto no se trata de establecer si el requisito del tiempo de servicio para la generalidad de los beneficiarios se estableció dentro de ese límite mínimo y máximo, sino de la garantía que la Ley 923 de 2004 estableció en favor del personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, que es la inconformidad planteada en la demanda.

En consecuencia, se declarará la nulidad del párrafo acusado en consideración a que desconoce las previsiones contenidas en la Ley 923 de 2004 que debió servirle de marco, careciendo en consecuencia de efecto, como lo señala el artículo 5° ibídem.

Por 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

ESTÉSE a lo resuelto en la sentencia 14 de febrero de 2007, proferida en el expediente 1240-2007, por medio de la cual declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1.995.

DECLÁRASE la nulidad del párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2.004, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente acumulado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO