

DESCUENTO DE LA PRIMA DE VACACIONES DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL CON DESTINO AL FINANCIAMIENTO DE PLANES DE RECREACION – Tiene carácter de contribución parafiscal. Creación es competencia exclusiva del legislador

En este caso el párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 reúne las características propias de una contribución parafiscal, comoquiera que a un sector determinado de la Policía Nacional, a saber quiénes integran el Nivel Ejecutivo de la misma y se encuentren en servicio activo, la norma les impone un descuento de la prima de vacaciones a que tienen derecho, correspondiente al valor de tres días de su sueldo básico, para que el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional los utilice en planes de recreación en beneficio del propio sector, que soporta esa obligación. Es evidente que la norma acusada impone un gravamen de carácter parafiscal a una prima que se otorga a unos servidores públicos para su libre utilización en las vacaciones, sin que para el efecto el Presidente de la República tenga competencia, no sólo porque el artículo 338 de la Carta la restringe a los órganos de representación popular de manera expresa, como ya se vio, norma esta que tiene plena armonía con lo dispuesto por el artículo 150 numeral 12 de la Constitución que adscribe al Congreso como una de sus funciones legislativas la de establecer Contribuciones Fiscales y, excepcionalmente Contribuciones Parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1091 DE 1991 – ARTICULO 11 PARAGRAFO 2 (27 DE JUNIO) GOBIERNO NACIONAL

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 12

PRIMA DE NAVIDAD DE LA POLICIA NACIONAL – Factor de liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de la pensión de sobrevivientes. Impugnación del acto por razones inexistentes

El artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 se circunscribió a establecer cuáles son las partidas que habrán de ser incluidas para determinar el monto de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional. Pero como salta a la vista en el numeral 23.2.6. del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, no se especifica la manera como debe liquidarse la prima de navidad del personal del nivel ejecutivo

como lo aseveran los demandantes ni tampoco allí se dispone que “los factores con los cuales se liquide dicha prima nunca entraran como factor salarial para liquidar la prima de navidad”, ni que en ella no se tengan en cuenta factores como “la doceava parte de la prima de servicios y la doceava parte de la prima de vacaciones” . Es decir, el cargo se erige sobre un contenido normativo diferente al establecido por la norma acusada, por lo que cae en el vacío, pues el ataque que se fulmina contra una norma cuya nulidad se pretende no está llamado a tener éxito cuando se fundamenta en contenidos inexistentes.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 (31 DE DICIEMBRE)
ARTICULO 23 NUMERAL 23.26 (NO NULO)

FUENTE FORMAL: LEY 4 DE 1992 / LEY 923 DE 1994 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 19 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 76 NUMERAL 9

ASIGNACION DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL Y DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO EN SERVICIO ACTIVO – Reconocimiento. Exigencia de tiempo mayor

Respecto de quienes se encontraban en servicio activo a la iniciación de la vigencia de la ley 923 de 2004acabada de mencionar dispuso el legislador que “no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho (asignación de retiro) un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de 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”. En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con mas de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía

y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado. Igual sucede con el retiro por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional en los casos señalados por el artículo 78 del Decreto 1213 de 1990, en armonía con el artículo 104 del mismo Decreto. Surge como consecuencia del análisis en precedencia que las normas acusadas y que ahora son objeto de análisis quebrantaron entonces lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dentro de cuyo marco deberían haber sido expedidas, lo cual acarrea como consecuencia que también se quebrantó el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política y, por consiguiente se encuentran viciadas de nulidad.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 (31 DE DICIEMBRE) ARTICULO 24, GOBIERNO NACIONAL (NULO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 DE DICIEMBRE) ARTICULO 25, GOBIERNO NACIONAL NUMERAL 25.3 PARAGRAFO 2

FUENTE FORMAL: LEY 923 DE 2004 – ARTICULO 3 / DECRETO 1212 DE 1990 – ARTICULO 115 / DECRETO 1212 DE 1990 – ARTICULO 144

PENSION DE IVALIDEZ – Porcentaje de disminución laboral exigido para su reconocimiento.

La fijación de las escalas salariales y de las prestaciones sociales de los servidores públicos que correspondía al legislador conforme a lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución de 1886, hoy es por completo diferente como quiera que el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución actual establece que corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para el efecto, lo cual indica que una vez dictada la Ley Marco, con esas finalidades específicas, surge entonces la competencia del Presidente de la República para desarrollarla mediante la expedición de Decretos que como actos administrativos deben entonces acatamiento estricto a las normas expedidas por el Legislador, so pena de nulidad para garantizar así el imperio del ordenamiento jurídico en Estado de Derecho. De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3º numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados

sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que, además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo. Por tanto, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 adolece de un vicio insubsanable de nulidad, pues fue expedido por el Presidente de la República fuera de la órbita competencial que expresamente le señaló el Congreso de la República en la Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 3.5 y, por consiguiente, resulta contrario a derecho y carente de validez.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 (31 DE DICIEMBRE)
ARTICULO 34, GOBIERNO NACIONAL (NULO)

FUENTE FORMAL: LEY 923 DE 2004 – ARTICULO 3 NUMERAL 3 /
CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 76 NUMERAL 9 / CONSTITUCION
POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 10

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., febrero veintiocho (28) de dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00061-00(1238-07)

Actor: JOSE BIME CALDERON Y JESUS ESCOBAR VALOR

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad, los ciudadanos José Bime Calderón y Jesús Escobar Valor, solicitaron la nulidad del parágrafo 2° del artículo 11 del Decreto 1091 de junio 27 de 1995 “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 la nulidad de apartes de los artículos 23, 24 y 30 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, expedidos por el Gobierno Nacional.

1. LOS DECRETOS DEMANDADOS

A continuación se transcribe el texto atinente a las normas demandadas, subrayando lo acusado.

“DECRETO 1091 DE 1995
(junio 27)
Diario Oficial No. 41.907, de 27 de junio de 1995

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

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.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4ª de 1992,

DECRETA:
TÍTULO I.
DE LAS ASIGNACIONES, PRIMAS Y SUBSIDIOS, DESCUENTOS Y

DOTACIONES, PASAJES Y VIÁTICOS.

CAPITULO I.

ASIGNACIONES, PRIMAS Y SUBSIDIOS.

... ..

ARTÍCULO 11. PRIMA DE VACACIONES. El personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, tendrá derecho al pago de una prima de vacaciones por cada año de servicio equivalente a quince (15) días de remuneración, conforme a los factores que se señalan en el artículo 13 de este Decreto.

PARÁGRAFO 1o. Cuando el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, se encuentre en comisión en el exterior e hiciere uso de vacaciones, percibirá la prima referida en pesos colombianos que se liquidará tomando como base los factores que se señalan en el artículo 13 de este decreto.

PARÁGRAFO 2o. De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a planes de recreación.

PARÁGRAFO 3o. La prima de vacaciones debe liquidarse en la nómina correspondiente al mes inmediatamente anterior a aquel en que los interesados vayan a disfrutar sus vacaciones anuales.

... ..”

**“DECRETO 4433 DE 2004
(diciembre 31)**

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

El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004,

DECRETA:

... ..

TITULO III
ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE SOBREVIVIENTES
DECRETO 4433 DE 2004 Página 8 de 18
DEL PERSONAL DE LA POLICIA NACIONAL

CAPITULO I

Asignación de retiro

Artículo 23. Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

23.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

23.1.8 Bonificación de los agentes del cuerpo especial, cuando sean ascendidos al grado de cabo segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como agentes, sin contar los tiempos dobles.

23.1.9 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.

Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) 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:

24.1 El sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente Decreto, por los primeros dieciocho (18) años de servicio.

24.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

24.3 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.

Parágrafo 1°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, 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:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

Artículo 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.

Parágrafo 1°. 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.

Parágrafo 2°. 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.

... ..

TITULO IV PENSION DE INVALIDEZ

CAPITULO UNICO

Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto...”

2. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Los demandantes invocaron como normas constitucionales y legales infringidas las siguientes:

- Artículos 4°, 53, 218 inciso 3°, 150 numeral 19 literal e), artículo 218 inciso 3), 220 y 338 de la Constitución Política.
- Artículo 3° numeral 3.1. inciso segundo y el artículo 3° numeral 3.5. de la Ley 923 de diciembre 39 de 2004.
- Leyes 4ª de 1992, 180 de 1995 y el Decreto Ley 132 de 1995.

El concepto de la violación lo fundamentaron así:

2.1. El artículo 11 parágrafo 2 del Decreto N° 1091 de 1995, es inconstitucional, por cuanto consagra “un descuento de tres (3) días de vacaciones del personal del nivel ejecutivo con destino al Instituto de la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, siendo está una contribución parafiscal” (f. 46 y 47).

El descuento de la prima de vacaciones que establece el artículo acusado, “tiene naturaleza de contribución parafiscal, ya que es una especie de género o tributo y consiste en una obligación pecuniaria impuesta por el Decreto de marras a los miembros de una colectividad o agrupación económica o social de forma obligatoria, como son los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, a favor del Instituto de la Seguridad Social de la Policía Nacional (Bienestar Social), la cual realiza actividades de interés general de los miembros de la Policía, y tiene una destinación específica” (f. 47).

Citaron apartes de la sentencia número C-531 de 2003 proferida por la Corte Constitucional y la sentencia N° 17788 (radicado interno) de esta Corporación, que definen las contribuciones parafiscales, y con fundamento en estas providencias, señalaron que el descuento de los tres días de vacaciones, va en contra de lo estipulado en la Ley 4ª de 1992, la Ley 180 de 1995 y el Decreto Ley 132 de 1995, por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Consideraron que el Presidente de la República, se excedió en el ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 4ª de 1992, por que no podía imponer contribuciones a los miembros del nivel ejecutivo de la

fuerza pública. La norma impone una obligación sin contraprestación alguna.

El aporte de los tres (3) días de salario descontable de la prima de vacaciones con destino a los Fondos de Bienestar y Recreación del Instituto de Bienestar Social de la Policía Nacional a que hace referencia la norma cuestionada tiene naturaleza de contribución parafiscal y desconoce el artículo 338 de la Constitución, pues en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

2.2. Con relación al Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, afirmaron los demandantes que el Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional expidió la Ley Marco 923 de diciembre 30 de 2004, y ésta fue reglamentada por el decreto mencionado.

El aparte acusado del Decreto N° 4433 de 2004, en el artículo 23, numeral 23.2.6, “específica cómo debe liquidarse la prima de navidad del personal del nivel ejecutivo, la cual tiene incidencia además en las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez y de sobrevivencia del personal que halla (sic) accedido a las mismas, estableciéndose que la prima de navidad se liquidara a partir de la fecha con los últimos haberes percibidos en la fecha fiscal del retiro y nunca entrarán como factor salarial para liquidar la prima de navidad y no se tendrán en cuenta rublos que antes se tenían en cuenta... ” (f. 53).

El Gobierno Nacional en el Decreto demandado, modificó un rubro (la prima de navidad) de las prestaciones sociales de los miembros de la Policía Nacional del Nivel Ejecutivo, con lo cual excedió sus atribuciones, por cuanto estas prestaciones son de regulación exclusiva de Ley Marco, de conformidad con lo dispuesto en sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional.

2.3. Con respecto a la expresión acusada del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 los demandantes señalaron que el Gobierno Nacional estableció la edad de 18 años “para acceder a diferentes formas de asignación de retiro y pensionales” (f. 54), y desconoció lo estipulado en la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, artículo 3° numeral 3.1, inc. 2°, donde especifica que 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 superior al exigido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de la Ley (ib).

Es decir, el aparte de la norma demanda aumentó la edad y se impuso un mayor requisito, sin considerar lo dispuesto en la Ley Marco.

2.4. Ahora bien, en cuanto al párrafo 2° del artículo 25, señaló que el Gobierno Nacional sin tener competencia, dispuso que el personal del nivel ejecutivo en servicio activo, solo podría acceder al derecho de la asignación de retiro con 20 años de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministerio de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica y con más de 25 años por retiro a solicitud propia y sea retirado o separado en forma absoluta, desconociendo lo preceptuado en los artículos 218 inciso 3, y

220 de la Constitución y la sentencia 11001032500020040010901 (radicado interno 1240 -2004) proferida por el Consejo de Estado¹ (fs 56 y 57).

Las normas demandadas no caben en el ordenamiento jurídico, pues es claro que al Congreso de la República le corresponde establecer directamente por medio de una Ley Marco, las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública.

De igual manera es innegable que la regulación de dicho régimen prestacional especial, incluye la asignación de retiro para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, por ende su regulación debe realizarse a través de dicha tipología.

2.5. Así mismo, señalaron que el Gobierno Nacional al expedir el Título IV- Pensión de invalidez (Capítulo único) artículo 30, desconoció lo ordenado por la Ley 923 de 2004, al crear una disminución de capacidad laboral del 75%, pues dicha Ley estipula, que en cualquier caso la disminución es del 50%.

Por tanto, dicen que las nuevas disposiciones designan un porcentaje superior en lugar del 50% que estableció la Ley Marco y con requisitos más gravosos que los previstos, razón por la cual deben ser retiradas del ordenamiento jurídico (f. 59).

2.6. Finalmente, los demandantes pidieron con fundamento en el artículo 228 de la Constitución y el artículo 66 numeral 1° del Código Contencioso

¹ Sección Segunda, C. P. Alberto Arango Mantilla.

Administrativo que se suspenda mientras se toma una decisión de fondo “el artículo 24, el párrafo II, del Numeral 25.3 del artículo 25, de la expresión ‘igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%)’, del artículo 30 del Decreto Reglamentario 4433 del 31 de diciembre de 2004 y el párrafo II del artículo 11 del Decreto 1091”, porque ya esta Corporación ha establecido que las prestaciones sociales de la Fuerza Pública son única y exclusivamente competencia de la Ley Marco (f. 63).

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Por auto de 13 de septiembre de 2007, la Magistrada ponente admitió la demanda y ordenó las notificaciones de ley. Así mismo, de conformidad con el artículo 207-5 del C.C.A., fijó en lista el asunto por el término de diez días.

3.2. La solicitud de suspensión provisional pedida por los demandantes, fue negada con fundamento en el artículo 152 del C.C.A., al considerar que los actores no indicaron las normas que supuestamente infringen los artículos demandados, ni manifestaron en que consiste la flagrante violación que haría procedente la medida cautelar.

Aclaró que no se puede confundir la exposición contenida en el libelo de la demanda, en especial el concepto de violación, con la solicitud de suspensión provisional, cuyo sustento debe ser la confrontación de las normas violadas con el acto acusado que permita evidenciar a primera vista la vulneración del ordenamiento jurídico (fs 67 a 75).

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fs. 90 a 102). El apoderado judicial del Ministerio solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

La Constitución Política de 1991, establece el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de la Fuerza Pública, dentro del cual también incluye asignaciones de retiro y pensiones. El Acto Legislativo 01 de 2005, mantuvo la posibilidad de que a dichos servidores y al Presidente de la Republica se les aplique un régimen pensional distinto al general.

La Corte Constitucional, ha dicho en diversas oportunidades que “el legislador puede diseñar regímenes especiales que tenga en cuenta las condiciones particulares de ciertos grupos, que por razones particulares merezcan especial regulación” (f. 93).

Para sustentar su afirmación, transcribió apartes de las sentencias C-461 de 1995, C-1010 de 1993, C-654 de 1997 y C-432 de 2004 proferidas por la Corte Constitucional, y afirmó que las normas demandadas deberán interpretarse en concordancia con los artículos 150-19 literal e), 217 inciso 1° y 218 inciso 1° de la Constitución Política.

Las distintas actividades desde la apreciación funcional y material que cumplen los miembros de la Fuerza Pública y el personal vinculado a esta, justifica el trato excepcional en materia prestacional de acuerdo a lo establecido por el Decreto 1091 de 1995.

En lo que tiene que ver con el instrumento jurídico mediante el cual se expide el régimen prestacional de la Fuerza Pública, explicó que la Corte Constitucional fijó mediante sentencia C-432 de 2004, una línea jurisprudencial, según la cual dicho régimen debe ser expedido bajo la Ley Marco.

En cuanto al descuento de la prima de vacaciones con destino a la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, señaló que fue creado originalmente por el Decreto 1212 de 1990 artículo 81 parágrafo 2°, luego el Decreto Ley 352 de 1994 que incorporó dicho pago sin derogar la norma previa no obstante el Decreto 1212 de 1990, mantuvo su vigencia en lo que no fue modificado por las disposiciones posteriores entre los cuales se encuentra el descuento sobre la prima de vacaciones.

De otra parte, el apoderado del Ministerio, al analizar la acusación hecha al Decreto 4433 de 2004 en su artículo, 23.2.6, respecto a la aparente falta de competencia para establecer las partidas computables para la asignación de retiro, señaló que es un aspecto que no fue específicamente señalado en la Ley Marco 923 de 2004 y que es necesario precisar para efectos de la liquidación de las prestaciones.

Por tanto, la Ley Marco no estableció las partidas sobre las cuales se debe liquidar la asignación de retiro, ni la liquidación del aporte, simplemente estableció como principio que dichas partidas deben ser coherentes, lo cual en concepto de la apoderada es apenas natural porque privilegia el equilibrio financiero.

En la edad de retiro del personal activo, los demandantes suponen que el Decreto 4433 de 2004, varió las reglas establecidas en la Ley Marco, para este efecto, la apoderada comparó las disposiciones mínimas para la asignación del retiro y señaló que la Ley Marco establece un mínimo de 15 años de servicio y el Decreto 4433 de 2004, el retiro por llamamiento a calificar servicios a la edad de 18 años, o por voluntad propia a los 20 años, entonces mantiene claramente una condición de edad similar a la del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

Sobre el párrafo 2° del artículo 25, señaló que el Consejo de Estado se había pronunciado sobre una norma similar y declaró la nulidad. Por tanto, consideró que en este punto procede la misma argumentación expuesta anteriormente, en el sentido que, las normas expedidas por el Gobierno en desarrollo de la Ley Marco, respetan claramente estos principios para el respeto de las expectativas legítimas en el régimen de transición.

En cuanto a la pensión de invalidez tiene tres consideraciones, en primer lugar, que existe un sistema especial de calificación de la invalidez que es determinada por organismos propios. En segundo lugar, que la Ley Marco establece unas condiciones mínimas para la definición de los requisitos de esta pensión que pueden ser desarrollados por el Gobierno Nacional atendiendo a los criterios de la ley. En tercer lugar, el régimen especial de la Fuerza Pública tiene previstos beneficios no contenidos en el sistema general y la calificación, el cálculo, la liquidación y el monto de esta pensión difieren de la establecida en el régimen general, debido a las especiales funciones que desarrollan estos servidores (f. 99).

Reiteró apartes de la sentencia C-890 de 1999, proferida por la Corte Constitucional y solicitó declarar las normas objeto de revisión ajustadas al orden jurídico.

4.2. Ministerio de Defensa Nacional (fs 114 a 142). La apoderada de la entidad solicitó que se desestimen las pretensiones y se mantenga incólume el decreto acusado con base en las siguientes razones:

Frente al cargo contra el párrafo del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995, considera que no está llamado a prosperar, por cuanto la Ley 4ª de 1992, es una Ley Marco y con sujeción a ésta el Gobierno Nacional fijó el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública.

En consecuencia, mediante el Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, se expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995, con las facultades para regular las asignaciones y régimen general de prestaciones sociales del citado personal y el hecho de constituir un aporte, lógicamente tiene que ver en forma directa con el asunto prestacional que incluye asignaciones y descuentos del personal uniformado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional (f. 127).

Sobre el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 23 numeral 23.2.6., señaló que el numeral demandado no hace otra cosa que establecer una de las partidas computables para la liquidación de asignación de retiro y pensiones del Nivel Ejecutivo, en ningún momento hace señalamiento alguno relacionado con la forma o partidas para determinar la

liquidación de la prima de navidad como tal, ello está establecido en el mismo Decreto 1091 de 1995, artículo 13, el cual no ha sufrido variación alguna, ni fue contemplada su modificación, revocatoria o derogatoria por parte del Decreto 4433 de 2004, precisamente, por cuanto no es materia pensional o de asignación de retiro (ib).

Por tanto, los demandantes hacen una interpretación errada de la norma al demandar el numeral en estudio, toda vez que al contemplar la prima de navidad como factor de liquidación de la asignación de retiro, no indica la modificación de la forma y partidas de liquidación de la prima de navidad.

Frente a la expresión “...sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se refieren o sean retirados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio...” del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004.

Anotó que la Ley Marco 923 de 2004, señala las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución.

En cuanto al régimen que se previó para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad el artículo 24

del Decreto 4433 de 2004, lo estableció respetando íntegramente lo ordenado en este asunto por la Ley 923 de 2004.

Consideró que no debe existir declaratoria de nulidad por parte del Consejo de Estado porque "... para ese momento regía el artículo 144 del Decreto Ley 1212 de 1990, que también establecía los veinte años de servicio para acceder a la asignación de retiro cuando este se produjera a solicitud propia, concluyó que el Decreto no desbordó los límites de la Ley Marco, toda vez que era la norma vigente para el momento de la expedición del mismo", (f. 129).

Insistió en que el legislador podrá siempre modificar el régimen pensional sin que deba respetar expectativas, pero no debe desconocer derechos adquiridos.

Con respecto al requisito de 15 años o más de servicio señaló que no puede desconocerse la tendencia mundial a aumentar los términos de tiempo y edad para acceder a la pensión de jubilación, máxime cuando en el nuevo régimen establecido en el Decreto 4433 de 2004, sigue siendo benéfico, pues un oficial inicia una carrera muy joven desde los 18 años y al cumplir 36 o 41 años ya tiene derecho a la asignación de retiro a diferencia de la Ley 100 de 1993 (f. 129).

En cuanto a la expresión demandada del artículo 25 parágrafo 2°, dijo que en ningún momento la expresión objeto de la acción vulnera los artículos 218 y 220 de la Carta, por cuanto en primer lugar se facultó al Gobierno para desarrollar el sistema y segundo no está privando a los miembros de la Fuerza Pública "de grados, honores y pensiones",

porque solo determina los modos de obtener asignación de retiro para el caso de los miembros del Nivel Ejecutivo.

Respecto a la expresión del Decreto 4433 de 2004 en su artículo 40, cuando al establecerse una disminución de la capacidad laboral del 75%, señaló que se tiene en cuenta la Ley Marco 923 de 2004, art, 3 numeral 3.5., y los criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral.

En todo caso, no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación del retiro.

Señaló que el decreto demandado, se encuentra ajustado a la Ley y guarda armonía con la prohibición de discriminación, y "... tuvo en cuenta el marco general de la política macroeconómica y fiscal, determinada por la austeridad del gasto público, pues es de todos conocido que la carga presupuestal asumida por el Estado con el elevado número de pensiones y sus cuantías es inmanejable. Por ello se hacía necesario ajustarse a la realidad social teniendo en cuenta el índice probable de conformidad con las tablas de supervivencia reales dictaminadas por los organismos encargados de esta competencia, pues no es concebible que un individuo de 38 años o menos tenga automáticamente derecho a una pensión cuando todavía es productivo" (f. 141).

En consecuencia, solicitó se mantengan los decretos acusados en atención a que no existen vicios capaces de invalidarlos.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (f. 168 a 174).

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado en Concepto visible a folios 176 a 205, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, con los argumentos que se sintetizan así:

El Decreto 111 de 1996 en su artículo 29, dice que son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, según sentencia C-273 de 1993, a propósito de un estudio de constitucionalidad que hizo la Corte al artículo 2º de la Ley 54 de 1983 que consagraba el descuento de los tres días de vacaciones de los servidores de la Rama Judicial y el Ministerio Público, y consideró que dicho descuento tenía naturaleza parafiscal y para este caso se está en presencia de una contribución que, si bien reúne algunos de los elementos de la parafiscalidad, está definida a una persona jurídica de derecho privado, como es la Cooperativa de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público (f. 192).

En este caso, se advierte que el Gobierno Nacional, dispuso descontar tres días de prima de vacaciones de los miembros del Nivel Ejecutivo a favor del Instituto

de Seguridad Social de la Policía Nacional (Bienestar Social), la cual realiza actividades de interés general.

Si bien es cierto que el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar Social, es un ente de carácter público, también lo es que el Ejecutivo no tenía la competencia para ordenar el descuento, pues es competencia exclusiva del Legislador según lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 150 de la Constitución, razón por la cual se debe declarar la nulidad del párrafo segundo del Artículo 11 del Decreto 1091 de 1995.

Con respecto a los demás cargos planteados en la demanda, el Procurador consideró que el tema central de cada uno de ellos es la falta de competencia del Gobierno Nacional para efectos de modificar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública

Citó la sentencia C-432 de 2004 para señalar que tanto la prima de navidad como la asignación de retiro y la pensión de invalidez son prestaciones sociales, por lo cual su regulación se hace de manera compartida entre el Legislativo y el Ejecutivo según la Constitución.

En el caso del régimen prestacional de los Servidores de la Fuerza Pública, la potestad reglamentaria del Gobierno es limitada, pues la Ley Marco desarrolla lo básico de las prestaciones y el Ejecutivo solo tiene competencia para reglamentar lo necesario para la efectividad de la Ley (f. 201).

Además, la Ley 923 de 2003 tiene en cuenta los principios generales, respecto a los derechos adquiridos, la sujeción del marco general de la política

macroeconómica y fiscal, los riesgos inherentes a su actividad especial como miembros de la Fuerza Pública, aplicando el principio de redistribución teniendo en cuenta la antigüedad, grados, cuerpo, arma; y/o especialidad, la naturaleza de la funciones y sus responsabilidades, el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas (f. 202).

Advirtió que en este caso, el Gobierno Nacional reguló aspectos esenciales de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivientes; y modificó cómo se liquida la prima de navidad, pues estableció que se liquida con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal del retiro, a pesar de que el artículo 13, literal c) del Decreto 1091 de 1995 determinaba que debía liquidarse con los rubros expresamente señalados.

De igual modo, para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes de la Policía Nacional aumentó el número de años para la obtención de la asignación de retiro, pues la fijó en el artículo 24 del Decreto demandado, en 18 años para aquellos que fueran llamados a calificar servicios por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno Nacional o la Dirección General de la Policía, según corresponda, a pesar de que el Decreto 1212 de 1990 en los artículos 78, 79, 115, 117 y 114 determinó 15 años de servicio respectivamente.

También el párrafo del artículo 25.3 señaló como tiempo necesario para la asignación de retiro, 20 años o más de servicio para el personal del nivel ejecutivo que sea retirado, por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministerio de Defensa Nacional o el Director de la Policía Nacional por delegación; o 25 años por disminución de la capacidad psicofísica, no obstante que la competencia para fijar estos requisitos esenciales para la obtención de las prestaciones sociales le corresponde al Congreso de la República.

Consideró que el Gobierno determinó en el Decreto acusado artículo 30 para efectos del reconocimiento de la pensión por disminución de capacidad laboral un porcentaje de 75% a pesar de que el numeral 3.5 artículo 3° de la Ley 923 d 2003 fijo un 50%, siendo esta una regulación expresa del Congreso, por lo cual excedió la facultad reglamentaria. En consecuencia, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los presupuestos procesales y en cuanto no se observa ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia de mérito en el siguiente orden:

PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si el párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 1091 de junio 27 de 1995 “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 los apartes demandados de los artículos 23, 24 y 30 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, expedidos por el Gobierno Nacional, infringen las normas constitucionales y legales señaladas por los demandantes, o si, por el contrario las normas acusadas no se encuentran afectadas de invalidez, para lo cual se analizaran los cargos formulados en forma separada.

ANALISIS DE LA SALA

1. La pretensión de declaración de nulidad del artículo 11 parágrafo 2° del Decreto 1091 de 1991.

Como quedó establecido en la demanda los actores pretenden que se declare la nulidad del artículo 11 parágrafo 2 del Decreto 1091 de 1991, en el cual se dispuso que de la prima de vacaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo se descontara el valor correspondiente a tres (3) días de sueldo básico con destino al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional para atender planes de recreación.

A juicio de los demandantes la norma acusada es violatoria del artículo 338 de la Constitución Política, por cuanto solo la ley puede establecer Contribuciones Parafiscales y, por consiguiente, también resultan infringidas las normas contenidas en las Leyes 4ª de 1992, 180 de 1995, y el Decreto Ley 132 del mismo año.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 338 de la Constitución Política, solo al Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales se les asigna competencia para la imposición de Contribuciones Fiscales o Parafiscales. En relación con estas últimas quienes son sujetos de la obligación son al propio tiempo

beneficiarios del servicio que con ella se les presta. Así, ocurre por ejemplo, con la retención cafetera que los exportadores de café cancelan con destino al Fondo Nacional del Café, o con las contribuciones que con propósitos idénticos y en virtud de autorización legal fueron establecidas para el Fondo Algodonero o para la Federación de Ganaderos.

En desarrollo de la autorización contenida en el artículo 338 de la Constitución Política el legislador estableció en el Decreto 111 de 1996, en armonía con lo dispuesto por la Ley 819 de 2003, que las Contribuciones Parafiscales “afectan a un determinado y único grupo social y económico y se utilizan en beneficio del propio sector”.

Sobre el concepto de Contribución Parafiscal, la Corte Constitucional en sentencia C-531 de julio 3 de 2003 M. P. Doctor. Jaime Araujo Rentería afirmó que:

“... la teoría de la hacienda pública ha desarrollado prolíficamente este concepto y aunque las definiciones no son ciertamente unívocas existe en todas ellas un denominador común: se trata de una técnica de intervención del Estado en la economía, destinada a extraer ciertos recursos de un sector económico, para ser invertidos en el propio sector, al margen del presupuesto nacional. En suma, una característica esencial de los recursos parafiscales es su especial afectación.

‘La doctrina ha coincidido también en diferenciar claramente a las contribuciones parafiscales de categorías clásicas tales como: los impuestos y las tasas.

‘A diferencia de las tasas, las contribuciones parafiscales son obligatorias y no confieren al ciudadano el derecho a exigir del Estado la prestación de un servicio o la transferencia de un bien. Se diferencian de los impuestos en la medida en que carecen de la generalidad propia de este tipo de gravámenes, tanto en materia de sujeto pasivo del tributo, cuanto que

tienen una especial afectación y no se destinan a las arcas generales del tesoro público.

‘La doctrina suele señalar que las contribuciones parafiscales se encuentran a medio camino entre las tasas y los impuestos, dado que de una parte son fruto de la soberanía fiscal del Estado, son obligatorias, no guardan relación directa ni inmediata con el beneficio otorgado al contribuyente. Pero, de otro lado, se cobran solo a un gremio o colectividad específica y se destinan a cubrir las necesidades o intereses de dicho gremio o comunidad.

‘(...)

‘De las anteriores exposiciones quedan varias cosas claras. En primer lugar que el término "contribución parafiscal" hace relación a un gravamen especial, distinto a los impuestos y tasas. En segundo lugar, que dicho gravamen es fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo, gremio o colectividad, cuyos intereses o necesidades se satisfacen con los recursos recaudados. En tercer lugar, que se puede imponer a favor de entes públicos, semipúblicos o privados que ejerzan actividades de interés general. En cuarto lugar que los recursos parafiscales no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional. Y por último, que los recursos recaudados pueden ser verificados y administrados tanto por entes públicos como por personas de derecho privado’.²

El descuento de que tratan las normas impugnadas reúne las características indicadas de la contribución parafiscal, ya que:

i) Es una obligación pecuniaria impuesta a los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional (Art. 25 del Decreto ley 2701 de 1988) y al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. (Art. 48 del Decreto ley 1214 de 1990).

ii) Dicha obligación es impuesta en disposiciones contenidas en decretos leyes, expedidos por el Gobierno Nacional invocando facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República.

² “Sentencia C-40 de 1993. M. P. Ciro Angarita Barón”.

iii) El sujeto activo de dicha obligación es la Nación a través del Ministerio de Defensa Nacional.

iv) Los recursos correspondientes tienen una destinación específica de beneficio de los mismos contribuyentes mencionados, mediante programas de bienestar social y cultural.

v) Dichos recursos no entran a formar parte del presupuesto general de la Nación...”

En este caso el párrafo 2° del artículo 11 del Decreto 1091 de 1995 reúne las características propias de una contribución parafiscal, comoquiera que a un sector determinado de la Policía Nacional, a saber quiénes integran el Nivel Ejecutivo de la misma y se encuentren en servicio activo, la norma les impone un descuento de la prima de vacaciones a que tienen derecho, correspondiente al valor de tres días de su sueldo básico, para que el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional los utilice en planes de recreación en beneficio del propio sector, que soporta esa obligación.

Es evidente que la norma acusada impone un gravamen de carácter parafiscal a una prima que se otorga a unos servidores públicos para su libre utilización en las vacaciones, sin que para el efecto el Presidente de la República tenga competencia, no sólo porque el artículo 338 de la Carta la restringe a los órganos de representación popular de manera expresa, como ya se vio, norma esta que tiene plena armonía con lo dispuesto por el artículo 150 numeral 12 de la Constitución que adscribe al Congreso como una de sus funciones legislativas la de establecer Contribuciones Fiscales y, excepcionalmente Contribuciones Parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Adicionalmente, ha de observarse que el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República dictar las leyes que fijen las normas generales y señalen los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los Empleados Públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, así como para determinar el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, lo cual precisa el contenido de los Decretos que habrá de dictar el Presidente de la República en desarrollo de esta Ley Marco.

La Ley 4ª de 1992 “mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de empleados públicos” en ninguna de sus disposiciones autoriza al Presidente de la República para que mediante un Decreto dictado en desarrollo de dicha ley establezca contribuciones parafiscales con cargo a la prima de navidad de algunos servidores públicos, integrantes de la Policía Nacional.

Por otra parte, examinadas las normas contenidas en la Ley 180 y el Decreto Ley 132 de 1995, se observa que los demandantes no cumplen con la carga procesal de demostrar en qué consiste la infracción que a tales normas se atribuye por la expedición del artículo 11 parágrafo 2º del Decreto 1091 de 1995, como quiera que mediante la Ley 180 de 1995, se modificó la estructura de la Policía Nacional, quedando integrada así: Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos, Personal del Servicio Militar Obligatorio y demás personal no uniformado (art. 1º). Asimismo, se revistió al Presidente de la República de precisas

facultades extraordinarias, hasta por 90 días, para desarrollar, entre otras, la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Institución Policial, a la cual podrían vincularse suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa (artículo 7º), normas que ni de lejos son objeto de quebranto por las disposiciones acusadas ni podían serlo por cuanto en ellas no se establecieron contribuciones parafiscales de ninguna especie.

Así las cosas, la pretensión de que se declare la nulidad del artículo 11 parágrafo 2º del Decreto 1091 de 1995 prospera por violación del artículo 338 de la Constitución y la Ley 4ª de 1992, pero no hay violación de la Ley 180 ni del Decreto Ley 132 de 1995, pues los demandantes en este aspecto, no cumplieron con la carga de demostrar en qué consiste la infracción alegada.

2. La pretensión de declaración de nulidad parcial del artículo 23 numeral 23.2.6 del Decreto 4433 de 2004

A juicio de los demandantes el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 en el cual se establece que para la liquidación de las asignaciones de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional, se tendrá como una de las partidas correspondientes “la duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro”, conforme se dispone en el numeral 23.2.6. de la norma aludida, norma que debe declararse nula por cuanto se quebranta lo dispuesto por la Ley 923 de 2004.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República señalar las

normas, objetivos y criterios a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

De tal manera que así fue modificado por la Constitución de 1991 el régimen jurídico que para estos efectos tenía señalado el artículo 76 de la Constitución de 1886, en el cual se asignaba al Congreso en el numeral 9°, “la función de fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones social”. Como se advierte, de una competencia exclusiva del Congreso sobre la materia, se pasó ahora en el nuevo régimen constitucional a una distribución de competencias entre el legislador ordinario y el Presidente de la República, en virtud de la cual el Congreso ha de señalar normas, objetivos y criterios generales. Es decir, ha de trazar un marco de orden legal que luego el Ejecutivo debe desarrollar de manera específica y concreta mediante los decretos que desarrollen esa ley.

Es esa la razón por la cual fue expedida de manera general la Ley 4ª de 1992, cuando apenas se iniciaba la vigencia de la Constitución de 1991 y con posterioridad, el Congreso de la República dictó la Ley 923 de 1994, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

Analizada la Ley 923 de 2004 citada, se observa que en su artículo 3° dispuso cuales son los elementos mínimos que conforman el régimen de liquidación de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, en cuyo numeral 3.3. preceptúa que: “las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública”.

En el cargo propuesto por los demandantes se asevera que el artículo 23, numeral 23 2.6. del Decreto 4433 de 2004 “especifica cómo debe liquidarse la prima de navidad del personal del Nivel Ejecutivo, la cual tiene incidencia además en las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez y sobrevivencia del personal que halla (sic) accedido a las mismas, estableciendose (sic) que la prima de navidad se liquidará a partir de la fecha con los últimos haberes percibidos en la fecha fiscal del retiro y nunca entraran como factor salarial para liquidar la prima de navidad”, como tampoco se tendrán en cuenta para ello “la doceava parte de la prima de servicios y la doceava parte de la prima de vacaciones” .

Como quiera que a los actos administrativos los acompaña siempre la presunción de legalidad, el Código Contencioso Administrativo impone la carga al demandante, cuando ejerza la acción pública de nulidad de señalar específicamente cuáles son las normas infringidas y las razones por las cuales se incurrió en su quebranto. Queda así delimitada la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para pronunciarse sobre el particular, es decir, no puede el Juez completar ni modificar en manera alguna los cargos que formule el actor en esta acción pública, sino que por

el contrario debe ceñirse de manera estricta a ellos de tal suerte que en la sentencia sea luego una respuesta acompasada con la acusación.

Como puede observarse en este caso el artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 se circunscribió a establecer cuáles son las partidas que habrán de ser incluidas para determinar el monto de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y la pensión de sobrevivencia del personal de la Policía Nacional. Pero como salta a la vista en el numeral 23.2.6. del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, no se especifica la manera como debe liquidarse la prima de navidad del personal del nivel ejecutivo como lo aseveran los demandantes ni tampoco allí se dispone que “los factores con los cuales se liquide dicha prima nunca entraran como factor salarial para liquidar la prima de navidad”, ni que en ella no se tengan en cuenta factores como “la doceava parte de la prima de servicios y la doceava parte de la prima de vacaciones” . Es decir, el cargo se erige sobre un contenido normativo diferente al establecido por la norma acusada, por lo que cae en el vacío, pues el ataque que se fulmina contra una norma cuya nulidad se pretende no está llamado a tener éxito cuando se fundamenta en contenidos inexistentes.

En consecuencia, y conforme a lo expresado, no prospera la nulidad impetrada sobre el aparte normativo objeto de análisis.

3. La pretensión de declaración de nulidad de los artículos 24 y 25 parágrafo 2° del Decreto 4433 de 2004.

Los demandantes solicitan que se declare la nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto en el se dispone que los miembros de la

Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de vigencia del Decreto mencionado “sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean separados en forma absoluta con más de 20 años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro en la forma allí establecida.

Así mismo, solicitan que se declare la nulidad del artículo 25 numeral 25.3 párrafo 2° del Decreto 4433 de 2004 en cuanto en él se establece que: “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 percibir la asignación mensual de retiro correspondiente en la forma que allí se establece.

La nulidad de las normas acabadas de mencionar tiene como fundamento común la invocación de violación de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, en cuyo artículo 3° se establecieron los elementos mínimos que habrán de ser incluidos en el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, elementos entre los cuales se encuentra la regla establecida en el numeral 3.1 del artículo citado en la cual se preceptúa que:

“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”.

Como puede observarse, en la norma acaba de transcribir se hace la distinción entre miembros de servicio de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, y quienes para entonces no se encontraran en servicio activo.

Respecto de quienes se encontraban en servicio activo a la iniciación de la vigencia de la ley acabada de mencionar dispuso el legislador que “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 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”.

Es decir, el ámbito de competencia del Presidente de la República en cuanto al contenido de los Decretos que expida para desarrollar esta Ley Marco quedó así expresamente delimitado por el legislador. Ello significa, entonces, que si no obra el Ejecutivo dentro de tales linderos competenciales, el decreto que se dicte fuera de ellos será violatorio no sólo de la Ley Marco, sino también del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política.

En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con mas de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado.

Igual sucede con el retiro por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional en los casos señalados por el artículo 78 del Decreto 1213 de 1990, en armonía con el artículo 104 del mismo Decreto.

Surge como consecuencia del análisis en precedencia que las normas acusadas y que ahora son objeto de análisis quebrantaron entonces lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dentro de cuyo marco deberían haber sido expedidas, lo cual acarrea como consecuencia que también se quebrantó el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política y, por consiguiente se encuentran viciadas de nulidad.

A este respecto, la Sección reitera ahora lo dicho por unanimidad en la sentencia con radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01 (1240-04) de 14 de 2007 C. P. Alberto Arango Mantilla, en la cual jurisprudencialmente se señalaron los límites que para el Presidente de la República se trazan por la Ley Marco que define los objetivos, parámetros y criterios generales para la fijación de asignaciones salariales y prestaciones sociales. Dijo entonces la Corporación:

“La Ley 4ª de 1992, fijó como criterio en su artículo 2º - literal a) - el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto en el régimen general, como en los regímenes especiales, y la prohibición para que sus prestaciones sociales fueran desmejoradas; y además señaló, en su artículo 10º, que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones de la Ley carecería de efecto.

Como se dijo, la Ley 4ª de 1992 consagró un marco general para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional, entre otros de los servidores de la fuerza pública; el Gobierno, a su vez, en ejercicio de la facultad constitucional y legal dictó la norma acusada (Decreto 1091 de 1995) en donde se determinó el régimen de

asignaciones y prestaciones del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, derogando así el régimen prestacional anterior.

Tal régimen anterior, se consagró en los decretos leyes 1212 y 1213 del 8 de junio de 1990³, por los cuales se reformaron los estatutos de personal de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

... ..

Posteriormente, con la expedición de la Ley 180 de 1995, se modifica la estructura de la Policía Nacional, quedando integrada así: oficiales, personal del nivel ejecutivo, suboficiales, agentes, alumnos, personal del servicio militar obligatorio y demás personal no uniformado (art. 1º); asimismo, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por 90 días, para desarrollar, entre otras, la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Institución Policial, a la cual podrían vincularse suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa (artículo 7º).

En esa misma ley, se advierte de manera categórica que la ‘creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.’ (parágrafo del artículo 7º) (se resalta).

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 2003⁴, por el cual se regulaba el régimen pensional de las fuerzas militares y de la Policía Nacional⁵, 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

³ Expedidos por el Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989.

⁴ 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.

⁵ 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.).

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.

(...) Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

(...) la ley marco debe precisar el contenido especial o básico del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, para lo cual, deberá señalar elementos tales como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de dicha asignación y de otras prestaciones relacionadas.

Le corresponde al Gobierno mediante decreto ejecutivo o administrativo, reglamentar los elementos accidentales y variables de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación, etc.' (se resalta).

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, 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 - parágrafo - 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 adquirido⁶ sólo es dable exigirlo en la medida en 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 contexto y de conformidad con lo expuesto prospera la nulidad de los artículos 24 y 25 en lo acusado.

4. La pretensión de declaración de nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.

Los demandantes solicitan que se declare la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto en él se establece el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez “al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y Personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las fuerzas militares y de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo, agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional” cuando “se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, en la forma, por el tiempo y con los requisitos que allí se señalan”.

Aducen que la disposición mencionada es violatoria de lo dispuesto por la Ley Marco 903 de 2004 en cuanto en ella se establece el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando se disminuya estando en servicio activo en un 50% la capacidad laboral.

Como ya se ha señalado en esta sentencia, la fijación de las escalas salariales y de las prestaciones sociales de los servidores públicos que correspondía al legislador conforme a lo dispuesto por el artículo 76 de la

⁶ 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.

Constitución de 1886, hoy es por completo diferente como quiera que el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución actual establece que corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para el efecto, lo cual indica que una vez dictada la Ley Marco, con esas finalidades específicas, surge entonces la competencia del Presidente de la República para desarrollarla mediante la expedición de Decretos que como actos administrativos deben entonces acatamiento estricto a las normas expedidas por el Legislador, so pena de nulidad para garantizar así el imperio del ordenamiento jurídico en Estado de Derecho.

Examinada la Ley 923 de 2004 se observa que en su artículo 3°, señaló los elementos mínimos que deben ser tenidos en cuenta para la expedición del “régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública”, cuyo numeral 3.5. dispone:

“3.5. El derecho para acceder a la pensión de invalidez, así como su monto, será fijado teniendo en cuenta el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral del miembro de la Fuerza Pública, determinado por los Organismos Médico Laborales Militares y de Policía, conforme a las leyes especiales hoy vigentes, teniendo en cuenta criterios diferenciales de acuerdo con las circunstancias que originen la disminución de la capacidad laboral. En todo caso no se podrá establecer como requisito para acceder al derecho, una disminución de la capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) y el monto de la pensión en ningún caso será menor al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro...”

Como puede observarse, si por Ministerio de la ley no existe el derecho al reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%; a contrario sensu, cuando tal disminución sea igual o superior a este porcentaje, surge el derecho a la obtención y reconocimiento de la misma. De tal manera que si esa fue la decisión del legislador, ella no puede ser variada sino por la propia ley, sin el desconocimiento de los derechos adquiridos y, en tal virtud, no puede predicarse la validez de una norma que en desarrollo de lo dispuesto en una Ley Marco, señale en detrimento de sus beneficiarios, requisitos superiores a los establecidos por esa ley.

De la confrontación entre lo dispuesto por el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley 923 de 2004, y el contenido del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, surge que mientras aquél establece que no se tiene el derecho a la pensión de invalidez o al sueldo de retiro correspondiente cuando la disminución de la capacidad laboral sea inferior al 50%, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 al señalar que se tiene derecho al reconocimiento y liquidación de esa prestación social cuando la incapacidad laboral de los servidores públicos allí mencionados sea igual o superior al 75% cuando ella ocurra en servicio activo, en realidad lo que establece es que cuando sea inferior a ese porcentaje del 75%, no existe el derecho. Es decir mediante ese Decreto que dice desarrollar lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, se está creando una norma distinta a la que estableció el artículo 3° numeral 3.5 de la Ley mencionada, norma que, además excluye del derecho a quienes deberían ser beneficiarios del mismo.

Por tanto, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 adolece de un vicio insubsanable de nulidad, pues fue expedido por el Presidente de la República fuera de la órbita competencial que expresamente le señaló el Congreso de la República en la Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 3.5 y, por consiguiente, resulta contrario a derecho y carente de validez.

Conforme al análisis que en precedencia se ha realizado, surge entonces que prosperan las pretensiones de los actores para que se declare la nulidad del artículo 11 parágrafo 2° del Decreto 1091 de 1995, así como las expresiones acusadas de los artículos 24, 25 parágrafo 2° y 30 del Decreto 4433 de 2004, en tanto que no será

declarada la nulidad impetrada respecto del artículo 23 numeral 23.2.6 del mismo decreto.

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

F A L L A:

Primero: Declárase la nulidad del artículo 11 parágrafo 2° del Decreto 1091 de 1995, así como las expresiones acusadas de los artículos 24, 25 parágrafo 2° y 30 del Decreto 4433 de 2004.

Segundo: Deniéase la pretensión de declaración de nulidad del artículo 23 numeral 23.2.6 del Decreto 4433 de 2004, expedido por el Presidente de la República.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cúmplase.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

