

ASIGNACION DE RETIRO DE MIEMBROS DE LA POLICIA NACIONAL DEL NIVEL EJECUTIVO – Regulación legal / SUSPENSION PROVISIONAL – Exigencia de tiempo superior para el reconocimiento de la asignación de retiro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional vulnera la ley marco

Se accederá a la suspensión provisional solicitada del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, por cuanto en este artículo, el Gobierno Nacional desconoce las previsiones contenidas en la Ley marco respecto a la prohibición de exigírsele al personal en **servicio activo** al 31 de diciembre de 2004, entre los cuales se encontraban los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo vinculados voluntariamente e incorporados directamente, requisitos adicionales, como es el de permanecer vinculado a la institución por un término superior al previsto en los Decretos que les era aplicables, es decir en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1212 DE 1990 / DECRETO 1213 DE 1990 / DECRETO 2070 DE 2003

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1858 DE 2012 (6 de septiembre) ARTICULO 2.GOBIERNO NACIONAL (Suspendido)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00850-00(1783-13)

Actor: JORGE IVAN MINA LASSO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

El Consejero Ponente decide la solicitud de suspensión provisional presentada junto con la demanda de nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 6 de septiembre de 2012.

ANTECEDENTES

El señor Jorge Ivan Mina Lasso solicitó la suspensión provisional del Decreto 1858 de 2012 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional”*, más exactamente del artículo 2, el cual dispone:

“Artículo 1. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 01 de Enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional 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 3 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas.

Artículo 2. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional

y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad 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 o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, 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 3 del presente 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 cien por ciento (100%) de tales partidas.

Artículo 3. Fijase como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 01 de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

- 1. Sueldo básico.*
- 2. Prima de retorno a la experiencia.*
- 3. Subsidio de alimentación.*
- 4. Duodécima parte de la prima de servicio.*
- 5. Duodécima parte de la prima de vacaciones. DECRETO .1858 DE HOJA No. 3*

Continuación del "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional"

- 6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos*

haber percibidos a la fecha fiscal de retiro.

PARÁGRAFO. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este Decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.

Artículo 4. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias... ”.

El señor Mina Lasso fundamenta la solicitud de medida cautelar, en los argumentos que a continuación se sintetizan:

Considera el demandante que el Gobierno Nacional en la norma acusada establece de manera irregular el tiempo de servicio que los miembros del Nivel Ejecutivo de incorporación directa de la Policía Nacional debían acreditar para obtener el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, excediéndose en su facultad reglamentaria toda vez que, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 92 de 2004, el Presidente no puede legislar sobre los requisitos para acceder a una asignación de retiro.

Indica que el término que tenía el Gobierno para reglamentar la Ley marco 923 de 2004, ya estaba más que superado al dictarse el Decreto acusado, pues la facultad otorgada para la expedición de Decretos con fuerza de ley es sólo por el término de 6 meses, luego de expedida la ley que se pretende reglamentar

Adujo que el Ejecutivo en el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, reproduce el texto de las normas que se declararon nulas por esta Corporación.

El actor manifiesta que al momento de declararse la nulidad del párrafo dos del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, norma cuyos destinatarios eran los miembros del nivel ejecutivo que habían ingresado antes de la vigencia del referido decreto, esto es el 30 de diciembre de 2004, (sin que se discrimine entre los homologados y los de incorporación directa), la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo se regirá por las normas vigentes que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional, es decir, los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Por lo anterior, considera el demandante que al expedirse el Decreto 1858 de 2012, se continua vulnerando la situación de los miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo que se incorporaron directamente al servicio, pues la entidad demandada insiste en aumentar el tiempo de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro a 20 años en el evento de ser llamados a calificar servicios y a 25 años en el caso en que este personal decida retirarse de forma voluntaria.

El demandante resalta que se desconocieron las normas supralegales reseñadas, al abrogarse el señor Presidente de la República facultades que no tenía al respecto y que no le correspondían; circunstancia que implica quebrantamiento directo de las disposiciones cuya violación se conceptuó y la jurisprudencia, resultando el Decreto 1858 de 2012 y más exactamente el

artículo 2 impugnado, en principio “injurídico a nivel de legalidad interna y externa”.

El Ministerio de Defensa Nacional describió el traslado de la suspensión provisional refiriéndose a los argumentos expuestos por el demandante como sustento de la medida cautelar, en los siguientes términos.

Contrario a lo afirmado por el accionante la norma demandada fue expedida por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria establecida en la Constitución Política, observando los criterios y límites fijados en la Ley 923 de 2004, cuya tipología de ley marco le impone al Presidente el ejercicio de una competencia concurrente para fijar el régimen prestacional de la Fuerza pública, tal como lo señala la jurisprudencia constitucional.

Resaltó que basta con leer detenidamente el Decreto 1858 de 2012 para darse cuenta que fue expedido por el Presidente de la República, lo cual se corrobora en el encabezado del mismo y con su firma plasmada luego de la fecha de expedición del mismo, firma que debe decirse es diferente a la del Ministro de Defensa Nacional que también lo suscribe, por lo tanto los argumentos del demandante carecen de veracidad y son completamente improcedentes.

Para el Ministerio de Defensa desde que se nombraron los primeros patrulleros de incorporación directa con fundamento en el Decreto 132 de 1995, siempre estuvieron cobijados por normas especiales que establecían como tiempo mínimos para la asignación 20 y 25 años de servicio, de acuerdo con el artículo 53 del Decreto 1092 de 1994 que rigió desde el 23 de mayo de 1994 hasta el 27 de junio de 1995, luego el Decreto 1095 de 1995 (artículo 51) hasta el 31 de diciembre de 2004, cuando fue expedido el Decreto 4433 de 2004, que en su artículo 25 parágrafo 2 contempló los mismos tiempos establecidos originalmente.

Anotó el Ministerio que “las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de carácter general no tienen efectos retroactivos, excepto cuando en la misma sentencia así se considere expresamente, en tal sentido las situaciones jurídicas consolidadas a la luz de las disposiciones declaradas nulas conservan plena validez. El Consejo de Estado ha señalado que la decisión afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, o lo que es lo mismo, que al tiempo de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de controversia ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. (fls. 49 y 50)

El Ministerio de Defensa, a través de su apoderada, a modo de conclusión preciso que:

i) las normas jurídicas propias de un régimen prestacional no son en sí mismas derechos adquiridos, en este sentido una norma que establezca un determinado tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro no

pueda convertirse en una garantía inmodificable para aquellas que en un determinado momento ingresaron a él bajo estas condiciones;

ii) La libertad de configuración normativa concede la posibilidad de modificar las condiciones de las prestaciones contempladas en un determinado régimen, garantizando siempre los derechos adquiridos;

iii) El ejercicio de un derecho adquirido 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, significa que se han reunido todas las condiciones señaladas en la norma que consagra, tal como se puede interpretar del artículo 58 de la Constitución;

iv) Se tiene derecho adquirido a la asignación de retiro contemplado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 y en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, cuando el suboficial o el agente haya cumplido 15 años de servicio y sea retirado por las causales allí indicadas.

CONSIDERACIONES

El competente para decidir sobre la solicitud de la medida cautelar es el Magistrado Ponente, quien determinará la procedencia de la misma, con el fin de proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia¹.

¹ El artículo 239 del CPACA dispone: "**Procedencia de la suspensión:** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, **podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que**

El Magistrado Ponente resolverá sobre la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados, una vez analice el texto de los mismos y lo confronte con las normas superiores invocadas, para establecer si estas últimas se encuentran vulneradas.

Con el fin de resolver sobre la procedencia de la suspensión provisional del acto acusado, considera el Despacho necesario hacer referencia a **la normatividad mediante la cual se profesionalizó la Policía Nacional**, en los términos expuestos en el marco normativo y jurisprudencial de la sentencia expedida por la Sección Segunda, del 11 de octubre de 2012, No. de Referencia: 11001032500020070004100 (0832-2007), actor: Miguel Arcángel Villalobos Chaparro:

“El artículo 6 de la Ley 62 de 1993 establecía que la Policía Nacional está integrada por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella.

Esta norma fue derogada por el artículo 1 de la Ley 180 de 1995, que creó el nivel ejecutivo disponiendo que:

considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.*

“ARTÍCULO 1o. La Policía Nacional está integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley.”

Este nivel a su vez hace parte, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1791 de 2000 y la Ley 180 de 1995, de uno de las cuatro grandes estructuras jerárquicas al interior de la Policía Nacional, esto es, oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes,(...).

Sobre la creación del nivel ejecutivo en la Policía Nacional en la sentencia del 26 de noviembre de 2009 esta Sección consideró que: “... obedeció fundamentalmente a la necesidad de profesionalizar la base y mandos medios de la Institución y darle una formación integral que le permitiera afrontar con criterio y decisión, las múltiples y delicadas responsabilidades que debía asumir en desarrollo de su misión ante la comunidad, además, con la creación de ese nivel, se quiso mejorar la remuneración de los agentes y conferirles un régimen salarial especial.”²

De otro lado se estableció que el ingreso al nivel ejecutivo se podía efectuar directamente como lo dispone el artículo 8³ o por solicitud de

² Proferida dentro del proceso de simple nulidad contra los artículos 7 num. 7.1, 8, 13, 15 parágrafo y 27 parágrafo del Decreto 4433 de 2004. Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 26 de noviembre de 2009, proceso con radicación 11001-03-25-000-2005-00237-01 y número interno (10024-05).

³ ARTÍCULO 8o. CONDICIONES GENERALES DE INGRESO. De conformidad con las vacantes existentes, para ingresar al curso de formación como oficial o miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se exigen los siguientes requisitos:

“traslado” como lo indican los artículos 9⁴, 10⁵ y 11⁶ del Decreto 1791 de 2000 que establecieron que los agentes, suboficiales y personal no uniformado de la Policía Nacional podían solicitar el ingreso al nivel ejecutivo bajo el cumplimiento de unos requisitos”.

Respecto a la normatividad sobre la asignación de retiro en la Policía Nacional esta Sala en el fallo en comentario anotó:

-
1. Ser colombiano.
 2. Ser bachiller, profesional universitario, tecnólogo o técnico, según se establezca en cada caso.
 3. Superar el proceso de admisión que la Dirección General de la Policía Nacional presente para aprobación del Ministro de Defensa Nacional.
 4. No haber sido condenado a penas privativas de la libertad, ni tener antecedentes disciplinarios.

⁴ ARTÍCULO 9o. INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

1. Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente;
2. Sargento Segundo, al grado de Intendente;
3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe;
4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;
5. Sargento Mayor, al grado de Comisario.

PARAGRAFO. El ingreso de los Suboficiales a este nivel, se hará en estricto orden de antigüedad en el grado, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

⁵ ARTÍCULO 10. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo, los agentes en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

PARAGRAFO. El personal de Suboficiales y de Agentes de que tratan los artículos [9](#) y [10](#) del presente Decreto, se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo.

⁶ ARTÍCULO 11. INGRESO DE PERSONAL NO UNIFORMADO A UNIFORMADO. El Director General de la Policía Nacional podrá seleccionar personal no uniformado de planta, para que adelante curso especial de formación como uniformado, previa solicitud del interesado y el cumplimiento de los demás requisitos que para el efecto exija la Dirección General de la Policía Nacional.

“A este respecto como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-432-04 ⁷los aspectos básicos del régimen salarial y prestación de los miembros de la Fuerza Pública que se regulan mediante ley marco bajo la Constitución Política de 1991, en la vigencia de la Constitución de 1886 fueron regulados mediante otro tipo de regulaciones, como lo fue el caso de los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 “los cuales fueron proferidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989⁸.

En esa oportunidad manifestó la Corte que: “Estas materias fueron reguladas mediante decretos-leyes por cuanto la Constitución Política de 1886, en ningún momento, sometió la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, a su consagración y desarrollo mediante la tipología constitucional de la ley marco, por el contrario, la cláusula general de habilitación presidencial para actuar

⁷ “4. Ahora bien, es preciso aclarar que algunas materias propias de la tipología constitucional de las “leyes marco”, con anterioridad a la Constitución de 1991 fueron reguladas mediante otras modalidades o tipos de leyes. Así sucedió con las disposiciones relativas al régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública. En efecto, con anterioridad al Decreto 2070 de 2003 (demandado en esta oportunidad), las disposiciones relativas al citado régimen, se encontraban previstas en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, los cuales fueron proferidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989⁷.

Estas materias fueron reguladas mediante decretos-leyes por cuanto la Constitución Política de 1886, en ningún momento, sometió la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, a su consagración y desarrollo mediante la tipología constitucional de la ley marco, por el contrario, la cláusula general de habilitación presidencial para actuar como legislador extraordinario, permitió al Presidente regular indistintamente dichos contenidos prestacionales.”

⁸ Dispone la norma en cita: “**Artículo 1°.** De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses constados a partir de la vigencia de la presente ley, para los siguientes efectos: a) Reformar los estatutos del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en las siguientes materias: disposiciones preliminares; jerarquía; clasificación, escalafón, ingreso, formación y ascenso; administración de personal; asignaciones, subsidios, primas, dotaciones y descuentos. Traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias; suspensión, retiro, separación y reincorporación; régimen general de prestaciones sociales, reservas, normas para alumnos de escuelas de formación; trámite para reconocimientos prestacionales y disposiciones varias; b) Reformar el estatuto y régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, en las siguientes materias: Clasificación general; ingresos, promociones; cambios de nivel y traslados; retiros del servicio; asignaciones primas y subsidios; régimen disciplinario; situaciones administrativas; seguridad y bienestar social; régimen de los trabajadores oficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; (...).” Sobre la materia, puede consultarse igualmente la Sentencia C-956 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

como legislador extraordinario, permitió al Presidente regular indistintamente dichos contenidos prestacionales.”

Estos los Decretos 1212 y 1213 de 1990 constituyen la primera normatividad a la que hay remitirse en materia de asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional, que respectivamente disponen:

-Decreto 1212 de 1990:

“ARTÍCULO 144. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, **los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional** que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, 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 y los que se retiren o sean separados 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 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. (...)” (Negrilla fuera de texto).

- Decreto 1213 de 1990:

“ARTÍCULO 104. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, **los Agentes de la Policía Nacional** que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, 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 los que se retiren a solicitud propia después de los 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 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.” (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien posteriormente a la creación del nivel ejecutivo en la Ley 180 de 1995, el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4ª de 1992, profirió el Decreto 1091 de 1995 mediante el cual se expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que sobre la asignación de retiro para este nivel señaló:

“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."*

Este decreto fue declarado nulo por esta Sección mediante la sentencia del 14 de febrero de 2007⁹ en la que en síntesis se consideró que el ejecutivo había desconocido una cláusula de reserva legal, en cuanto el tiempo de servicio para tener derecho a la asignación de retiro era un asunto propio de una ley marco; y de otro

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 14 de febrero de 2007 proferida dentro del proceso con radicado 110010325000200400109 01 y número interno 1240-2011.

lado se precisó que se desconocía la protección especial prevista en el párrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995¹⁰ para el personal de la Policía Nacional que decidió hacer parte del nivel ejecutivo. Así:

*“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.

(...)

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.”

¹⁰“Artículo 7. (...) PARÁGRAFO. 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.”

Posteriormente el Presidente profirió el Decreto 2070 de 2003¹¹ que regulaba el régimen prestacional de la Fuerza Pública, entre éste la asignación de retiro, del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Sin embargo este decreto fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004 al considerarse que la materia regulada era competencia exclusiva del Congreso mediante la expedición de una ley marco.

En cumplimiento de la normatividad constitucional y de lo dispuesto por la Corte Constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley Marco 923 de 2004¹² que fue reglamentada a través del Decreto 4433 del mismo año, que dispuso en sobre la asignación de retiro:

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.

¹¹ "ARTÍCULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. <Decreto INEXEQUIBLE> Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto."

¹² "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.",

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.

(Declarado nulo en la sentencia del 12 de abril del 2012 proferida por esta Sección, en proceso con radicado interno No. 1074-2007¹³).

De la lectura de esta norma, se destaca que reguló los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, así:

Personal	Ingreso	Requisitos	Vigencia
<i>Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional</i>	<i>Que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto</i>	<i>i) y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por:</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>llamamiento a calificar servicios,</i> - <i>disminución de la capacidad psicofísica,</i> - <i>voluntad del Gobierno,</i> <i>ii) y los que se retiren después de veinticinco (25) años de servicio a</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>solicitud propia</i> - <i>o sean retirados</i> - <i>o separados en forma absoluta</i> 	<i>Vigente</i>
<i>El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo</i>	<i>Que hubieran ingresado antes de la fecha de entrada en vigencia del decreto¹⁴. (31 de diciembre de 2004) (La norma no distingue entre quienes se</i>	<i>j) sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por:</i> <ul style="list-style-type: none"> - <i>llamamiento a calificar servicios,</i> - <i>voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación,</i> - <i>disminución de la capacidad psicofísica,</i> <i>i) y los que se retiren después de veinticinco (25) años de servicio a</i>	<i>Declarado nulo en la sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por esta Sección.</i>

¹³ Mediante sentencia del 12 de abril de 2012, esta Sección con ponencia del Doctor Alfonso Vargas declaró la nulidad del párrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al considerar que la norma acusada: “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.”

¹⁴ “Artículo 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación (...)”

	<i>homologaron al nivel ejecutivo en virtud de la Ley 180 de 1995 y quienes ingresaron directamente a aquel).</i>	<i>-solicitud propia -o sean retirados -o separados en forma absoluta</i>	
--	---	---	--

Al ser declarado nulo el parágrafo dos del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, norma cuyos destinatarios eran los miembros del nivel ejecutivo que habían ingresado antes de la vigencia del referido decreto, esto es el 30 de diciembre de 2004, (sin que se discrimine entre los homologados y los de incorporación directa), se tiene que para determinar la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo hay que en primer lugar descartar las normas que perdieron vigencia, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25, como se explicó anteriormente, y en segundo lugar hay que remitirse a la normas vigentes que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional, es decir, los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que por disposición del parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995¹⁵, constituían para ese momento los mínimos para quienes estando al servicio de la Policía Nacional decidieron ingresar al Nivel Ejecutivo”.

Ahora bien, teniendo claro el marco normativo que regula la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional, pertenecientes al nivel ejecutivo, antes de la expedición del Decreto 1858 de 2012, se pasará a determinar si es procedente declarar la suspensión provisional del Decreto 1858 de 2012.” *Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal de nivel ejecutivo de la Policía Nacional”* para lo cual debe cotejarse la norma demandada con las normas invocadas como vulneradas.

¹⁵ PARÁGRAFO. *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.*

En el caso sub examine, el señor Mina Lasso invoca como vulnerados el artículo 13 y 150 de la Constitución Política y el artículo 3 numeral 3.1. de la Ley 923 de 2004.

Respecto a la facultad concurrente del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, para expedir el régimen prestacional de los servidores públicos, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, este Despacho anota que precisamente el Gobierno Nacional en ejercicio de su potestad reglamentaria dictó el Decreto 1858 de 2012, tal como lo manifestó el Ministerio de Defensa en el escrito por el cual descurre el traslado, puesto que el mismo fue expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional, como se observa en el encabezado del citado Decreto y por ser ellos quienes aparecen suscribiéndolo.

De otra parte, el demandante manifestó se vulnera lo dispuesto en el numeral 3.1. del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual dispone:

“Artículo 3°. Elementos mínimos. El 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, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

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” (subraya fuera del texto original).

El Despacho reitera que el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, en su calidad de ley marco dispone una limitación que a la vez constituye una prohibición consistente en 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 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.”¹⁶

Se destaca, que esta disposición cobija a todos los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, entendiendo que la expresión servicio activo hace referencia a todos los servidores que se encuentren con vínculo vigente

¹⁶ Sobre la vigencia de esta ley se destaca que según el “ARTÍCULO 7o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” De otro lado, la promulgación es decir, desde la publicación oficial de la ley se realizó en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004.

con las Instituciones que conforman dicha Fuerza, por lo que esta norma cobija a los integrantes de la Policía Nacional.

Así se insiste, en que la prohibición consagrada a favor de los miembros de la Fuerza Pública en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 se estableció para el personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, sin que se hiciera distinción a la forma de vinculación, es decir con independencia a que se hubieran incorporado a dicho nivel por homologación o de forma directa.

A la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, al 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, por cuanto los Decretos que de forma específica regulaban dicha prestación, (esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003¹⁷ y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25), perdieron vigencia por declaración judicial como se anotó anteriormente.

En este punto, frente a los argumentos expuestos por el Ministerio de Defensa, al momento de descorrer traslado, respecto a los efectos de la nulidad de los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25, debe precisar el Despacho que la declaratoria de nulidad de los actos tiene efectos ab-initio, pues su fin es restablecer la legalidad afectada por la norma acusada.

¹⁷ Decreto declarado inexecutable mediante la sentencia C-432 de 2004.

De otra parte, frente a las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también.

Por lo anterior, se insiste en que el pronunciamiento definitivo del juez administrativo frente a la nulidad de una norma tiene efectos *ex tunc*, es decir hacia el pasado, contrario a lo afirmado por el Ministerio, cuando manifiesta que “las sentencias que declaran la nulidad de un acto administrativo de carácter general no tiene efectos retroactivos, excepto cuando la misma sentencia así lo considere expresamente, así las situaciones jurídicas consolidadas a la luz de las disposiciones declaradas nulas conservan plena validez...”.

Teniendo claro lo expuesto, reafirma el Despacho que los Decretos 1212 y 1213 de 1990, era la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro a favor de los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, sin importar su vinculación, en los cuales se establecía como requisito que los policiales contaran con mínimo quince (15) años de servicio activo, en el evento del retiro 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 los que se retiren a solicitud con veinte (20) años de servicio.

Entonces, por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se encuentran los que integran el nivel

ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene que el artículo 1 del Decreto 1858 de 2012, se encuentra de conformidad con lo dispuesto en la normatividad invocada pues en el se establece el régimen de transición para el personal homologado del nivel ejecutivo, disponiéndose como mínimo quince (15) años de servicio activo, en el evento del retiro 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 los que se retiren a solicitud con veinte (20) años de servicio.

Respecto a la solicitud de nulidad y suspensión provisional del artículo 2 del Decreto acusado, es dable concluir que al cotejarse el texto del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, con lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional desconoce las previsiones contenidas en la Ley marco respecto a la prohibición de exigírsele al personal en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos adicionales, como es el de permanecer vinculado a la institución por un término superior al previsto en los Decretos que les eran aplicables, es decir en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que fijan como tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro como mínimo de 15 años de servicio y un máximo de 20 años.

Corolario de lo anterior, se accederá a la suspensión provisional solicitada del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, por cuanto en este artículo, el

Gobierno Nacional desconoce las previsiones contenidas en la Ley marco respecto a la prohibición de exigírsele al personal en **servicio activo** al 31 de diciembre de 2004, entre los cuales se encontraban los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo vinculados voluntariamente e incorporados directamente, requisitos adicionales, como es el de permanecer vinculado a la institución por un término superior al previsto en los Decretos que les era aplicables, es decir en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Respecto a la solicitud de suspensión provisional del artículo 3 del Decreto acusado, en el cual fija las partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que ingreso antes del 1 de enero de 2005, debe anotarse que el demandante no presentó cargos que sustentaran dicho pedimento. Por lo que no es procedente decretar la medida cautelar del mismo.

En mérito de lo expuesto, el Consejero Ponente integrante de la Subsección "B", Sección Segunda del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

IV. RESUELVE:

Primero: SE DECLÁRA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL del artículo 2 del Decreto No. 1858 de 2012 *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional"*

Segundo: SE NIEGA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los artículos 1 y 3 del Decreto 1858 de 2012 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional”*

Tercero: RECONÓCESE personería jurídica a la abogada Sandra Marcela Parada Aceros, para representar a la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido visible a folio 28 del cuaderno de la medida cautelar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GERARDO ARENAS MONSALVE