



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá D.C., ocho (08) de octubre de dos mil quince (2015).-

Radicado No.:	1100103255000201300543 00
No. Interno:	1060-2013
Actor:	Julio César Morales Salazar
Demandados:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional
Asunto:	Recurso de Súplica contra auto que suspendió provisionalmente el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012.-

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 21 de noviembre de 2014¹, *“para considerar el recurso ordinario de súplica interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido el 14 de julio de 2014”*, que decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012.

I. LA DEMANDA.-

En ejercicio del medio de control de Nulidad, consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el ciudadano JULIO CÉSAR MORALES SALAZAR, actuando en nombre propio, acudió ante esta Corporación el 17 de mayo de 2013, con el objeto de demandar la nulidad del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, *“por medio del cual se fija el*

¹ Folio 246 del cuaderno de medidas cautelares.

régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 2º. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fíjase 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 o 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 3º 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 ciento por ciento (100%) de tales partidas.” (Subrayas fuera de texto).

1.1. Cargos formulados en la demanda.-

En sustento de sus pretensiones, el actor argumentó en primer lugar, que el decreto impugnado es vulneratorio del artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, norma según la cual, corresponde al Congreso *“dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para (...) fijar el régimen salarial y prestacional de los (...) miembros de la Fuerza Pública”*. Para explicar este cargo se argumenta en la demanda, que al expedir el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, el Gobierno excedió el límite material de la facultad reglamentaria que le fue conferida por el Congreso en la Ley 923 de 2004, *“mediante la cual se señalan 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...”*.

El Señor MORALES SALAZAR desarrolla este cargo exponiendo, que a través del artículo 2º del citado Decreto Reglamentario, el Gobierno estableció el régimen pensional del personal que ingresó directamente al

Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional hasta el 31 de diciembre de 2004, regulando, entre otros temas, lo concerniente al requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, fijando en 20 años dicho requisito cuando el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica, y en 25 años, cuando sean retirados por solicitud propia o por destitución; lo cual trasgrede, en su criterio, el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley 923 de 2004, que señala expresamente, 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 (...) un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta ley...”*². Explica además, que a la fecha de expedición de la Ley 923 de 2004³, las normas vigentes respecto de este preciso tópico de los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, eran los Decretos Ley 1212⁴ y 1213⁵ de 1990⁶, los cuales, para efectos de acceder a dicha prestación, exigían un tiempo de servicio menor al requerido por el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, pues, mientras este último exige 20 y 25, años según las modalidades de retiro anotadas,

² Esta prohibición contenida en el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley 923 de 2004, de aumentar el requisito de tiempo de servicio para que los uniformados activos en ese momento puedan acceder a la asignación de retiro, se constituye en un límite material a la facultad que dicha ley concede al Gobierno para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

³ 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.

⁴ Por el cual se reforma el estatuto del personal y Suboficiales de la Policía Nacional.

⁵ Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

⁶ Explica el actor que: *“La norma vigente a esa fecha (30 de diciembre de 2004) era el Decreto 1091 de 1995, que en su artículo 51 regulaba el régimen de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, artículo que fue declarado nulo mediante providencia del Consejo de Estado, lo que significa que en materia de asignación de retiro para este personal sin distinción (de homologación o incorporación directa al Nivel Ejecutivo), por vacío normativo son los Decretos 1212 y 1213 de 1990. Y, en el evento que no lo fueran, pues, sencillamente no existía una norma aplicable puntualmente para el caso del Nivel Ejecutivo de incorporación directa, porque las declaratorias de nulidad tiene efectos ex tunc (desde siempre) y en ese orden de ideas no se podría predicar que los tiempos para asignación de retiro fueran entre 20 y 25, sino de 15 y 20 años como lo dice el Decreto 12 de 1990, por elemental derecho a la igualdad frente a los oficiales, suboficiales y agentes, que oscilaba entre los 15 y los 20 años.”*

aquellos contemplan como requisito periodos de tiempo de servicio de 15 y 20 años, respectivamente⁷.

Aclara, que si bien con posterioridad a los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990 el Gobierno Nacional expidió otras normatividades para regular lo relacionado con las asignaciones de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo, una de ellas, el Decreto Ley 2070 de 2003⁸, fue declarado inexecutable mediante sentencia C-432 de 2004, y las otras dos fueron anuladas por el Consejo de Estado, tales como el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995⁹, declarado nulo¹⁰ mediante sentencia de 14 de febrero de 2007¹¹, y el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004¹², que fue anulado mediante sentencia de 12 de abril de 2012¹³, por lo que las normas que regulaban lo concerniente a la asignación de retiro, vigentes al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004, son los mencionados Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990¹⁴.

⁷ En el Decreto 1212 de 1990, los requisitos para el reconocimiento de la Asignación de retiro están contemplados en el artículo 144, mientras que en el Decreto 1213 de 1990, hay que acudir al artículo 104.

⁸ Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares.

⁹ 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.

¹⁰ Aclara el demandante que: “*esta decisión, sin más, condujo a que en materia de asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo sin importar si eran homologados o de incorporación directa, aplicara lo establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, debido al vacío normativo que debía ser suplido, cuyos máximos de tiempo para acceder a la asignación de retiro era de 15 y 20 años. Ello demandaba que una nueva norma se expidiera para regular la asignación de retiro de la Fuerza Pública y particularmente de la Policía Nacional, debía respetar, como lo manda la Constitución Política, un régimen de transición que partiera del mínimo de 15 años y del máximo de 20 años.*”.

¹¹ Exp. No. 11001032500020040010901 - 1240-04, con ponencia del Dr. Arango Mantilla.

¹² Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹³ Exp. No. 110010325000200600016 00, con ponencia del Dr. Vargas Rincón.

¹⁴ En apoyo de esta tesis el actor señala: “*Mediante la Ley 180 de 1995, artículo 7º, numeral 1º, al Presidente de la República se le otorgaron facultades extraordinarias para desarrollar la carrera del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. En tal virtud se profirió el Decreto Ley 132 de 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. En dicho decreto ley no se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional de incorporación directa, existiendo hasta ese entonces un vacío jurídico desde el mes de enero hasta junio de 1995, que se suplía con las normas que aplicaban para el personal de suboficiales y agentes, es decir, el Decreto 1212 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional, y el Decreto 1213 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional. Estos Decretos establecen 15 y 20 años para acceder a la asignación de retiro por cualquiera de las causales allí previstas. Fue con el Decreto 1091 de 1995, que el Gobierno Nacional expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.*”.

El segundo argumento expuesto por el actor consiste en que de conformidad con los artículo 217¹⁵ y 218¹⁶ de la Constitución Política, el régimen de carrera de la Fuerza Pública es de naturaleza especial y solo puede ser determinado mediante ley, por lo que el Gobierno Nacional no es el competente para reglar ningún aspecto de dicho régimen, y en esa medida no tenía facultad alguna para incrementar, a través del Decreto enjuiciado, el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro exigido a quienes fueron incorporados directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 31 de diciembre de 2004.¹⁷

Un tercer cargo expuesto en la demanda, es que *“al Decreto 1858 de 2012 le es aplicable la figura del decaimiento dada la declaratoria de nulidad del parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004...”*.

Con fundamento en lo expuesto, el actor solicita que se disponga la suspensión provisional del acto acusado, toda vez que *“los efectos de la eventual declaratoria de nulidad serían absolutamente inocuos, porque en la actualidad en el seno de la Policía Nacional se redacta otra reforma pensional y de asignación de retiro en la que con toda seguridad se repetirá el acto demandado”*.

II. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR NEGATIVA PETICIONADA.-

¹⁵ Artículo 217 de la Constitución Política de 1991. (...). La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

¹⁶ Artículo 218 de la Constitución Política de 1991. La ley organizará el cuerpo de Policía. (...). La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

¹⁷ Al respecto anotó el demandante: *“definir el régimen de pensión y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no es un aspecto técnico u operativo que pueda olímpicamente regularse por un Ministro, sino un asunto sometido a reserva de ley.”*.

Mediante auto de 4 de febrero de 2014 la demanda fue admitida y mediante proveído de la misma fecha¹⁸, se ordenó correr *“traslado a la parte demandada del escrito contentivo de la medida cautelar solicitada (...)”*.

III. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.-

El Ministerio de Defensa Nacional, a través de apoderada legalmente constituida, recorrió¹⁹ el traslado que le fue concedido solicitando negar la petición de suspensión provisional, argumentando lo siguiente:

1. Que artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, no franqueó la prohibición estipulada en el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley 923 de 2004, puesto que desde la creación del Nivel Ejecutivo a través del Decreto Ley 41 de 1994, los miembros incorporados directamente a este Nivel siempre han sido regulados por normas que les exigían para acceder a la asignación de retiro tiempos de servicios de 20 y 25 años según la modalidad de retiro, por lo que la norma suspendida, en modo alguno hizo más gravoso dicho requisito. Explica, que en efecto, luego de la creación del Nivel Ejecutivo por medio del citado Decreto Ley 041 de 1994, el régimen prestacional de los uniformados pertenecientes a dicha carrera fue regulado por el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, cuyo artículo 53 exigía 20 y 25 años, según la modalidad de retiro, para el reconocimiento de la asignación de retiro, requisito que se mantuvo en el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y en el artículo 25, parágrafo 2º, del Decreto Reglamentario 4433 de 2004.
2. También alega el Ministerio de Defensa, que las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en 2007 y 2012, por medio de las cuales se anularon el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, respectivamente, únicamente estudiaron lo relacionado con la situación

¹⁸ Folio 27 del cuaderno de medidas cautelares.

¹⁹ Folios 46 a 69 del cuaderno de medidas cautelares.

del personal del Nivel Ejecutivo que ingresó en virtud del proceso de homologación, es decir, de aquellos que siendo Suboficiales o Agentes, al crearse este escalafón se trasladaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo; por lo que dichos fallos no se aplican al personal que ingresó directamente al mencionado Nivel.

3. Que la anulación de los apartes normativos de los Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, arriba señalados, no genera un derecho adquirido para que la asignación de retiro de los miembros incorporados directamente al Nivel Ejecutivo sea reconocida con tiempos de servicio de 15 o 20 años, según la modalidad de retiro, como lo establecen los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990.
4. Que el Nivel Ejecutivo es una carrera completamente distinta a las carreras de los Suboficiales y Agentes, por lo que desde su creación, los uniformados que se han incorporado de manera directa a dicho Nivel han tenido un estatuto prestacional independiente, es decir, se han regido por reglas propias y nunca han sido destinatarios de las disposiciones contenidas en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, que se aplican a los Suboficiales y Agentes.

IV. DEL AUTO SUPPLICADO.-

El Auto de 14 de julio de 2014, decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012²⁰, atendiendo los argumentos expuestos en la sentencia del Consejo de Estado de 11 de octubre de 2012, proferida en el proceso de Nulidad Simple No. 11001032500020070004100 (0832-2007), con ponencia del Consejero GERARDO ARENAS MONSALVE, y en el siguiente razonamiento expuesto en el auto suplicado:

“... 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

²⁰ Folios 126 a 147 del cuaderno de medidas cautelares.

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 15 años de servicio y un máximo de 20 años.”.

Se argumenta además en el proveído suplicado, que el numeral 3.1., inciso 2, del artículo 3 de la Ley 923 de 2004:

“dispone una limitación que a la vez constituye una prohibición” la cual aplica también al “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.”.

La providencia recurrida expresa también, que:

“a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, a 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, (estos es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003, y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25), perdieron vigencia por declaración judicial...”.

La conclusión a la que llega el auto suplicado es que:

“... se accederá a la suspensión provisional solicitada del artículo 2º 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 eran aplicables, es decir, en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.”.

Resalta la Sala, que para apoyar la argumentación expuesta, en las notas de pie de página números 9 y 13 del auto suplicado, se trae a colación los fallos de 14 de febrero de 2007 (11001-03-25-000-2004-00109-01, M.P.: Alberto Arango Mantilla) y de 12 de abril de 2012 (11001032500020060001600, M.P.: Alfonso Vargas Rincón).

V. RECURSO DE SÚPLICA.-

Contra la anterior decisión, el Ministerio de Defensa Nacional interpuso recurso de súplica, conforme a lo estipulado en el artículo 236 de la Ley

1437 de 2011, solicitando revocar la decisión y, en su lugar, negar la medida cautelar negativa decretada²¹. Manifestó en síntesis, lo siguiente:

1. Que hasta el año 1993, la Policía Nacional mantuvo una estructura de jerarquías y escalafones en 3 niveles, que eran: i) Oficiales, ii) Suboficiales, y iii) Agentes; a cuyos miembros les era aplicable el régimen pensional y de asignación de retiro contenido en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, cuyos artículos 144 y 104, respectivamente, exigían como requisito para acceder a la asignación de retiro, tiempos de servicio de 15 y 20 años, según la modalidad de retiro.
2. Que dada *“la necesidad de avanzar (...) en la profesionalización de todo el personal (...), de ir acogiendo estándares internacionales sobre organización, funcionamiento y calidad del servicio prestado a la comunidad”*, el Gobierno, haciendo uso de las facultades que le otorgó el artículo 35 de la Ley 62 de 1993²², creó el Nivel Ejecutivo a través del Decreto Ley 041 de 1994, el cual contemplaba dos manera de ingresar a dicho escalafón: de manera directa luego del respectivo curso de formación (artículo 17), y para el caso de los Suboficiales y Agentes, en virtud de un proceso de homologación del tiempo de servicio, previa solicitud de traslado (artículos 18 y 19).
3. Que luego de creado el Nivel Ejecutivo a través del Decreto Ley 041 de 1994, el Gobierno determinó su régimen pensional por medio del Decreto Reglamentario 1029 de 1994, cuyo artículo 53 exigía 20 y 25 años de servicio, como requisito para reconocer la asignación de retiro, según la modalidad de retiro. Explica además, que el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, fue derogado por el Decreto Reglamentario 1091 de 1995, cuyo artículo 51 conservó la misma

²¹ Folios 177 a 195 del cuaderno de medidas cautelares.

²² Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República

exigencia de 20 y 25 años de servicio, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro según la modalidad de retiro.

4. Que incluso el Decreto Ley 2070 de 2003, en su artículo 25, parágrafo 1, traía esta exigencia de los 20 y 25 años, como tiempo de servicio mínimo requerido para acceder a la asignación de retiro, según la modalidad de retiro.
5. Que en el año 2004 el Legislador expide una ley marco, que es la 923, 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, norma que en lo que tiene que ver con la asignación de retiro, establece en su artículo 3 los elementos mínimos que el Gobierno debe tener en cuenta para reglamentar el reconocimiento de dicho beneficio, y en el artículo 3, numeral 3.1. inciso 2, se preceptúa que a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, no se les exigirá como requisito un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de dicha norma. Que la Ley 923 de 2004, fue reglamentada por el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, cuyo artículo 25, parágrafo 2, mantuvo la exigencia para los uniformados del Nivel Ejecutivo en servicio activo, sin discriminar entre homologados o vinculados directamente, de acreditar 20 y 25 años de servicio, según la modalidad de retiro, para acceder a la asignación de retiro.
6. Que si bien el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, fue anulado por el Consejo de Estado, mediante fallo de 12 de abril de 2012, dicha providencia sólo cobija a los miembros del Nivel Ejecutivo que siendo Suboficiales o Agentes fueron homologados a este Nivel, más no a los uniformados que ingresaron directamente.
7. El Ministerio de Defensa Nacional aduce, que el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, ahora demandado, fue expedido precisamente para dar cumplimiento al citado fallo del 12 de abril de 2012, por lo que el artículo

1º del Decreto Reglamentario enjuiciado, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, conservó al personal homologado, los requisitos de tiempo de servicios que están contemplados en las normas vigentes a la fecha de expedición de la Ley 923 de 2004, que eran los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, requisitos que como hemos visto se concretan en la exigencia de 15 y 20 años de servicio, según la modalidad de retiro. Mientras que para el personal del Nivel Ejecutivo que ha venido ingresando directamente, de conformidad con lo dispuesto, en el artículo 2º suspendido, se le mantuvo dicha exigencia en 20 y 25 años, como quiera que nunca han estado regidos por los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, sino por los Decretos 1029 de 1994, 1091 de 1995 y 2070 de 2003.

8. Expresa, que el razonar del auto suplicado es errado, porque los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990 no son aplicables al personal del Nivel Ejecutivo incorporado directamente, debido a que para 1990 no se había creado dicho escalafón, por lo que al haberse declarados nulos y/o inexecutable los apartes pertinentes de los Decretos Ley 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, según la reseña realizada, lo procedente es “*tomar como punto de partida*” el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, expedido precisamente para regular los relacionado con el régimen pensional y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo.

VI. OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE AL RECURSO DE SÚPLICA.-

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, la Secretaría de la Sección Segunda fijó en lista²³ el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional. En el término legal el actor presentó memorial²⁴ oponiéndose a la prosperidad del recurso

²³ Folio 196 del cuaderno de medidas cautelares.

²⁴ Folios 197 a 198 del cuaderno de medidas cautelares.

incoado por la entidad demandada, argumentando, en suma, todos y cada uno de los argumentos de su libelo demandatorio.

En efecto, reiteró el argumentó según el cual, el decreto impugnado es vulneratorio del artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política, norma según la cual, corresponde al Congreso “*dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para (...) fijar el régimen salarial y prestacional de los (...) miembros de la Fuerza Pública*”. Insistió en que a través del artículo 2º del citado Decreto Reglamentario, el Gobierno estableció el régimen pensional del personal que ingresó directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional hasta el 31 de diciembre de 2004, regulando, entre otros temas, lo concerniente al requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, fijando en 20 años dicho requisito cuando el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica, y en 25 años, cuando sean retirados por solicitud propia o por destitución; lo cual trasgrede, en su criterio, el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley 923 de 2004, que señala expresamente, 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 (...) un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta ley...*”²⁵.

Explica nuevamente, que a la fecha de expedición de la Ley 923 de 2004²⁶, las normas vigentes respecto de este preciso tópico de los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, eran los Decretos Ley 1212²⁷

²⁵ Esta prohibición contenida en el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley 923 de 2004, de aumentar el requisito de tiempo de servicio para que los uniformados activos en ese momento puedan acceder a la asignación de retiro, se constituye en un límite material a la facultad que dicha ley concede al Gobierno para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

²⁶ 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.

²⁷ Por el cual se reforma el estatuto del personal y Suboficiales de la Policía Nacional.

y 1213²⁸ de 1990²⁹, los cuales, para efectos de acceder a dicha prestación, exigían un tiempo de servicio menor al requerido por el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, pues, mientras este último exige 20 y 25, años según las modalidades de retiro anotadas, aquellos contemplan como requisito periodos de tiempo de servicio de 15 y 20 años, respectivamente³⁰.

Repite, que si bien con posterioridad a los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990 el Gobierno Nacional expidió otras normatividades para regular lo relacionado con las asignaciones de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo, una de ellas, el Decreto Ley 2070 de 2003³¹, fue declarado inexecutable mediante sentencia C-432 de 2004, y las otras dos fueron anuladas por el Consejo de Estado, tales como el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995³², declarado nulo³³ mediante sentencia de 14 de febrero de 2007³⁴, y el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004³⁵, que fue anulado mediante sentencia de 12

²⁸ Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

²⁹ Explica el actor que: *“La norma vigente a esa fecha (30 de diciembre de 2004) era el Decreto 1091 de 1995, que en su artículo 51 regulaba el régimen de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, artículo que fue declarado nulo mediante providencia del Consejo de Estado, lo que significa que en materia de asignación de retiro para este personal sin distinción (de homologación o incorporación directa al Nivel Ejecutivo), por vacío normativo son los Decretos 1212 y 1213 de 1990. Y, en el evento que no lo fueran, pues, sencillamente no existía una norma aplicable puntualmente para el caso del Nivel Ejecutivo de incorporación directa, porque las declaratorias de nulidad tiene efectos ex tunc (desde siempre) y en ese orden de ideas no se podría predicar que los tiempos para asignación de retiro fueran entre 20 y 25, sino de 15 y 20 años como lo dice el Decreto 12 de 1990, por elemental derecho a la igualdad frente a los oficiales, suboficiales y agentes, que oscilaba entre los 15 y los 20 años.”.*

³⁰ En el Decreto 1212 de 1990, los requisitos para el reconocimiento de la Asignación de retiro están contemplados en el artículo 144, mientras que en el Decreto 1213 de 1990, hay que acudir al artículo 104.

³¹ Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares.

³² 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.

³³ Aclara el demandante que: *“esta decisión, sin más, condujo a que en materia de asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo sin importar si eran homologados o de incorporación directa, aplicara lo establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, debido al vacío normativo que debía ser suplido, cuyos máximos de tiempo para acceder a la asignación de retiro era de 15 y 20 años. Ello demandaba que una nueva norma se expidiera para regular la asignación de retiro de la Fuerza Pública y particularmente de la Policía Nacional, debía respetar, como lo manda la Constitución Política, un régimen de transición que partiera del mínimo de 15 años y del máximo de 20 años.”.*

³⁴ Exp. No. 11001032500020040010901 - 1240-04, con ponencia del Dr. Arango Mantilla.

³⁵ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

de abril de 2012³⁶, por lo que las normas que regulaban lo concerniente a la asignación de retiro, vigentes al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004, son los mencionados Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990³⁷.

Vuelve a señalar, que de conformidad con los artículo 217³⁸ y 218³⁹ de la Constitución Política, el régimen de carrera de la Fuerza Pública es de naturaleza especial y solo puede ser determinado mediante ley, por lo que el Gobierno Nacional no es el competente para reglar ningún aspecto de dicho régimen, y en esa medida no tenía facultad alguna para incrementar, a través del Decreto enjuiciado, el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro exigido a quienes fueron incorporados directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 31 de diciembre de 2004.⁴⁰

Anota finalmente, que al Decreto 1858 de 2012 le es aplicable la figura del decaimiento dada la declaratoria de nulidad del parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Atendiendo a los argumentos expuestos por el Ministerio de Defensa Nacional en el recurso de súplica, así como los motivos de oposición a ese

³⁶ Exp. No. 110010325000200600016 00, con ponencia del Dr. Vargas Rincón.

³⁷ En apoyo de esta tesis el actor señala: “*Mediante la Ley 180 de 1995, artículo 7º, numeral 1º, al Presidente de la República se le otorgaron facultades extraordinarias para desarrollar la carrera del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. En tal virtud se profirió el Decreto Ley 132 de 13 de enero de 1995, por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. En dicho decreto ley no se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional de incorporación directa, existiendo hasta ese entonces un vacío jurídico desde el mes de enero hasta junio de 1995, que se suplía con las normas que aplicaban para el personal de suboficiales y agentes, es decir, el Decreto 1212 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional, y el Decreto 1213 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional. Estos Decretos establecen 15 y 20 años para acceder a la asignación de retiro por cualquiera de las causales allí previstas. Fue con el Decreto 1091 de 1995, que el Gobierno Nacional expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.*”.

³⁸ Artículo 217 de la Constitución Política de 1991. (...). La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

³⁹ Artículo 218 de la Constitución Política de 1991. La ley organizará el cuerpo de Policía. (...). La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

⁴⁰ Al respecto anotó el demandante: “*definir el régimen de pensión y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no es un aspecto técnico u operativo que pueda olímpicamente regularse por un Ministro, sino un asunto sometido a reserva de ley.*”.

mecanismo de impugnación aducidos por la parte actora, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: **(i)** procedencia del recurso de súplica; **(ii)** requisitos de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo; y, **(iii)** resolución del recurso de súplica.

7.1. Procedencia del recurso de súplica.-

El artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, prevé lo siguiente:

“El recurso de súplica procede contra autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

Este recurso deberá interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la secretaría por 2 días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el secretario pasará el expediente al despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno.”.

Analizando los citados presupuestos en el caso objeto de estudio, encuentra la Sala que:

- (i)** El Auto de 14 de julio de 2014 es suplicable, en la medida en que fue proferido por el Ponente dentro de un proceso de única instancia con el objeto de decretar una medida cautelar y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 236 y 243.2 de la Ley 1437 de 2011, esa decisión es apelable por su naturaleza e, incluso, de manera expresa la primera disposición señala contempla la procedencia del recurso de súplica;
- (ii)** Se interpuso en el término legal, según el informe de Secretaría de la Sección Segunda obrante dentro del expediente;
- (iii)** La parte interesada, expuso las razones en que se funda;
- (iv)** Se corrió el respectivo traslado a la parte actora; y, de otro lado,

- (v) La decisión se adopta por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con exclusión del Magistrado Ponente que profirió la decisión suplicada.

Entonces, habiéndose determinado la procedencia del recurso de súplica incoado por el Ministerio de Defensa Nacional contra el Auto de 14 de julio de 2014, procede la Sala a estudiar los requisitos de la medida cautelar de Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo.

7.2. De la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo.-

Establece el artículo 229, inciso 1, de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que:

“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 considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”.

Ahora bien, sobre el “contenido y alcance de las medidas cautelares”, dispone el artículo 230 ibídem, que éstas:

*“... podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o **de suspensión**, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.”.* (Negrillas nuestras).

Por otra parte, en lo que tiene que ver con los requisitos para decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, el artículo 231 *ejusdem* estipula, que:

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la **suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.”.* (Negrillas fuera de texto).

De acuerdo con las normas trascritas, la medida cautelar negativa de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procederá siempre y cuando pueda comprobarse la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud de la medida, y tal violación puede surgir: **i)** de la confrontación del acto administrativo demandado con las normas superiores señaladas como violadas y/o en las que el acto debía fundarse, o, **ii)** del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En varias ocasiones, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la manera como la Ley 1437 de 2011 introdujo una reforma sustancial al regular la institución de la suspensión provisional, precisando la Corporación, que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 esta cautela sólo procedía cuando se evidenciase una “*manifiesta infracción*”⁴¹ de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011, la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional, al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie.⁴²

Entonces, para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando, la Ley 1437 de 2011, artículo 231, establece la exigencia de acreditarse la violación de las normas superiores, cuando

⁴¹ **ARTÍCULO 152.** El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.
3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

⁴² Al respecto pueden consultarse, entre otros, los autos de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066), y de 13 de mayo de 2014, emitido dentro del expediente 11001-03-15-000-2014-03799-00, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas.

tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Este análisis inicial permite abordar el objeto del proceso, la discusión de ilegalidad en la que se enfoca la demanda, pero con base en una aprehensión sumaria, propia de una instancia en la que las partes aún no han ejercido a plenitud su derecho a la defensa, por lo que su resolución parte de un conocimiento sumario y de un estudio que, si bien permite efectuar interpretaciones normativas o valoraciones iniciales, no sujeta la decisión final.

En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera cuidadosa su estudio, **analizando** inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio **surja** el quebrantamiento invocado.

En suma, si bien la regulación de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, prevista en la Ley 1437 de 2011, le confiere al juez un margen de estudio más amplio del que preveía la legislación anterior sobre la materia, no puede perderse de vista que la contradicción y el análisis entre las normas invocadas y el acto administrativo exige, entonces, que luego de un estudio de legalidad inicial, juicioso y serio, se pueda arribar a la conclusión de que el acto contradice la norma superior invocada, exigiendo, se insiste, la rigurosidad del Juez en su estudio, con fundamento en el análisis del acto o las pruebas allegadas con la solicitud.

Por último, no está de más que el Despacho precise, que en las demás medidas contempladas en el artículo 230 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, distintas de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, se deberán atender para su análisis los criterios de *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, la ponderación

de intereses⁴³, y será el Juez en su análisis y valoración de la situación propia de cada caso quien establezca los pesos argumentativos de los mismos en la decisión que adopte.

7.3. Resolución del recurso de súplica.-

Con miras a resolver el medio impugnatorio de súplica, la Sala acudirá al recurso metodológico de plantear el siguiente:

7.3.1. Problema Jurídico.-

El cual consiste en determinar, si el requisito de tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro, exigido por el artículo 2º del Decreto

⁴³ **Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurran los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Reglamentario 1858 de 2012, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a los miembros del Nivel Ejecutivo que ingresaron directamente antes del 31 de diciembre de 2004, ¿constituye una trasgresión al límite material impuesto por el artículo 3, numeral 3.1, inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, como se señala en la demanda y en el auto suplicado?.

Con el objeto de resolver este cuestionamiento se hace necesario realizar las siguientes precisiones:

7.3.2. De la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional.-

El primer intento de crear el Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional se dio con ocasión de la Ley 62 de 1993⁴⁴, cuyo artículo 35 facultó al Gobierno para *"modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional"*. En desarrollo de tal atribución, el Gobierno expidió el Decreto Ley 041 de 1994⁴⁵, a través del cual creó, dentro de la Policía Nacional, el Nivel Ejecutivo, distinto al de Oficiales, Suboficiales y Agentes.

Sin embargo, el Decreto Ley 041 de 1994, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-417 de 1994, desapareciendo entonces temporalmente de la estructura de la Policía Nacional, el Nivel Ejecutivo. Consideró la Corte en la mencionada sentencia, que el Gobierno se extralimitó al desarrollar las atribuciones otorgadas en el numeral 1º del artículo 35 de la Ley 62 de 1993, porque dicha ley no lo había autorizado expresamente para crear una tercera categoría dentro de la Policía Nacional, denominada Nivel Ejecutivo.

⁴⁴ Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.

⁴⁵ Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones.

En vista de lo anterior, la Ley 180 de 1995⁴⁶, de manera expresa en su artículo 7º, confirió precisas facultades al Presidente de la República para **“desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo (...) a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, Personal no Uniformado y de incorporación directa.”** Y en uso de dicha facultad, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 132 de 1995, **“por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.”**

En el año 2000, el Gobierno consideró necesario actualizar la normatividad que regulaba la carrera profesional del Nivel Ejecutivo contenida en el Decreto 132 de 1995, reglamentario de la Ley 180 de 1995, y por tal razón solicitó al legislativo facultades extraordinarias para tales efectos⁴⁷, por lo que a través de la Ley 578 de 2000⁴⁸, el Congreso de la República dispuso **“revestir al Presidente de la República, de precisas facultades extraordinarias (...) para expedir”**, entre otras, **“las normas de carrera**

⁴⁶ por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes.

⁴⁷ En la Gaceta No. 140 de 1999, se lee que el Ministro de Defensa de la época, General Fernando Tapias Stahelin, adujo la siguiente exposición de motivos para solicitar las facultades extraordinarias: *“El propósito de conseguir la paz en que está comprometido el Estado colombiano, demanda la transformación de algunas instituciones, entre ellas, las Fuerzas Militares, a fin de armonizarlas con los cambios que requiere el país entero para que los ciudadanos tengan una adecuada y eficaz satisfacción de sus necesidades fundamentales, tales como: la seguridad y defensa. (...) La iniciativa de reforma y reestructuración nace de las entrañas mismas de las Fuerzas Militares, quienes, conscientes de su papel en la vida nacional, han hecho un diagnóstico de su situación actual, concluyendo que su cambio debe tender hacia el fortalecimiento institucional, con hombres y mujeres mejor preparados, con respaldo legal acorde a su misión y funciones, desarrollados con ética y liderazgo. (...) En este proceso se han recogido las iniciativas de la sociedad en general y particularmente, de la Rama Legislativa del Poder Público, con su participación en la Comisión Intersectorial creada por el Gobierno Nacional para el efecto. (...) Conocedor del amplio conocimiento y sentido de comprensión y colaboración que los honorables Congresistas tienen de nuestras necesidades legislativas para el **proceso de modernización** y reestructuración, me permito someter a su ilustrada consideración el presente proyecto de ley. (...) Algunos de los requerimientos básicos de orden legal de las Fuerzas Militares se suplen con la adecuación de sus Estatutos de Carrera, de Régimen Disciplinario, de Evaluación y Clasificación, de Capacidad Sico-física, incapacidades, invalideces e indemnizaciones y Carrera del Soldado Profesional. (...) Estos aspectos son de la esencia misma de la formación y desempeño de los hombres y mujeres de las Fuerzas Militares. La especialidad, complejidad y urgencia de dar solución a estos importantes asuntos, determinan la necesidad de adoptar las normas legales que los regirán y para ello se propone revestir al Gobierno Nacional de las facultades extraordinarias que regula el artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 10, para cuyo ejercicio se solicita la colaboración del poder legislativo.”*

⁴⁸ Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional.

profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, facultad de la cual el Gobierno hizo uso a través del Decreto Ley 1791 de 2000, “por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”.

En ese orden, tenemos que la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo fue creada en un primer momento por el Decreto Ley 041 de 1994, el cual fue declarado inexecutable por la sentencia C-417 de 1994, por lo que dicha carrera profesional fue nuevamente creada al interior de la Policía Nacional por mandato de la Ley 180 de 1995 y su Decreto Reglamentario 132 del mismo año, normas que posteriormente fueron actualizadas, por la Ley 578 de 2000 y el Decreto Ley 1791 de 2000.

7.3.3. De la especial protección consagrada por la Ley 180 de 1995 en beneficio de los Suboficiales y Agentes que voluntariamente ingresaron al Nivel Ejecutivo.-

El artículo 7º de la citada norma dispuso:

“De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias hasta por el término de 90 días contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

- 1.** *Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, Personal no Uniformado y de incorporación directa.*

- 2.** *(...).*

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.”*

(Destaca la Sala).

Como puede apreciarse, la ley que en 1995 facultó al Gobierno para crear la carrera profesional del Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional, precisó que dicha categoría policial estaría integrada: **i)** por el personal no uniformado, destinado a labores administrativas; **ii)** por el personal uniformado que ingresara por vez primera a la institución, a quienes llamó de “incorporación directa”; y **iii)** por los Suboficiales y Agentes que

voluntariamente solicitasen el ingreso al nuevo Nivel, a quienes posteriormente se les llamó personal homologado.

Respecto de estos últimos, es decir, Suboficiales y Agentes que, estando activos en la Policía Nacional, voluntariamente se trasladaron al Nivel Ejecutivo luego de su creación, el parágrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995 estableció de manera expresa una protección especial, consistente en que no serían discriminados ni desmejorados en ningún aspecto, incluido como es obvio el asunto prestacional y de asignación de retiro.

En virtud de esta especial protección consagrada a favor del personal de Suboficiales y Agentes homologados al Nivel Ejecutivo, las normas que posteriormente se expidieron para regular, entre otras, el régimen de asignación de retiro de dicho escalafón, no podían hacer más gravosos los requisitos exigidos a dicho grupo de uniformados, precisando la Sala, que el régimen de asignación de retiro de los Suboficiales y Agentes, para ese entonces, estaba regulado por los Decretos Ley 1212⁴⁹ y 1213⁵⁰ de 1990, cuyos artículos 144⁵¹ y 104⁵², respectivamente, para efectos de acceder a

⁴⁹ Por el cual se reforma el estatuto del personal y Suboficiales de la Policía Nacional.

⁵⁰ Por el cual se reforma el estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional.

⁵¹ **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 **15 años**, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de 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 **20 años** de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 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 50% del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los 15 primeros años de servicio y un 4% más por cada año que exceda a los 15, sin que el total sobrepase del 85% de los haberes de actividad.

⁵² **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 **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 **20 años** de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 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 50% del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los 15 primeros años de servicio y un 4% más por cada año que exceda de los 15 sin que el total sobrepase del 85% de los haberes de actividad.

dicha prestación, exigían un tiempo de servicio, según las modalidades de retiro anotadas, de **15 y 20 años**.

7.3.4. Del régimen pensional y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.-

En párrafos precedentes se describieron de manera sucinta los estatutos que crearon y reglamentan la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, así mismo, se precisó como la Ley 180 de 1995, en el párrafo de su artículo 7º, estableció una especial protección para el personal de Suboficiales y Agentes homologado a dicho Nivel, consistente en la prohibición de desmejorarlos en ningún aspecto. A continuación la Sala revisará la normatividad que ha regulado el régimen pensional y de asignación de retiro del personal uniformado que ha integrado esta carrera profesional denominada Nivel Ejecutivo:

i) Decreto Reglamentario 1029 de 1994.

Con ocasión de la creación del Nivel Ejecutivo por el Decreto Ley 041 de 1994, el Gobierno expidió, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992⁵³, el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, *“Por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.”*.

Respecto del requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, señaló en su artículo 53⁵⁴, sin hacer distinción entre el personal incorporado

⁵³ 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 los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁵⁴ **Artículo 53.- 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 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 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 51 de este decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas, en las siguientes condiciones:

directamente y el homologado, que sería de **20 años** cuando el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General, por disminución de la capacidad psicofísica, por destitución o por haber sido condenado con pena principal de arresto, y en **25 años**, cuando sean retirados por solicitud propia, por incapacidad profesional, por inasistencia injustificada al servicio por más de 10 días, por haber cumplido 65 años los hombres y 60 las mujeres, por conducta deficiente o por destitución.

La cuestión relativa a la vigencia del Decreto Reglamentario 1029 de 1994, fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-613 de 1996⁵⁵, pues, habiendo desaparecido momentáneamente de la Policía Nacional el Nivel Ejecutivo, como arriba se expuso, debido a la declaratoria de inexequibilidad del decreto ley que lo creó, o sea el 041 de 1994, era válido preguntarse por la vigencia de la norma que reglamentó el régimen prestacional y de asignación de retiro de dicha carrera policial denominada Nivel Ejecutivo.

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

- Llamamiento a calificar servicio.
- Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
- Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad policial.
- Por destitución.
- Por haber sido condenado por la pena principal de arresto o prisión y separado, en las condiciones establecidas en los artículos 87 y 88 del decreto 41 de 1994.

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

- Por solicitud propia.
- Por incapacidad profesional.
- Por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada.
- Por haber cumplido 65 años de edad los hombres y 60 años de edad las mujeres.
- Por conducta deficiente.
- Por destitución.
- Por haber sido condenado a la pena principal de arresto o prisión y separado, en las condiciones establecidas en los artículos 87 y 88 del Decreto 41 de 1994.

⁵⁵ La cual resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 48 y 94 del Decreto-Ley 3072 de 1968, *"Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"*; los artículos 54 y 113 del Decreto-Ley 613 de 1977, *"Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"*; los artículos 82, 135 y 152 del Decreto-Ley 2062 de 1984, *"Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"*; el artículo 149 del Decreto-Ley 096 de 1989, *"Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"*; el artículo 107 del Decreto-Ley 097 de 1989, *"Por el cual se reforma el Estatuto de Agentes de la Policía Nacional"*; el artículo 150 del Decreto-Ley 1212 de 1990, *"Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"* y el artículo 109 del Decreto-Ley 1213 de 1990, *"Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional"*.

Al respecto, en la sentencia C-613 de 1996, se hicieron las siguientes consideraciones:

“Pese a que el Decreto 1029 de 1994, es reglamentario de la Ley 4ª de 1992, y no tiene el rango de los decretos leyes que la Corte puede conocer, en el presente caso se hace necesario estudiar la vigencia del mismo como condición de posibilidad del juicio de constitucionalidad de las normas demandadas.

(...)

*En la sentencia C-417 de 1994, la Corte encontró que el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 62 de 1993, no había otorgado al Presidente la facultad de crear un nivel distinto al de oficiales, suboficiales y agentes dentro de la Policía Nacional y, por lo tanto, declaró inexecutable las expresiones "personal del nivel ejecutivo", del Decreto Ley 41 de 1994. En tal sentido, podría afirmarse que el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, a través del cual se regulaba el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, **resulta inaplicable**, como quiera que a la luz de la sentencia C-417 de 1994, el "nivel ejecutivo" habría desaparecido.*

(...)

De otro lado, el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, fue expedido en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 y, por lo tanto, nada obsta para que dentro de su articulado se contemple una reforma al régimen de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, pese a que la materia dominante del mismo fuera la integración del régimen salarial y prestacional del "nivel ejecutivo" de la misma institución.

*En definitiva, **la declaración de inexecutable del Decreto Ley 41 de 1994, no afectó la vigencia del artículo 111 del Decreto Reglamentario 1029 de 1994.***

En suma, dijo la Corte Constitucional en la sentencia arriba transcrita, que el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, que en su momento reglamentó el régimen pensional y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, **“resulta inaplicable”**, toda vez que dicha carrera profesional temporalmente había desaparecido con ocasión de la declaratoria de inexecutable del decreto ley que lo creó.

ii) Decreto Reglamentario 1091 de 1995.

Como viene dicho, luego de la inexecutable del Decreto Ley 041 de 1994, la carrera profesional del Nivel Ejecutivo volvió a ser creada por la Ley 180 de 1995 y su Decreto Reglamentario 132 de 1995,

por lo que para efectos de establecer el régimen pensional y de asignación de retiro de sus miembros, el Gobierno expidió, otra vez en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Decreto Reglamentario 1091 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.”*

En lo que tiene que ver con el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, el artículo 51⁵⁶ del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, al igual que el 53 del Decreto Reglamentario 1029 de 1994, sin hacer distinción entre el personal incorporado directamente y el homologado, estableció que sería de **20 años** cuando el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General, por disminución de la capacidad psicofísica o por haber cumplido 65 años los hombres y 60 las mujeres, y en **25 años**, cuando sean retirados por solicitud propia, por incapacidad profesional, por inasistencia injustificada al servicio por más de 5 días, por conducta deficiente, por detención preventiva que exceda 180 días o por destitución.

Se precisa, que el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, que regulaba lo relacionado con la asignación de retiro para

⁵⁶ **ARTÍCULO 51.** El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los 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 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas, en las siguientes condiciones:

a) Al cumplir 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 65 años de edad los hombres y 60 años de edad las mujeres.

b) Al cumplir 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 5 días sin causa justificada.
4. Por conducta deficiente.
5. Por destitución.
6. Por detención preventiva que exceda de 180 días.
7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995.

(...).

los miembros del Nivel Ejecutivo fue anulado por el Consejo de Estado a través de sentencia de 4 de febrero de 2007⁵⁷.

En esa oportunidad, el Consejo de Estado argumentó⁵⁸, que la materia reglamentada, es decir, la asignación de retiro, es de reserva de ley marco, por lo que no podía ser regulada mediante decreto reglamentario, y además expuso la Corporación, que el Gobierno no respetó la especial protección que el parágrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995 estableció para el personal homologado, pues, desmejoró su situación prestacional, al aumentar el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro.

iii) Decreto Ley 2070 de 2003.

El artículo 17 de la Ley 797 de 2003⁵⁹, otorgó facultades extraordinarias⁶⁰ al Presidente de la República, entre otras, para

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

⁵⁸ Los argumentos de la demanda de nulidad básicamente fueron: **i)** Que si bien el artículo 7º de la Ley 180 de 1995, facultó al Gobierno para crear el Nivel Ejecutivo, permitiendo el ingreso a dicho escalafón a quien ya se encontraban vinculados a la Policía Nacional como Suboficiales y Agentes, dicha norma previó un régimen de transición para garantizar a estos últimos mantener las condiciones prestacionales. **ii)** Que el establecimiento del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es de competencia exclusiva del legislador, a través de ley marco.

⁵⁹ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

⁶⁰ En la Gaceta No. 428 de 2002, se lee que el Gobierno adujo la siguiente exposición de motivos para solicitar las facultades extraordinarias: *“El sistema no es solidario ni equitativo, por la presencia de regímenes especiales y exceptuados que permiten que una gran minoría disfrute de unos derechos pensionales diferentes a los que tiene el resto de la población Colombiana. Mientras que los afiliados provenientes de estos sistemas representan solo el 11% del total de los afiliados al régimen, los pasivos pensionales del Fondo de las Fuerzas Militares y Policía y del Magisterio, equivalen al 30% del déficit pensional de la Nación. (...). Hasta hoy, las pensiones del Presidente de la República, los congresistas, los Magistrados de las Altas Cortes, los miembros de la Fuerza Pública, los trabajadores de Ecopetrol y los docentes públicos, han tenido unos parámetros diferentes a los que rigen para la generalidad de los Colombianos, bien sea por estar exceptuados del régimen general o por estar sujetos a un régimen de transición especial. El Presidente de la República ha expresado que renunciará a estos beneficios, así mismo los congresistas que apoyaron su candidatura, están dispuestos a renunciar a los privilegios de su régimen especial de transición, en aras de un Estado más solidario y equitativo. (...). Se solicitan facultades extraordinarias igualmente para modificar el régimen de pensiones de las fuerzas militares y la policía nacional. En momentos como los que vive la Nación, un principio básico de solidaridad y equidad, es renunciar a los privilegios pensionales que durante tantos años han tenido y que los diferencian del resto de los colombianos. (...).”*

“expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía”, facultad en virtud de la cual el Gobierno expidió el Decreto Ley 2070 de 2003, “por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

En torno al requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, el artículo 25⁶¹ del Decreto Ley 2070 de 2003, así como los artículos 53 del Decreto Reglamentario 1029 de 1994 y 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, estableció, sin hacer distinción entre el personal incorporado directamente y el homologado, que sería de **20 años** cuando el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica, y en **25 años**, cuando sean retirados por solicitud propia o por destitución.

El Decreto Ley 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por sentencia C-432 de 2004, argumentando la Corte Constitucional para ello, que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política, el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de decreto con fuerza de ley.

⁶¹ **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 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 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 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:

(...)

Parágrafo 1º. 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 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 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 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

(...).

Merece ser traído a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en la citada sentencia, en la que adujo:

“... la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta”⁶².

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.”. (Destaca la Sala).

iv) Ley Marco 923 de 2004.

La declaratoria de inexequibilidad del Decreto Ley 2070 de 2003, motivó⁶³ que el Gobierno Nacional, en uso de la iniciativa legislativa que le confiere el artículo 154 de la Constitución Política, promoviera

⁶² T-024A de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶³ En la Gaceta No. 386 de 2004, se lee que el Gobierno adujo la siguiente exposición de motivos para solicitar las facultades extraordinarias: “La Constitución Política de 1991 en su título séptimo, capítulo séptimo, establece que los miembros de la Fuerza Pública detentarán un régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que les es propio, siendo así como el Gobierno Nacional, en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República expidió el Decreto Ley 270 de 2003, ‘por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional’, el cual recogía en gran parte los instrumentos necesarios para garantizar un mínimo de derechos prestacionales, para el personal de la Fuerza Pública, acorde con lo establecido en la norma suprema; decreto que mediante sentencia C-432 de 2004 fue declarado inexequible (...), dejando a partir de ese momento sin piso jurídico el otorgamiento de pensión de invalidez o sustitución de la misma, pensión de sobrevivientes y asignación de retiro, a los miembros de la Fuerza Pública, considerando por esto de imperiosa necesidad regular lo concerniente a las normas, criterios y objetivos que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden de ideas, y como consecuencia del pronunciamiento de la Corte Constitucional, se requiere la expedición de una ley marco, que fije el mínimo de garantías pensionales para el personal de la Fuerza Pública”.

ante el Congreso de la República la expedición de la Ley Marco 923 de 2004, *“mediante la cual se señalan 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...”*, cuyo artículo 3 reguló lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en general, incluidos los del Nivel Ejecutivo, de la siguiente manera:

“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:* (Subraya la Sala).

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. (Subraya la Sala).

Con la expedición de esta ley marco, a iniciativa del Gobierno Nacional, se subsanó la falencia advertida por la sentencia C-432 de 2004 que declaró la inexecutable del Decreto Ley 2070 de 2003, y por el fallo del Consejo de Estado de 4 de febrero de 2007⁶⁴ que anuló el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, providencias que al unísono señalaron que el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de decreto con fuerza de ley.

⁶⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

En efecto, en ejercicio del poder de libertad de configuración legislativa, otorgado por el artículo 150 de la Constitución Política, la Ley Marco 923 de 2004, través del artículo 3º arriba transcrito, establece de manera detallada los “elementos mínimos” a tener en cuenta por el Gobierno Nacional para efectos de reglamentar el régimen de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en general, incluidos los del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

En ejercicio de su libertad de configurar las leyes, el legislador en la Ley Marco 923 de 2004, estableció que para efectos de fijar el régimen de asignación de retiro de quienes se vinculasen a partir de ese momento, el Gobierno Nacional debe tener en cuenta el siguiente marco:

“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.”.

Mientras que respecto de los uniformados de la Fuerza Pública que se encontraban activos al momento de entrar en vigencia la Ley Marco, la citada disposición señaló una especie de régimen de transición o especial protección, 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.”.

v) Decreto Reglamentario 4433 de 2004.

En desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.*

En torno al requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, el artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, estableció lo siguiente:

“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 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 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 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:

(...)

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 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 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 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 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas.”.* (Subraya la Sala).

Tenemos entonces, que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, expedido en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, exigió en su artículo 25, un tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro, tanto para el personal de uniformados que se incorporase al Nivel Ejecutivo a partir de ese entonces, como al personal de uniformados que ya se encontraba activo.

Tal proceder desconoció el régimen de transición previsto en el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, según el cual, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, al personal de uniformados que en ese momento estuviere activo, no

se les podía exigir un tiempo de servicio superior al consagrado en las normas vigentes.

Pero además, el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, tampoco tuvo en cuenta que en ese momento, el personal uniformado activo del Nivel Ejecutivo estaba compuesto por dos categorías: los incorporados directamente y los homologados, últimos estos que por orden de la Ley 180 de 1995, no podían ser desmejorados.

Fue por ello que el parágrafo 2º del artículo 25, del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, que regulaba lo relacionado con la asignación de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, fue anulado por el Consejo de Estado a través de sentencia de 12 de abril de 2012⁶⁵.

Se argumentó en dicha providencia⁶⁶, que al no diferenciar la norma entre quienes ingresaron por vez primera al Nivel Ejecutivo al momento de su creación, respecto de los que ingresaron en virtud del proceso de homologación, no se respetó la especial protección que el parágrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995 y el numeral 3.1., inciso 2, del artículo 3º de la Ley Marco 923 de 2004, establecieron para estos últimos, y en esa medida, la norma acusada

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Expediente No. 0290-06 (1074-07), Radicación: 110010325000200600016 00.

⁶⁶ Los argumentos de la demanda de nulidad fueron los siguientes: **i)** Que el Gobierno no contaba con la facultad para establecer uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de una asignación de retiro, esto es, el tiempo de servicio, a favor de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, porque dicha competencia le está atribuida al legislador mediante la expedición de una ley marco. **ii)** Que antes de expedirse el Decreto 4433 de 2004, las normas vigentes, en materia de reconocimiento de asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares y de Policía, eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990 en los cuales se exigía como tiempo de servicio para dicho reconocimiento 15 años razón por la cual, al incrementar el tiempo de servicio a 20 años se desconoció la prohibición establecida en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, en cuanto no podía modificar y aumentar el referido tiempo en desmedro de los derechos y prerrogativas laborales de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía. **iii)** Que en el numeral 3.9 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 se estableció la necesidad de crear un régimen de transición a través del cual se reconocieran las expectativas legítimas de quienes se encontraran próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.

desmejoró su situación prestacional, al aumentar el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro.

vi) Decreto Reglamentario 1858 de 2012.

En cumplimiento del mencionado fallo del Consejo de Estado de 12 de abril de 2012, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 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”*, cuyo artículo 1º regula lo relacionado con la asignación de retiro del personal homologado, es decir Suboficiales y Agentes que se incorporaron al Nivel Ejecutivo, conservándoles el requisito de tiempo de servicio exigido en los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990, o sea, 15 y 20 años de servicio, según la modalidad de retiro.

Mientras que el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, reglamenta lo atinente a la asignación de retiro del personal incorporado directamente, es decir, quienes han ingresado por vez primera a la institución policial a la carrera profesional del Nivel Ejecutivo, manteniendo para este grupo de uniformados, el requisito de tiempo de servicio de 20 y 25 años, que siempre han consagrado las normas que les han sido aplicables: Decreto Reglamentario 1029 de 1994, Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y Decreto Ley 2070 de 2003.

Hechas las anteriores precisiones sobre los desarrollos normativos y reglamentarios realizados por el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, para regular la carrera profesional del Nivel Ejecutivo y su régimen pensional y de asignación de retiro, procede la Sala a estudiar en qué consiste el límite material contenido en el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, que es el que el actor y el auto suplicado consideran trasgredido por el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012.

De lo expuesto, quiere la Sala antes de continuar, dejar sentadas las siguientes premisas:

1. La Ley que crea el Nivel Ejecutivo, Ley 180 de 1995, artículo 7, párrafo, de manera expresa prohíbe desmejorar a los Suboficiales y Agentes que sean homologados a dicho Nivel.
2. Hasta el año 2004, el Gobierno había venido estableciendo el régimen de asignación de retiro del personal uniformado del Nivel Ejecutivo, a través de decretos reglamentarios y decretos ley, como los Decretos Reglamentarios 1029 de 1994 y 1091 de 1995, y el Decreto Ley 2070 de 2003.
3. Varios apartes normativos de estos decretos reglamentarios y decretos ley, fueron anulados por el Consejo de Estado y declarados inexecutable por la Corte Constitucional, toda vez que de conformidad con el artículo 150, numeral 19, literal e), el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de decreto con fuerza de ley, y además porque dichas reglamentaciones no respetaron la especial protección establecida por la Ley 180 de 1995 a favor del personal de uniformados homologado, esto es Suboficiales y Agentes, que voluntariamente se trasladaron al nuevo escalafón.
4. Con la expedición de la Ley 923 de 2004, se subsanó la falencia advertida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, consistente en la inexistencia de una ley marco que regulase el régimen de asignación de retiro del personal uniformado de la Fuerza Pública en general, incluido el del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.
5. La Ley Marco 923 de 2004, en desarrollo de la libertad de configuración legislativa que el artículo 150 constitucional le confiere al legislador, estableció los elementos mínimos a tener en cuenta por el Gobierno para reglamentar, entre otras, lo atinente a la asignación de retiro de los

miembros de la Fuerza Pública en general, incluido el del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que se vinculen a partir de la fecha de su promulgación, y también para el personal uniformado activo hasta ese entonces.

7.3.5. Del límite material de la facultad reglamentaria concedida al Gobierno Nacional en la Ley Marco 923 de 2004.-

Dispone el artículo 3º, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, lo siguiente:

“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.”.

La norma es clara en prohibir que a los miembros de la Fuerza Pública activos al momento de entrar en vigencia dicha ley, se les exija un tiempo de servicio superior al consagrado en las normas vigentes en ese momento, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

La primera claridad que hay que hacer al respecto, es sobre la vigencia de la Ley Marco 923 de 2004, de lo que se destaca que según el artículo 7º de la misma, ella “... *rige a partir de la fecha de su promulgación*”, la cual se efectuó en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004, momento a partir del cual se entiende que empezó a regir.

Por otra parte reitera la Sala, que el personal uniformado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional ha estado integrado por dos categorías de policías: i) por el personal uniformado que ingresó por vez primera a la carrera policial, a quienes se les llamó de “incorporación directa”; y iii) por los Suboficiales y Agentes que voluntariamente ingresaron al nuevo Nivel, a quienes se les llamó personal homologado.

Esta precisión es de la mayor importancia, puesto que el régimen de asignación de retiro de unos es diferente al de los otros, ya que por orden del párrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995 que crea el Nivel Ejecutivo, los Suboficiales y Agentes que ingresaron voluntariamente a dicha carrera policial, no podían ser desmejorados, y por ello, como para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, exigieron un tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro, al personal homologado se le tenía que respetar el régimen consagrado en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, cuyos artículos 144 y 104, respectivamente sólo exigen 15 y 20 años, dado que evidentemente este último les es más favorable.

Fue esa la razón por la cual, el Consejo de Estado mediante fallos de 4 de febrero de 2007⁶⁷ y 12 de abril de 2012⁶⁸, anuló el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, puesto que dichos apartes normativos al regular lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo, no diferenciaron entre el personal incorporado directamente y el homologado a dicha carrera profesional de la Policía Nacional,

⁶⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04). “... al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.”.

⁶⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Expediente No. 0290-06 (1074-07), Radicación: 110010325000200600016 00. “La norma acusada, párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas. (...). En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años. (...). Y tratándose de causales diferentes al retiro por solicitud propia, lo estableció en 20 y 25 años, cuando las normas anteriores habían establecido entre 15 y 20 años, tiempo de servicio que debía respetarse para quienes, de conformidad con lo ordenado en la Ley 923 de 2004, se encontraban en servicio activo al momento de la entrada en vigencia de la Ley, como ésta misma lo dispuso.”.

exigiéndoles a ambos un tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro.

Así las cosas, tenemos que a la fecha de entrar en vigencia la Ley Marco 923 de 2004, esto es 31 de diciembre de ese año, las disposiciones que regulaban lo relacionado con la asignación de retiro del personal uniformado del Nivel Ejecutivo eran las siguientes:

- i) **Al personal uniformado homologado**, es decir a los Suboficiales y Agentes que voluntariamente se trasladaron al Nivel Ejecutivo, les eran aplicables los artículos 144 y 104 de los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990⁶⁹, respectivamente, los cuales exigían un requisito de tiempo de servicio de 15 y 20 años, según la modalidad de retiro; y
- ii) **Al personal uniformado incorporado directamente**, les era aplicable el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, que exigía un requisito de tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro.⁷⁰

Entiende la Sala, que son estos los requisitos o “elementos mínimos” a que alude el artículo 3º, numeral 3.1., inciso 2º, de la Ley Marco 923 de 2004, para que sean tenidos en cuenta por el Gobierno Nacional al reglamentar o “fijar” lo concerniente a la asignación de retiro del personal de uniformados del Nivel Ejecutivo vinculado antes del 31 de diciembre de 2004. Elementos mínimos que no fueron observados por el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, pues, en su artículo 25, parágrafo 2º, se estableció, sin hacer distinción entre el personal del Nivel Ejecutivo incorporado directamente y el homologado, que quienes estuvieran activos a 31 de diciembre de 2004, se les exigiría para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, un tiempo de servicio de 20 y 25 años según la

⁶⁹ Que, se insiste, regulan, entre otros aspectos, los relacionados con la asignación de retiro del personal uniformado de Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.

⁷⁰ Téngase en cuenta, que para ese entonces, 31 de diciembre de 2004, el Decreto Ley 2070 de 2003 ya había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 2004.

modalidad de retiro; desconociendo que al personal homologado, al tener a su favor una especial protección consagrada en el párrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995⁷¹, que ordena que no sean desmejorados, no se les puede exigir más de 15 y 20 años, que es el requisito de tiempo de servicio contemplado en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990⁷², que consagran el régimen de asignación de retiro de los Suboficiales y los Agentes.

7.3.6. Antecedentes jurisprudenciales.-

- a. Sentencia de 14 de febrero de 2007, expediente No. 11001-03-25-000-2004-00109-01 (1240-04), M.P.: Alberto Arango Mantilla, Actor Ferney Enrique Camacho González.

Norma demandada	Artículo 51 ⁷³ del Decreto 1091 de 1995.
Argumentos de la demanda	Que si bien el artículo 7º de la Ley 180 de 1995, facultó al Gobierno para crear el Nivel Ejecutivo, permitiendo el ingreso a dicho escalafón a quien ya se encontraban vinculados a la Policía Nacional como Suboficiales y Agentes, dicha norma previó un régimen de transición

⁷¹ por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes.

⁷² Por los cuales se establecen los estatutos del personal de Agentes, Suboficiales y Oficiales de la Policía Nacional.

⁷³ **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.

	para garantizar a estos últimos mantener las condiciones prestacionales. Que el establecimiento del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es de competencia exclusiva del legislador, a través de ley marco.
Ratio decidendi del fallo	
Se dijo en la providencia, que el Gobierno Nacional no podía regular prestaciones sociales, como la asignación de retiro, pues, esa es una tarea que el artículo 150, numeral 10 y 19, de la Constitución Política reservó al legislador, quien sólo puede ejercer dicha función a través de las llamadas leyes marco, quedándole al Gobierno únicamente la competencia para reglamentar los aspectos accidentales de dicho régimen, pero siempre teniendo en cuenta los límites que le fije el legislador en la respectiva ley marco. Y el segundo argumento del fallo, fue que <i>“... al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.”.</i> <i>“... 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.”.</i>	
Decisión	
<i>“Declárase la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, expedido por el Presidente de la República, por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante decreto 132 de 1995.”.</i>	

b. Sentencia de 12 de abril de 2012, expediente No. 11001-03-25-000-2006-00016-00 (0290-06 y 1074-07), M.P.: Alfonso Vargas Rincón, Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya.

Norma demandada	Parágrafo 2º ⁷⁴ del artículo 25 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 ⁷⁵
------------------------	--

⁷⁴ **Parágrafo 2º.** El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

⁷⁵ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Argumentos de la demanda	Que el Gobierno no contaba con la facultad para establecer uno de los requisitos exigidos para el reconocimiento de una asignación de retiro, esto es, el tiempo de servicio, a favor de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, porque dicha competencia le está atribuida al legislador mediante la expedición de una ley marco. Que antes de expedirse el Decreto 4433 de 2004, las normas vigentes, en materia de reconocimiento de asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares y de Policía, eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990 en los cuales se exigía como tiempo de servicio para dicho reconocimiento 15 años razón por la cual, al incrementar el tiempo de servicio a 20 años se desconoció la prohibición establecida en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, en cuanto no podía modificar y aumentar el referido tiempo en desmedro de los derechos y prerrogativas laborales de los miembros de la Fuerza Pública y de Policía. Que en el numeral 3.9 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 se estableció la necesidad de crear un régimen de transición a través del cual se reconocieran las expectativas legítimas de quienes se encontraran próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.
Ratio decidendi del fallo	
Se dijo la providencia, que <i>“la norma acusada, parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas. (...). En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años. (...). Y tratándose de causales diferentes al retiro por solicitud propia, lo estableció en 20 y 25 años, cuando las normas anteriores habían establecido entre 15 y 20 años, tiempo de servicio que debía respetarse para quienes, de conformidad con lo ordenado en la Ley 923 de 2004, se encontraban en servicio activo al momento de la entrada en vigencia de la Ley, como ésta misma lo dispuso.”</i> Se resalta, que la providencia expresamente aclara que <i>“.. el estudio se centrará sólo en el régimen de asignación de retiro vigente cuando entró a regir la Ley 923 de 2004, para los grados de suboficial y agente, teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 180 de 1995 que creó el nivel ejecutivo, a él únicamente podían acceder quienes tuvieran dicha calidad y aunque también estableció que personal no uniformado y otros por incorporación directa podían hacerlo, lo cierto es que la demanda se refiere a la desmejora en materia de asignación de retiro del personal de suboficiales y agentes.”</i>	
Decisión	
“ESTÉSE a lo resuelto en la sentencia 14 de febrero de 2007, proferida en el expediente 1240-2007, por medio de la cual declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1.995. DECLÁRASE la nulidad del parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2.004, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual fija el régimen pensional y de	

asignación de retiro de los miembros del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.”.

Frente a esta decisión, la parte demandada y un ciudadano, pidieron que se aclarara si los efectos de la sentencia cobijaba a los miembros homologados y a los incorporados directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y la Sección Segunda, mediante Auto de 9 de agosto de 2014, negó dicha solicitud por extemporánea, pero hizo la salvedad que *“... no se trata de establecer el requisito de tiempo de servicio para la generalidad de los beneficiarios, pues ya se había reducido el problema jurídico, en atención a las pretensiones de la demanda, a determinar si el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto demandado se ajustaba a la legalidad en cuanto señalaba el régimen aplicable en materia de pensión a los agentes y suboficiales que a diciembre 30 de 2004 se habían incorporado en calidad de tales al nivel ejecutivo de la policía nacional.”.*

Igualmente se dijo en el citado Auto, que *“la norma es nula sólo por lo expuesto en la sentencia, es decir, porque no respetó el régimen que traían los suboficiales y agentes que al 30 de diciembre de 2004 se habían incorporado al nivel ejecutivo de la Policía Nacional”,* y que *“no es razonable pensar que la disposición es nula en cuanto regula el régimen de pensión del personal al que no se refirió, por cuanto como se vio, respecto de ellos no se hizo estudio alguno que pudiera llevar a una afirmación de tal naturaleza”.*

- c. Sentencia de 11 de octubre de 2012, expediente No. 11001-03-25-000-2007-00041-00 (0832-07), M.P.: Gerardo Arenas Monsalve, Actor: Miguel Arcángel Villalobos Chaparro.

Norma demandada	Parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004.
Argumentos de la demanda	Que el régimen pensional de los miembros del Nivel Ejecutivo, concretamente de los Suboficiales y Agentes que a la fecha de creación de dicha carrera se hallaban en servicio activo, es de reserva legal. Que al ingresar Suboficiales y Agentes al Nivel Ejecutivo, lo hicieron amparados en la presunción de buena fe, con la plena convicción de que el legislador respetaría el

	mandato del párrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995, por cuanto no podían ser desmejorados en sus condiciones hasta obtener la asignación de retiro. No obstante, el ejecutivo se excedió en su potestad reglamentaria estableciendo un nuevo régimen más gravoso y asaltando la buena fe de los uniformados homologados al Nivel Ejecutivo, por cuanto se trasladaron a ese nivel antes del 27 de junio de 1995, cuando aún no se había expedido el decreto 1091, no siendo entonces conscientes de esa nueva regulación, pues su situación se hallaba amparada por el párrafo del artículo 7º de la Ley 180; y no podía establecer requisitos adicionales para el ejercicio de un derecho que ya estaba reglamentado en los decretos 1212 y 1213 de 1990. La norma acusada establece una desmejora en el régimen prestacional del personal de Suboficiales y Agentes que fueron trasladados al Nivel Ejecutivo, quienes al momento de ingresar a la carrera se regían por lo dispuesto en los decretos 1212 (art. 144) y 1213 (art. 104) de 1990, constituyéndose en una discriminación frente a quienes se hallaban en servicio activo, al someterlos a un nuevo régimen en donde se incrementó en 5 años el tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro, se modificaron las causales para acceder a tal prestación, se perdió la posibilidad de obtener el 50% de la asignación al ser retirado después de 15 años de servicio, pero con menos de 20, se perdió el derecho al servicio médico asistencial, al ser retirado entre los 15 y los 20 y se les desconoce un derecho adquirido a la asignación para quienes tenían 15 o más años de servicio y para quienes con posterioridad a su ingreso al nuevo nivel cumplieron dicho tiempo.
Ratio decidendi del fallo	
Se dijo la providencia, que en el presente caso operó el fenómeno de la cosa juzgada de conformidad con lo previsto en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, pues, el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por la sentencia arriba referenciada.	
Hay que aclarar, que en esta sentencia el Consejo de Estado señaló que el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 no discriminó entre homologados y vinculados directamente, por lo que al ser anulado, <i>“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 párrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995, constituían para ese momento los mínimos para quienes estando al servicio de la Policía Nacional decidieron ingresar al Nivel Ejecutivo.”</i>.	
En dicho fallo, no se realizaron pronunciamientos adicionales, sino que se limitó a reiterar lo resuelto en la decisión de 12 de abril de 2012, por lo que el argumento central de la providencia fue la existencia de cosa juzgada, y en esa medida la ratio decidendi de este último fallo la constituyen los argumentos expuestos en aquel.	
Es más, en un apartado de la decisión de manera expresa se consagra un capítulo a la <i>“protección especial de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresaron al Nivel Ejecutivo”</i>, es decir a los homologados, precisándose al respecto, que:	

<i>“A partir de la creación del nivel ejecutivo paralelamente el legislador dispuso que ésta no conllevara a la desmejora o discriminación de quienes estando al servicio de la Policía Nacional decidieran ingresar al referido nivel, como se determinó en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995. Esta protección se reiteró en el artículo 82 del Decreto 132 de 1995 “Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional” que reglamentó la citada ley.”</i> En ese orden de ideas, es claro que esta decisión no constituyó antecedente jurisprudencial sobre la legalidad de la facultad reglamentaria usada por el Gobierno para reglamentar los requisitos exigidos para acceder a la asignación de retiro al personal incorporado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.
Decisión
<i>“ESTÉSE a lo resuelto en la sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por la Sección Segunda dentro del expediente radicado al No. 290-2006 (acumulado 1074-2007) que declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2.004, expedido por el Gobierno Nacional, por medio del cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004.”</i>

De acuerdo con la descripción de los fundamentos de los fallos judiciales que decretaron la nulidad del artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, se advierte que los argumentos de los mismos resolvieron problemas jurídicos diferentes al que ahora nos ocupa. En efecto, dichas providencias no se ocupan del estudio de la reglamentación expedida por el Gobierno para regular lo relacionado con los requisitos para acceder a la asignación de retiro exigidos a los miembros que se incorporaron directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

En cambio, todas las consideraciones que en dichas sentencias se realizaron tienen que ver con la situación de los uniformados que, al momento de crearse el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, ya estaban vinculados a la institución policial como Suboficiales o Agentes, y que solicitaron ser escalafonados en la nueva carrera, para lo cual sus tiempos de servicio les fueron homologados.

7.3.7. ¿Desconoció el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012 el límite material de la facultad reglamentaria concedida al Gobierno Nacional en la Ley Marco 923 de 2004?.-

Para responder a este cuestionamiento, es preciso tener en cuenta que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 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”, en cumplimiento de los fallos pluricitados, mantuvo para el personal homologado al Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, el requisito de tiempo de servicio de 15 y 20 años para acceder a la asignación de retiro, requisito que era el que les exigían a dicho grupo de uniformados los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, en sus artículos 144 y 104, respectivamente, como arriba se pudo demostrar.

Y en el artículo 2º se regula lo atinente a la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo que ingresó directamente hasta el 31 de diciembre de 2004, estableciendo para ellos el mismo requisito de tiempo de servicio que se ha consagrado en la normatividad que les ha sido aplicable desde que se creó esta carrera especial al interior de la Policía Nacional: Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, es decir, 20 y 25 años de servicio, según la modalidad de retiro.

Ahora bien, no ignora la Sala, que el artículo 51 Decreto Reglamentario 1091 de 1995 fue anulado por el Consejo de Estado mediante fallo 4 de febrero de 2007⁷⁶, y que el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, también lo fue mediante sentencia de 12 de abril de 2012⁷⁷.

Sin embargo se hace la claridad, que dichas providencias anularon estos apartes normativos porque al reglamentar lo relacionado con el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en ellos no se diferenciaron entre el personal incorporado directamente y el homologado, y le impusieron a ambos la misma exigencia de 20 y 25 años de servicio, cuando a estos últimos no podía desmejorarlos en ese aspecto.

⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Expediente No. 0290-06 (1074-07), Radicación: 110010325000200600016 00.

En ese orden de ideas, la *ratio decidendi*, o la *razón* (fundamento) de dichos fallos, no resulta aplicable al caso concreto, pues, mientras las citadas providencias analizaron la legalidad de los apartes normativos reseñados de los Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, a partir del estudio de la situación legal del personal de Suboficiales y Agentes **homologados** al Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, que ahora se acusa, regula lo atinente al régimen de asignación de retiro del personal **incorporado directamente** a dicha carrera policial hasta el 31 de diciembre de 2004, categorías de uniformados del Nivel Ejecutivo respecto de los cuales desde sus inicios se establecieron claras y precisas diferencias en materia de asignación de retiro.

Así las cosas, en el caso sub exámine no se configura el tradicional principio del derecho según el cual *donde caben las mismas razones, caben las mismas disposiciones*, que es el que justifica la aplicación de figuras como la analogía y el respeto por la *ratio decidendi* de los antecedentes y/o precedentes jurisprudenciales vinculantes, pues, los mencionados fallo del Consejo de Estado que decretaron la nulidad del artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, aluden a hipótesis diferentes a la que es objeto de estudio en el presente proceso.

Pero además, si nos atenemos al criterio de interpretación hermenéutico según el cual las zonas grises del derecho se superan si se logra identificar la *voluntad o intención del legislador*⁷⁸, el *espíritu - alma de la ley*, o en ultimas, la *racionalidad de la norma*⁷⁹, podría sostenerse que la intención

⁷⁸ El ordenamiento jurídico colombiano tradicionalmente ha tenido como criterio de interpretación normativa, el recurso de indagar por la *voluntad del legislador* o el *espíritu de la ley*, así por ejemplo, en el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, se señala que "*Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador*". Al respecto se resalta, que la Corte Constitucional, en varias oportunidades ha reconocido la voluntad del legislador o espíritu de la norma, como criterio de interpretación y aplicación de la ley, así se expuso en las sentencias C-281 de 2004, C-551 de 2003, C-760 de 2001, C-093 de 2001, C-1011 de 2008, C-536 de 1997, C-511 de 1994, entre otras.

⁷⁹ Al respecto, CALVO, Manuel, LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: GENEALOGÍA DE UNA FICCION HERMENEUTICA, Revista DOXA, 1986.

primigenia e inalterada⁸⁰ del artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, fue la de mantener, respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo incorporados directamente hasta el 31 de diciembre de 2004, la exigencia del requisito de tiempo de servicio de 20 y 25 años de servicio, para acceder a la asignación de retiro, requisitos que son los que desde un principio contempló el ordenamiento jurídico en el Decreto Reglamentario 1029 de 1994 para ser exigidos a esta categoría de uniformados que se incorporaron de manera directa, y que fueron conservados por las normatividades posteriores, es decir, por el Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el Decreto Ley 270 de 2003.

Se pregunta la Sala, ¿Qué sentido tendría entonces, consagrar una especial protección para el personal uniformado homologado al Nivel Ejecutivo, haciendo una clara diferenciación frente al personal uniformado incorporado directamente a dicha carrera, si a la postre, a unos y otros, según se argumenta en el auto suplicado, se les aplican las mismas reglas para acceder a la asignación de retiro⁸¹?

Ello lo que demuestra es que la intención, la voluntad, el espíritu de la Ley Marco 923 de 2004, su racionalidad misma⁸², consiste en que al personal

⁸⁰ El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la aplicación de este criterio de interpretación normativa, así por ejemplo, en fallo de 2 de octubre de 2014, proferido en el expediente 11001-33-31-019-2007-00735-01-(AP)REV, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, citando el texto de 2005 LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO (Ed. Palestra de Lima), de Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, se dijo: “*Para su determinación se puede apelar, entre otras cosas, a la **voluntad del órgano de producción normativa** expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos, a los considerandos del texto normativo, e incluso a las disposiciones legales que expresan los respectivos objetivos. (...) La jurisprudencia constitucional ha señalado la trascendencia de este criterio en la interpretación constitucional, esto explica la frecuencia con la que se utiliza, tanto para definir el alcance de las disposiciones constitucionales, como el de las normas que son objeto de control.*”. Este criterio de interpretación normativa también fue expuesto en los fallos de **21 de octubre de 2010**, expediente 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), M.P.: Alfonso Vargas Rincón; de **29 de junio de 2011**, expediente 25000-23-25-000-2007-01039-01(1751-09), M.P.: Gustavo Gómez Aranguren; y de 2 de marzo de 2001, expediente 11001-03-24-000-1999-5830-01(5830), M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otros.

⁸¹ En efecto, en las leyes que facultaron al Gobierno para crear al interior de la Policía Nacional la carrera especial del Nivel Ejecutivo, se consagra dicha garantía para los Suboficiales y Oficiales homologados, así por ejemplo, el artículo 7º de la Ley 180 de 1995, señala que “la creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni mejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.”.

⁸² En el texto EL NUEVO GOBIERNO COSTITUCIONAL, editado por la Universidad del Rosario en 2003, los profesores Rodolfo Arango y Carlos Molina, citando al tratadista francés Paul Amsélek y su texto de 1995 *Interpretation et droit*, señalan que “*según la teoría moderna de la interpretación, la intervención judicial tiene por principal objetivo el descubrimiento de la intención del legislador, esto es, el sentido que*

uniformado homologado hasta el 31 de diciembre de 2004, se les aplican las normas del régimen propio de su antiguo escalafón de Agentes y Suboficiales, es decir, los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990, mientras que a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplica las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de **2004**, que era el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; aclarando que para ese entonces, ni el legislativo, ni el Gobierno podían anticipar que dicho aparte normativo, sería declarado nulo por el Consejo de Estado en **2007**.

Sobre los tránsitos normativos que se generan cuando hay cambios constitucionales, la Corte Constitucional en la sentencia C-613 de 1996⁸³, señaló:

“... en los casos de tránsito constitucional, no puede exigirse al legislador que, de manera definitiva y radical, adecue la totalidad de los efectos de las normas preconstitucionales, incluyendo aquéllas expresamente derogadas antes de dicha transformación, al nuevo orden constitucional. En estos casos, principios como el de la seguridad jurídica, justifican regímenes de transición paulatinos y, en consecuencia, avalan la permanencia de efectos residuales y meramente temporales de disposiciones que, eventualmente, de ser expedidas al amparo de la nueva Carta, podrían ser consideradas inconstitucionales. Todo ello, siempre que las normas derogadas no afecten de manera desproporcionada los principios de equidad consagrados en la Carta, y cuyos efectos sean meramente temporales o residuales.

le imprime a la norma. El sentido que se busca es aquel que quiso darle el legislador a la ley en la época en que la adoptó. (...). Nos preguntamos entonces en derecho constitucional colombiano ¿Quién posee el monopolio del sentido de la ley: el legislador, que hace la norma, o el juez constitucional, que la revisa? (...). Si al legislador le corresponde crear el sentido de la ley, correspondería al interprete, una vez identifique dicho sentido, tratar de recomendar su perfeccionamiento. (...). Por ello (...) el texto debe ser mirado en su contexto de elaboración, más no en el de su aplicación porque sobrepasa la misma competencia del interprete. (...). Aquí es donde reside el meollo del problema de la libertad que tiene el intérprete de los textos: saber quedarse en los límites de su competencia sin invadir la del autor del texto (...). Cualesquiera que sean los métodos o las técnicas utilizadas, el intérprete deberá siempre tener presente tres parámetros que coartan su libertad de interpretación: el principio de separación de poderes, el principio de la supremacía legislativa y el principio de la mesura o del autocontrol que guía todo trabajo de interpretación.”. (Negrillas fuera de texto).

⁸³ La cual resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 48 y 94 del Decreto-Ley 3072 de 1968, "Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"; los artículos 54 y 113 del Decreto-Ley 613 de 1977, "Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"; los artículos 82, 135 y 152 del Decreto-Ley 2062 de 1984, "Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"; el artículo 149 del Decreto-Ley 096 de 1989, "Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional"; el artículo 107 del Decreto-Ley 097 de 1989, "Por el cual se reforma el Estatuto de Agentes de la Policía Nacional"; el artículo 150 del Decreto-Ley 1212 de 1990, "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional" y el artículo 109 del Decreto-Ley 1213 de 1990, "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional".

(...)

... no puede exigirse al Estado que hubiere previsto el cambio constitucional y, por lo tanto, que hubiere hecho las previsiones fácticas - financieras - y jurídicas necesarias para evitar las consecuencias futuras de una norma que podría resultar, a la postre, inconstitucional.”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

En criterio de la Sala, si bien el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 fue anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el año **2007**, lo cierto es que la Ley Marco 923 de **2004**, expedida por el legislador en ejercicio de su libertad o poder de configuración de las leyes, ya había integrado a su contenido normativo, de manera tácita, el requisito material de tiempo de servicio de 20 y 25 años exigido en dicho decreto a los uniformados que ingresaron directamente al Nivel Ejecutivo, pues, en su artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, estableció que a quienes estuvieran activos al momento de entrar en vigencia dicha norma, se les exigiría el mismo tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro consagrado en las normas vigentes, y en ese momento, 31 de diciembre de 2004, para el personal incorporado directamente, la norma vigente era el Decreto Reglamentario 1091 de 1995, mientras que para el personal homologado el estatuto vigente lo constituían los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990.

Esa era la voluntad o la intención del legislador para ese entonces, esto es, para el momento de expedir la Ley Marco 923 de 2004⁸⁴, sin poder anticipar que en el 2007 el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 sería decretado nulo por el Consejo de Estado. Para la Sala esta intención o voluntad primigenia constituye la racionalidad misma de dicha ley marco, y fue la que desarrolló el Ejecutivo en el Decreto Reglamentario 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”*.

Corolario de lo expuesto es que con la expedición del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, *“por medio del cual se fija el régimen*

⁸⁴ “... mediante la cual se señalan 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...”.

pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de la facultad reglamentaria que le fue conferida por la Ley Marco 923 de 2004⁸⁵, pues, se ciñó al límite material que dicha ley le impuso en su artículo 3, numeral 3.1., inciso 2.

Precisa la Corporación, que en el expediente cuyo número interno de radicación es el 1783-2013⁸⁶, esta Sección tuvo la oportunidad de estudiar un caso idéntico al que ahora nos ocupa.

En dicho proceso también se había decretado la medida cautelar de suspensión provisional de la norma aquí demandada, decisión que fue revocada mediante providencia de 28 de mayo de 2015⁸⁷, la cual al resolver un recurso de súplica contra esa decisión, argumentó lo siguiente:

“La dimensión del análisis de la normatividad que ha regulado desde sus inicios lo relacionado con: i) el régimen de asignación de retiro del personal de Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, ii) las normas que crean y desarrollan la carrera profesional del Nivel Ejecutivo al interior de la institución policial, iii) los estatutos legales y reglamentarios que fijaron el régimen de asignación de retiro de los uniformados que se homologaron a este nuevo escalafón y de los que fueron incorporados directamente, iv) las normas que dieron la competencia al Gobierno Nacional para fijar este régimen, y v) los antecedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias de 14 de febrero de 2007 y 12 de abril y 11 de octubre de 2012, conduce a la Sala a un estudio tan profundo que dejaría de ser el que se ha entendido se debe realizar durante el trámite de una solicitud de medida cautelar, esto es, un estudio ab initio o sumaria cognitio, pues, anticiparía definitivamente una decisión de fondo, lo cual no es propio de esta etapa procesal.

Ahora bien, para la Sala tiene especial relevancia el contenido del Auto Suplicado de 14 de julio de 2014, pues, si bien dicha providencia realiza un análisis serio y razonado sobre la legalidad del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, dicho estudio se concretó a analizar la situación legal del personal uniformado homologado al Nivel Ejecutivo y las garantías contenidas en el artículo 3 de la Ley Marco 923 de 2004, concluyendo que se les desconocían sus derechos adquiridos, y trayendo como referencia para apoyar su

⁸⁵ “... mediante la cual se señalan 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...”.

⁸⁶ Expediente No. 1100103255000201300850 00, actor: Jorge Iván Mina Lasso.

⁸⁷ Con ponencia del Despacho que sustancia esta providencia.

argumentación los fallos de 14 de febrero de 2007 (11001-03-25-000-2004-00109-01, M.P.: Alberto Arango M.) y de 12 de abril de 2012 (11001032500020060001600, M.P.: Alfonso Vargas R.), que decretaron la nulidad del artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el párrafo 2 del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004.

Encontrando esta Sala que en dichas sentencias no se comprende un estudio de la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional para regular lo relacionado con los requisitos para acceder a la asignación de retiro exigidos a los policías que se incorporaron directamente al Nivel Ejecutivo; materia que constituye el contenido del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, lo cual no deja ver ab initio una violación de las normas invocadas en la demanda.”.

En conclusión, de la confrontación del acto administrativo acusado con las normas invocadas como violadas, la Sala no encuentra, en esta instancia procesal, y sin que ello implique prejuzgamiento, que el Decreto Reglamentario 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”*, las haya transgredido.

De esta forma es forzoso revocar el auto objeto del recurso de súplica, para en su lugar, negar la medida cautelar solicitada por el demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el auto de 14 de julio de 2014, que decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto Reglamentario 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”*, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y a lo resuelto en auto de 28 de mayo de 2015, proferido en el expediente 110010325500020130085000, y en su lugar,

SEGUNDO. NEGAR la medida cautelar solicitada por el demandante en este proceso.

La anterior decisión fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO
Consejero

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Consejero

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Consejera

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
Consejero (E)