

REGIMEN PENSIONAL Y ASIGNACION DE RETIRO FUERZA PUBLICA – Naturaleza / LEY MARCO – Fuerza publica / REGIMEN PENSIONAL – Fuerzas Militares y Policía Nacional

Esta Ley Marco señala las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, quien en virtud de esa competencia concurrente le corresponde el desarrollo de dichos parámetros a través de sus propios Decretos, como el aquí demandado. El Decreto 4433 de 2004, derogó las disposiciones contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, que era la regulación del régimen salarial y prestacional de los Miembros de la Fuerza Pública antes de la Carta Fundamental de 1991 y que fueron proferidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 66 de 1989, cuya regulación se hacía por medio de Decretos – Leyes, en la medida en que la Carta Fundamental de 1886, limitó el alcance de las Leyes Marco a los asuntos que tuvieran relación con la intervención del Estado en la economía, tal como lo establecieron los numerales 12 y 22 de su artículo 76. Igualmente derogó la Ley 130 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 1793 de 2000. Como antecedente al decreto citado en materia pensional se tiene que con base en la Ley 4ª de 1992, -otra Ley Marco en temas salariales para el sector público y mínimas prestaciones para los trabajadores oficiales-, se dictó la Ley 180 de 1995 que expidió disposiciones sobre la Policía Nacional y otorgó facultades al Presidente de la República para desarrollar la carrera policial llamada “Nivel Ejecutivo”, modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina, ética, evaluación, clasificación y normas de la carrera profesional de oficiales, suboficiales y agentes. Esta norma dio origen al Decreto Reglamentario 1091 de 1995, que reguló lo concerniente al régimen de asignaciones y prestaciones para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995. Esta reglamentación derogó los Decretos 1212 y 1213 de 1990. Luego, con soporte en la delegación conferida por el numeral 3º de artículo 17 de la Ley 797 de 2003, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 2070 de 25 de julio de 2003, que reformó el régimen pensional propio de las fuerzas militares y de la Policía Nacional. En la distribución de competencias indicó la Corte, que la ley marco debía precisar el contenido especial o básico, del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, dentro de los cuales se encuentran elementos como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguraran el reconocimiento de dicha asignaciones y de otras prestaciones relacionadas. Al Gobierno le corresponde entonces mediante decreto, reglamentar los elementos accidentales o variables de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, presupuestos para demostrar la dependencia económica en los casos de una sustitución pensional, requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, etc.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004

RETIRO DEL SERVICIO - Fuerzas Militares y Policía Nacional / ASIGNACION DE RETIRO POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL MILITAR – 18 años de servicio / DERECHO ADQUIRIDO – 15 años de servicio para el personal activo

La nueva reglamentación contenida en los artículos 14 y 24, se encontraba regulada en los artículos 163, 144 y 104, correspondientes en su orden a los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, aplicables para los miembros de las Fuerzas Militares, Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y Agentes de la misma Institución, respectivamente. En todos ellos, existía la posibilidad de obtener una asignación de retiro por causas ajenas a la voluntad del militar o policial, equivalente al 50%, siempre y cuando se contara con un mínimo de 15 años de servicios. Si bien la nueva condición de un mínimo de 18 años, establecida en el Decreto 4433 acusado, resulta ahora más exigente para los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, el decreto en los dos primeros párrafos de los artículos 14 y 24, respetó la condición de los 15 años para el personal activo que tuviera ese mismo tiempo de servicios a la entrada en vigencia del decreto, conservando así las prerrogativas en el tiempo, de quienes bien hubieran podido acceder al derecho por un eventual retiro por circunstancias ajenas a la voluntad del militar o policial. Bajo esas circunstancias, la Sala no encuentra ninguna violación a la Ley 923 de 2004, en relación con el respeto de los derechos adquiridos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 / LEY 923 DE 2004

PRIMA DE VUELO – Base de liquidación pensional / PRIMA DE VUELO – Reconocimiento. Requisitos / ASIGNACION DE RETIRO – Prima de vuelo / DRECHO ADQUIRIDO – Prima de vuelo

Como ya se vio, la Ley 923 de 2004, en su artículo 2, numeral 2.1, dispuso la protección de los derechos adquiridos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma; también lo reiteró el artículo 2 del Decreto cuestionado, de lo que se colige, que el requisito contemplado en la norma reglamentaria cuyos sujetos entre otros son los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, de cumplir con 20 o más años de servicio y un mínimo de tres mil horas de vuelo para que la prima de vuelo se considere computable para la base de liquidación pensional, es aplicable sólo a quienes no hayan cumplido a la fecha de la reglamentación la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro, una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, por tener solo una mera expectativa y por ende ser una exigencia modificable de acuerdo a los principios establecidos para tal fin, de manera que el Gobierno podía establecer las condiciones diferentes para computar la prima de vuelo para los sujetos señalados en la norma, a partir de la vigencia de la reglamentación demandada. Ahora bien, sobre la discriminación que hace la norma al no reconocer la prima de vuelo a los Miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que también desempeñan funciones como tripulantes de aeronaves de esa entidad o que se encuentran a su servicio, debe observarse que el artículo cuestionado hace referencia a los mismos sujetos activos sobre los cuales recae su reconocimiento en la disposición que se encontraba vigente (decreto ley 1212 de 1990), al momento de entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, por tanto no hay un desmejoramiento en tal sentido.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 / LEY 923 DE 2004

NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL – Conformación / LEY MARCO – Régimen pensional y asignación de retiro / REGIMEN PENSIONAL Y ASIGNACION DE RETIRO – Elementos mínimos

Considera la Sala importante aclarar quiénes son los Miembros del Nivel Ejecutivo a que hace referencia el artículo 23.2. El Nivel Ejecutivo hace parte de la Policía Nacional y está conformado por Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. De otro lado también lo conforma, el personal de Suboficiales y Agentes que fueron homologados en forma voluntaria a esa carrera. Respecto de las bases de liquidación o partidas computables la Ley Marco señaló que el régimen pensional y de asignación de retiro se sujetaría al marco general de la política macroeconómica y fiscal; en su artículo 3 señaló unos elementos mínimos así: "ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...) 3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables. 3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. 3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%)". (Resaltado fuera del texto). Es claro entonces que la ley marco no estableció las partidas puntuales sobre las cuales se debe liquidar la asignación de retiro, ni sobre las que debe liquidarse el aporte, sino que señaló que serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública, de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad (Art. 2 Ley 923/04) y a los objetivos y criterios allí señalados, como el respeto a los derechos adquiridos, sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal, entre otros. Las partidas contempladas en esta disposición son las mismas del artículo 23.2 del decreto reglamentario con excepción de la prima de navidad (23.2.6) a la que le agrega que será liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. Esta adición considera la Sala no excede la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional por que en la Ley Marco se dispuso como ya se advirtió que las partidas serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública y esto fue lo que hizo el Gobierno en el decreto demandado, detallar las partidas. Esta enumeración iguala los diferentes regímenes respetando los derechos adquiridos causados al entrar en vigencia la norma demandada; declarar la nulidad de esta preceptiva disminuiría las partidas que hacen parte de la asignación de retiro causando una desmejora en la liquidación de la asignación de los Miembros del Nivel Ejecutivo; por ende el cargo no ha de prosperar.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 6 (PARCIAL) (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 14 NUMERAL 23.2 (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 14 NUMERAL 23.2.1 (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 14 NUMERAL 23.2.2 (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 14 NUMERAL 23.2.3 (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 14 NUMERAL 23.2.4 (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 14 NUMERAL 23.2.5 (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31

de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 14 NUMERAL 23.2.6 (NO ANULADO) / /DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 23 PARAGRAFO (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 24 (NO ANULADO) / DECRETO 4433 DE 2004 (31 de diciembre) GOBIERNO NACIONAL ARTÍCULO 25 PARAGRAFO 2 (NO ANULADO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

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

Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00028-00(0545-07)

Actor: CLUB DE SUBOFICIALES DE LA POLICÍA NACIONAL

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

DEMANDA

La parte actora solicita a esta Corporación se declare la nulidad del artículo 6° (parcial), artículo 14, numeral 23.2 (23.2.1, 23.2.2, 23.2.3, 23.2.4, 23.2.5, 23.2.6), el parágrafo del artículo 23, artículo 24 y el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, expedido por el Gobierno Nacional, por violación directa de la Constitución Política de Colombia y la Ley 923 de 2004.

Estima, que los apartes controvertidos de este decreto reproducen los tiempos de servicios establecidos en el Decreto 1091 de 1995, que también se encuentra demandado ante el Honorable Consejo de Estado, y en el Decreto Ley 2070 de 2003, que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, con fundamento en la falta de competencia del ejecutivo para regular aspectos reservados a la ley.

Afirma, que esa falta de competencia de fondo, decretada por la Corte Constitucional, es suficiente para imponer al Gobierno o a cualquier otra autoridad la prohibición de reproducir en cualquier norma el texto ya declarado inexecutable en juicio de constitucionalidad, por eso las normas demandadas violan el principio de seguridad jurídica y de legalidad de orden constitucional, con

lo que existe una violación del principio de cosa juzgada constitucional.

NORMAS VIOLADAS Y FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE NULIDAD

Por infracción de las normas en que debía fundarse

- *Por Violación del artículo 243 de la Constitución Política, según este precepto el texto de una norma declarada inexecutable por razones de fondo, en juicio de constitucionalidad, no se puede reproducir mientras la disposición que sirvió para hacer la comparación subsista, que para el caso del régimen pensional de la Fuerza Pública, es el artículo 150, numeral 19, literal e), de la misma Carta Política.*
- *Por violación del Decreto 2067 de 1991, que en su artículo 21 establece que “las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”.*

Igualmente, señala como infringida por el mismo vicio:

- *El artículo 5° de la Ley 923 de 2004, Por desconocimiento de los principios generales, con la exigencia de tiempo que incluye el Decreto 4433 de 2004, porque se está afectando el derecho, garantía, prerrogativa o beneficio que establece y protege la ley 923 de 2004, supuestamente inspiradora de la norma demandada.*
- *Violación del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004. En este numeral el legislador hace una excepción para quienes se encuentran en servicio activo, cuando afirma 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”. Por esta razón es pertinente afirmar que el incremento en el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro incluido en la norma demandada, constituye una carga adicional que hace más gravosa la*

situación del miembro de la Fuerza Pública que ya se encontraba en servicio activo a la entrada en vigencia de la nueva ley, afectando además sus derechos a la vida e integridad personal, a la participación política y sufragio, de petición y reunión, a la asociación sindical y a la huelga.

- *Violación del numeral 3.9 del artículo 3 y 5 de la Ley 923 de 2004*, en cuanto consagra un régimen de transición en el que se establecen unos tiempos, que por ser la voluntad específica del legislador no podían ser desconocidos por la norma reglamentaria demandada.
- *Ley 4 de 1992*, por desconocer los criterios y objetivos de la Ley Marco Salarial, en particular los derechos adquiridos
- *Parágrafo único del artículo 7 de la Ley 180 de 1995, y Artículo 82 del decreto 132 de 1995*, que proscriben la desmejora y discriminación en todos los aspectos.

Por violación a la competencia, expedición irregular y desvío de poder

- *Artículo 150-19-e del Estatuto Superior*, al declararse la inconstitucionalidad por incompetencia gubernamental en la expedición del Decreto 2070 de 2003, al reproducirse en la norma atacada; atacar los derechos adquiridos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios consolidados con fundamento en los decretos 1211, 1212, y 1213 de 1990; por negar al personal ejecutivo que oficia como tripulante, la prima de vuelo; por infringir el régimen de transición de la ley 932 de 2004.

DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Mediante auto de 16 de agosto de 2007, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de este Despacho, resolvió desfavorablemente la solicitud de suspensión provisional de las normas demandadas, al considerar que no hubo violación al artículo 243 de la Constitución Nacional, “...*pues la sentencia C-432 de 2004 no hizo tránsito a cosa juzgada material, en cuanto no se realizó ningún pronunciamiento de fondo y el hecho de que el contenido del decreto declarado inexecutable fuera reproducido parcialmente en el Decreto 4433,*

no enerva de ninguna forma la competencia de esta corporación para confrontar el contenido del mismo, frente a la ley marco que lo respalda”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El *Ministerio de Hacienda y Crédito Público* contestó la demanda oponiéndose a todas pretensiones del actor y solicitando se declaren las normas demandadas ajustadas al orden jurídico.

Expuso, que la Ley Marco fijó las condiciones para regular el acceso a la asignación de retiro del personal activo a la fecha de entrada en vigencia del nuevo régimen, así como también, unos principios para el respeto de las expectativas legítimas en el régimen de transición. Las normas expedidas por el Gobierno en desarrollo de la ley marco respetan claramente estos principios y establecen unas reglas de transición.

En cuanto a la pensión de invalidez incluida en el decreto demandado, que a juicio del actor es más gravosa que la prevista en el régimen general, afirmó que la Ley Marco estableció unas condiciones mínimas para la definición de los requisitos de la pensión de invalidez, los cuales podían ser desarrollados por el gobierno atendiendo los criterios de dicha ley, que fue lo realizado en el decreto objeto de controversia.

Por su parte el *Ministerio de Defensa Nacional* también dio contestación de la demanda solicitando se mantenga incólume el decreto acusado, en consideración a que no existen vicios capaces de invalidarlo.

Respecto de la supuesta violación del artículo 243 de la Constitución Nacional por la aparente reproducción del texto de otro decreto que había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional, afirmó que la misma Ley 4ª de 1992, invoca en su encabezamiento como fundamento Constitucional para expedir

sus mandatos, el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) del ordenamiento Superior, según los cuales compete al Congreso de la República por medio de la ley, dictar las normas generales y fijar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para *“fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública”* y *“Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”*, por lo que queda claramente establecido que se trata de una ley marco. De otra parte, conforme a lo expuesto en el artículo 1° de la misma ley *“el Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley fijará el régimen salarial y prestacional de... d) Los miembros de la fuerza pública”*.

Frente a la acusación contra el artículo 24 del decreto demandado, por apartarse de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dijo que carece de fundamento porque, cuando la Ley 923 dice *“...no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta ley...”*, debe considerarse que para ese momento regía el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, que establecía veinte años de servicio para acceder a la asignación de retiro cuando esta se produjera a solicitud propia.

Adujo, que la norma anterior establecía dos requisitos para tener derecho a la asignación de retiro con más de 15 años, el *primero*, efectivamente tener quince o más años de servicio y el *segundo*, haber sido retirado por ciertas causales específicas, por tanto, no es cierto que el personal en servicio activo que al momento de entrar a regir el Decreto 4433 de 2004, con 15 o más años de servicio, tuviese un derecho adquirido a la asignación de retiro, toda vez que para ello se necesitaba además que se configurara el segundo de los requisitos.

En lo atinente al párrafo en el que se establecen las condiciones para acceder al derecho de asignación de retiro con veinte años de servicio, acusado por la falta de competencia del Gobierno Nacional para establecerlo, desconociendo los artículos 218 inciso 3° y 220 de la Constitución Nacional; considera que el artículo 1° de la Ley 923 de 2004, entrega plenas facultades al

Gobierno Nacional para establecer el régimen pensional de los miembros del nivel ejecutivo, los cuales son parte de la Fuerza Pública.

Igualmente no se vulnera con la expresión demandada el artículo 220 de la Constitución Nacional, porque ésta no priva a los miembros de la Fuerza Pública de las pensiones, solo regula el modo de obtenerlas.

En conclusión afirmó, que la norma cuestionada, además de encontrarse perfectamente ajustada a la Ley 923 de 2004, respeta y reconoce todas las garantías y principios propios del Estado Social de Derecho, por tanto solicitó su declaratoria de legalidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: *Respecto de la violación al artículo 243 de la Constitución Política y el Decreto 2067*, pidió que se desechara el cargo, pues si se observa con detenimiento se puede ver que tanto el congreso como el gobierno siguieron la doctrina sentada por la Corte Constitucional en la sentencia que la parte actora presenta como parte de sus argumentos, es decir, el decreto demandado se expidió al amparo de la Ley marco - 923 de 2004 -, que fijó los elementos sustanciales a los cuales debía fijarse el gobierno para reglamentar la materia.

Frente a la violación del artículo 5° de la Ley 932 de 2004, puntualizó que para que hayan derechos adquiridos como tal, se requiere que se cumplan todos los presupuestos que la ley exige, de lo contrario solo se cuenta con meras expectativas, que no presentan impedimento constitucional ninguno para modificar la situación de quien las posee, siempre que el legislador actúe dentro de los parámetros de justicia y equidad, y tenga en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Concluyó, que en el caso del Decreto 4433 de 2004, *“... no se aparta de los postulados indicados anteriormente; por el contrario, protege los derechos adquiridos del personal de la fuerza pública que haya cumplido los requisitos para*

obtener su asignación de retiro, conforme a la legislación anterior y así mismo crea un régimen de transición para los oficiales con expectativas cercanas”.

De la violación del numeral 3.1 y 3.9 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, por el aumento en el tiempo mínimo de servicio para acceder a la asignación de retiro, afirmó que existe confusión en el argumento del demandante al considerar que los topes para las diferentes formas de retiro eran inmodificables para el Gobierno, cuando precisamente este es el fundamento mismo de la fijación de topes en la ley, que el gobierno se mueva dentro de ese margen al determinar el tiempo de servicio, sin desconocer los derechos de los miembros de la Fuerza Pública.

Finalmente en cuanto a la supuesta incompetencia del funcionario y expedición en forma irregular, por no ser el Presidente de la República el funcionario competente para regular aspectos sustanciales del régimen prestacional de la Fuerza Pública mediante decreto reglamentario, apoyado en la sentencia C-432 de 2004, de la Corte Constitucional manifestó, que la inconstitucionalidad del Decreto 2070 de 2003, establecida en la sentencia en referencia, derivó del instrumento jurídico utilizado para reglamentar este régimen especial y no por el contenido de la misma, por tanto que se haya reproducido total o parcialmente el texto de esta no invalida su contenido, siempre que se respete la ley marco (Ley 923 de 2004).

Del Club de Suboficiales de la Policía Nacional: Afirmó, que las disposiciones de la Ley 923 de 2004, que sirven de fundamento al Decreto 4433 de 2004, solo tienen efecto hacia futuro, es decir para las situaciones surgidas a partir del momento de su expedición (31 de diciembre de 2004), por tanto es indiscutible que el Gobierno Nacional estaba en la obligación de desarrollar el régimen de transición diferenciando entre quienes se encontraban en servicio activo al momento de entrar en vigencia la norma, como oficiales, suboficiales, agentes y/o miembros de las Fuerzas Militares o Policía Nacional, y quienes a partir de ese momento ingresarán a estas instituciones, situación que no se dio.

Por tal razón consideró que el decreto demandado aparentemente es constitucional y legal para quienes ingresaron a las Fuerzas Militares y la Policía Nacional a partir de la fecha de su vigencia, y no para quienes se encontraban en servicio activo al momento de su expedición.

De aceptarse que el párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 443 de 2004 es aplicable a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraban en servicio activo al momento de su expedición, se estaría contrariando la ley marco que le sirvió de fundamento, pues los tiempos de servicio de 20 y 25 años allí consagrados solo le son exigibles a quienes ingresen a la institución a partir de la vigencia del Decreto, además que se estaría contrariando lo establecido en el artículo 5° de la Ley 923 de 2004. **“ARTÍCULO 5°. LÍMITES LEGALES.** *Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos”.*

Del Ministerio de Defensa Nacional: Preciso, que siendo la Ley 923 de 2004 una ley marco, la cual se justifica en la condición esencialmente mutable de aquellos fenómenos que exigen una regulación flexible o dúctil que se adecue a las cambiantes circunstancias de lo reglamentado, le corresponde únicamente al gobierno crear por medio de decretos la normatividad jurídica que estos fenómenos reclaman en determinado momento. Por ser el decreto demandado la respuesta a esas necesidades en la materia regulada por la ley, pidió se mantengan incólumes las normas demandadas.

En lo atinente a la falta de competencia del Gobierno Nacional para establecer las condiciones para acceder al derecho de asignación de retiro con 20 años de servicio, en las condiciones determinadas en el párrafo 2° del artículo 25, manifestó que los parámetros fijados por la Ley 923 de 2004, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Nacional, otorga plenas facultades al ejecutivo para establecer el régimen pensional de los miembros del nivel ejecutivo de la Fuerza Pública en los términos del párrafo demandado.

Destacó que la misma Ley 923 de 2004, en su artículo 2.2, establece que la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe sujetarse *“al marco general de la política macroeconómica y fiscal”*. Por lo que el régimen de asignación de retiro desarrollado en el Decreto 4433 de 2004, obedeció a diferentes estudios económicos, acorde con las posibilidades financieras, técnicas y de planeación del Estado.

En conclusión, las normas demandadas se encuentran ajustadas a la Constitución y la Ley y respetan plenamente los derechos adquiridos, y por tal razón deben mantenerse incólume el acto acusado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Luego de hacer un análisis legal y jurisprudencial sobre los temas que concretamente generan los cargos contra las normas demandadas, este funcionario solicitó que las declaraciones de nulidad pedidas por el Club de Suboficiales de la Policía Nacional se estimen improcedentes, por cuanto las normas demandadas respetan los elementos mínimos establecidos por el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 *“ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobreviviente y los reajustes de estas, correspondiente a los miembros de la fuerza pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: 3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer un tiempo superior a 25 años...”*.

CONSIDERACIONES

Se solicita a esta Corporación se declare la nulidad del artículo 6° (parcial), artículo 14, numeral 23.2 (23.2.1, 23.2.2, 23.2.3, 23.2.4, 23.2.5, 23.2.6), el parágrafo del artículo 23, artículo 24 y el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 expedido por el Gobierno Nacional, *“por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”*

Corresponde a esta Sala de decisión en única instancia, el conocimiento del asunto planteado, de conformidad con el artículo 13, sección

segunda-1, del Acuerdo 058 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003 y demás normas complementarias.

Para resolver, primero se revisará la **Naturaleza del acto demandado:**

El Decreto 4433 de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 45.778 el 31 de Diciembre de 2004, proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Defensa Nacional, es de los llamados por el Consejo de Estado como “decretos reglamentarios especiales”¹. Dicho decreto fue expedido para reglamentar el régimen prestacional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley Marco 923 de 2004.

Esta Ley Marco señala las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo [150](#), numeral 19, literal e) de la Constitución Política, quien en virtud de esa competencia concurrente le corresponde el desarrollo de dichos parámetros a través de sus propios Decretos, como el aquí demandado.

El Decreto 4433 de 2004, derogó las disposiciones contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, que era la regulación del régimen salarial y prestacional de los Miembros de la Fuerza Pública antes de la Carta Fundamental de 1991 y que fueron proferidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 66 de 1989 ², cuya regulación se hacía por medio de Decretos – Leyes ³, en la medida

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente:

MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA. Sentencia del 23 de mayo de 200. Radicación Número: 11001-03-24-000-2000-1216-01(7536).

² **Ley 66 de 1999** “Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro tempore para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, agentes y civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada”.

en que la Carta Fundamental de 1886, limitó el alcance de las Leyes Marco a los asuntos que tuvieran relación con la intervención del Estado en la economía, tal como lo establecieron los numerales 12 y 22 de su artículo 76⁴. Igualmente derogó la Ley 130 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 1793 de 2000.

Como antecedente al decreto citado en materia pensional se tiene que con base en la Ley 4ª de 1992, -otra Ley Marco en temas salariales para el sector público y mínimas prestacionales para los trabajadores oficiales-, se dictó la Ley 180 de 1995 que expidió disposiciones sobre la Policía Nacional y otorgó facultades al Presidente de la República para desarrollar la carrera policial llamada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina, ética, evaluación, clasificación y normas de la carrera profesional de oficiales, suboficiales y agentes. Esta norma dio origen al Decreto Reglamentario 1091 de 1995⁵, que reguló lo concerniente al régimen de asignaciones y prestaciones para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995. Esta reglamentación derogó los Decretos 1212 y 1213 de 1990. Luego, con soporte en la delegación conferida por el numeral 3º de artículo 17 de la Ley 797 de 2003, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 2070 de 25 de julio de 2003, que reformó el régimen pensional propio de las fuerzas militares y de la Policía Nacional.

La sentencia C- 432/04 declaró la inexecutable del Decreto 2070 de 2003, que desarrollaba el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que regía con anterioridad, porque al haber sido regulado a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconoció lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el

³ Los **Decretos Extraordinarios, también denominados Decretos-Leyes**, eran emitidos por el Presidente de la República, requiriendo de una ley de "*facultades extraordinarias*" y precisas, que dictaba el Congreso, cuando la necesidad lo exigía o las conveniencias públicas lo aconsejaban, de conformidad con el numeral 12 del artículo 76 Constitucional.

⁴ Los **numerales 12 y 22 del artículo 76 de la Constitución Política de 1886** disponían lo siguiente: "*Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones (...) 12) Revestir, pro tempore, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen... 22) Dictar las normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas*".

⁵ Mediante sentencia de 14 de febrero de 2007, NI. 1240-2004, Actor Ferney Enrique Camacho, la Sección Segunda con ponencia del Dr. Alberto Arango Mantilla, declaró la nulidad del art. 51

régimen allí establecido, debía expedirse por el Congreso de la República mediante norma de carácter general, vale decir, a través de una ley marco, dejando a la potestad reglamentaria, los aspectos accidentales y variables. A raíz de esta decisión jurisdiccional, el Legislador expidió la Ley 923/04⁶.

En la distribución de competencias indicó la Corte, que la ley marco debía precisar el contenido especial o básico, del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, dentro de los cuales se encuentran elementos como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguraran el reconocimiento de dicha asignaciones y de otras prestaciones relacionadas⁷. Al Gobierno le corresponde entonces mediante decreto, reglamentar los elementos accidentales o variables de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, presupuestos para demostrar la dependencia económica en los casos de una sustitución pensional, requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, etc.

De los cargos en el caso concreto.

1. Es importante resaltar que en lo que atañe al cargo por violación a ciertas normas como la Ley 4 de 1992 (art. 2), Ley 180 de 1995 (art. 7) y Decreto 132 de 1995 (art. 82) en cuanto desmejoraron salarios y prestaciones de los miembros de la Fuerza Pública y, en particular, porque discriminaron el acceso al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, o más concretamente desconociendo el régimen de transición, no debe prosperar, porque como se dijo precedentemente, existe una Ley Marco especial prestacional para los miembros de la Fuerza Pública, que hace referencia a las asignaciones de retiro, por tanto, la Ley 4/92, no sería aplicable, ni tampoco, las otras normas que fueron proferidas bajo su amparo.

2. Violación al artículo 243 de la Carta Política y del Decreto 2067 de 1991:

⁶ C-924-05 de 6 Septiembre de M.P. Rodrigo Escobar Gil, esta sentencia hizo el análisis de constitucionalidad sobre el artículo 6 de la ley marco.

⁷ Ídem.

El argumento se edifica sobre la base que el Decreto demandado reprodujo el texto del Decreto – Ley 2070/03, declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-432-04.

Debe señalar la Sala tal y como lo hizo en el análisis de la suspensión provisional, que esa decisión no hizo tránsito a cosa juzgada material, ya que no hubo pronunciamiento de fondo sino de forma; el fallo se fundamentó en la falta de competencia del Gobierno Nacional para expedir el Decreto Ley 2070 de 2003, porque tal regulación debía ser objeto de una Ley Marco, que posteriormente se concretó en la Ley 923/04, por tanto, cualquier análisis que se haga sobre el Decreto demandado, deberá tener como referencia la citada Ley, de contera que este cargo tampoco prosperará.

Hace énfasis la Sala, en que las objeciones por inconstitucionalidad, no son de aquellas en las que el estudio con el ordenamiento jurídico se hace mediante confrontación directa con la Carta Política; pues en este asunto, debe realizarse en forma inmediata y directa frente a una norma de rango meramente legal, como lo es la Ley 923 de 2004, si se tiene en cuenta que es precisamente respecto de dicha Ley Marco en donde el demandante instruye el exceso en el que incurrieron las normas demandadas.

En otras palabras, si bien en el presente asunto, el actor predica una posible violación a la Carta Magna por parte de las normas acusadas, esa eventual inconstitucionalidad del Decreto, es de carácter mediato, lo que no sucede con la ilegalidad que se aduce del mismo respecto de la Ley Cuadro, que comporta el imprescindible enfrentamiento o cotejo directo entre aquella y el Decreto en los artículos acusados⁸.

⁸ La Sala precisa que la nulidad por inconstitucionalidad difiere de la de nulidad por ilegalidad, pues la primera es de conocimiento de la Sala Plena Contenciosa y cuenta con un procedimiento especial y ágil dentro del marco del procedimiento ordinario, pero con reglas especiales que garantizan una decisión ágil sobre la validez, se dirige contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional y es privativa de los ciudadanos con lo que adquiere la categoría de acción política, en contraposición con la de nulidad que es pública, de conocimiento de la Sección correspondiente, que la persona dirige contra el acto administrativo creador de situaciones jurídicas

3. Sobre la nulidad de los artículos 14 y 24 del Decreto 4433 de 2004:

El artículo 14 del Decreto No. 4433 de 2004, preceptúa:

“Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

Y el artículo 24 del Decreto No. 4433 de 2004, consagra igual disposición pero para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.

Con ponencia de este Despacho, esta Sección, dentro del radicado No. 752-07, actor, Miguel Arcángel Villalobos Chávez, profirió sentencia, mediante la cual denegó la nulidad propuesta a los artículos 14 y 24 del Decreto 4433 de 2004.

En aquella oportunidad, se argumentó en la demanda que los artículos 14 y 24 del Decreto 4433 de 2004, habían aumentado en tres años el tiempo (15 a 18) para la obtención de la asignación de retiro por encima del criterio fijado por el inciso 2° del numeral 3.1., del artículo 3° de la Ley Marco 923 de 2004.

La Sala estudió el cargo de la demanda y concluyó que no tenía vocación de prosperidad, en tanto el Gobierno se encontraba facultado para establecer un tiempo mayor, teniendo en cuenta que la única limitante a él conferida consistía en no implantar un tiempo menor a quince años.

Como en la demanda de la referencia se argumenta el mismo cargo

generales, impersonales u objetivas y que busca el restablecimiento de la legalidad para asegurar la actuación lícita de la Administración.

frente a los aludidos artículos 14 y 24, no puede la Sala realizar un nuevo pronunciamiento sobre el mismo punto por causa del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, pero sí está obligada a decidir el otro cargo propuesto, consistente en que los dos artículos violan los derechos adquiridos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía, determinados y protegidos por la Ley 923 de 2004.

En efecto, el Legislador, había prescrito en el numeral 2.1 del artículo 2º de la Ley 923 de 2004, lo siguiente:

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

La nueva reglamentación contenida en los artículos 14 y 24, se encontraba regulada en los artículos 163, 144 y 104, correspondientes en su orden a los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, aplicables para los miembros de las Fuerzas Militares, Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y Agentes de la misma Institución, respectivamente. En todos ellos, existía la posibilidad de obtener una asignación de retiro por causas ajenas a la voluntad del militar o policial, equivalente al 50%, siempre y cuando se contara con un mínimo de 15 años de servicios.

Si bien la nueva condición de un mínimo de 18 años, establecida en el Decreto 4433 acusado, resulta ahora más exigente para los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, el decreto en los dos primeros párrafos de los artículos 14 y 24, respetó la condición de los 15 años para el personal activo que tuviera ese mismo tiempo de servicios a la entrada en vigencia del decreto, conservando así las prerrogativas en el tiempo, de quienes bien hubieran podido acceder al derecho por un eventual retiro por circunstancias ajenas a la voluntad del militar o policial.

Bajo esas circunstancias, la Sala no encuentra ninguna violación a la Ley 923 de 2004, en relación con el respeto de los derechos adquiridos.

4. Frente a los cargos imputados al artículo 6º del Decreto 4433/04:

“ARTICULO 6o. *Cómputo de la prima de vuelo. Para efectos de asignación de retiro y pensiones, la prima de vuelo se liquidará solamente a los Oficiales y Suboficiales de la Aviación del Ejército, a los Oficiales y Suboficiales de Aviación Naval, a los Oficiales del Cuerpo de Vuelo y Suboficiales del Cuerpo Técnico Aeronáutico de la Fuerza Aérea, todos ellos en desempeño de sus funciones como tripulantes de aeronaves militares y otra clase de aeronaves al servicio de las Fuerzas Militares y a los Oficiales y Suboficiales que desempeñen funciones como tripulantes de aeronaves de la Policía Nacional o a su servicio, que tengan veinte (20) o más años de servicio y un mínimo de tres mil (3.000) horas de vuelo. (negrilla segmento demandado)*

Un claro ejemplo –señala el accionante- de la falta de competencia del Presidente de la República para regular aspectos substanciales de la asignación de retiro, lo constituye el artículo 6 del pluricitado decreto, al establecer como requisito adicional a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional para que la prima de vuelo se pueda considerar base de liquidación pensional el tener *20 o mas años de servicio y un mínimo de tres mil horas de vuelo*, cuando este requisito no estaba contemplado en el Decreto 1212 (arts. 75 y 140) que regula el régimen prestacional de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

También señala que el artículo es discriminatorio porque excluye del derecho a la prima de vuelo como factor de liquidación de la asignación de retiro a los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que también desempeñan funciones como tripulantes de aeronaves de esa entidad o que se encuentran a su servicio.

La defensa argumenta que el decreto objeto de demanda protege los derechos adquiridos del personal de la Fuerza Pública que haya cumplido los requisitos para obtener su asignación de retiro conforme a la legislación anterior y así mismo crea un régimen de transición para los oficiales con expectativas cercanas; no sucede lo mismo con los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo que apenas tengan una mera expectativa, como ocurre con el requisito adicional de los 20 años y un mínimo de tres mil horas de vuelo para que esta prima pueda considerarse base de liquidación, además indica que este aspecto no fue específicamente señalado en la ley Marco (923/04) y si es necesario para efectos de la liquidación de las pensiones.

En tratándose de derechos de seguridad social ha señalado la jurisprudencia constitucional que estos no se tienen por el simple hecho de ser persona humana, como sí sucede con los derechos fundamentales o de primera generación, sino que para ser titular de ellos, es necesario cumplir los requisitos señalados en la ley. Cuando en vigencia de ella llegan a cumplirse se habla de derecho adquirido, cuando está en vía de cumplirse se habla de expectativa de derecho⁹.

Como ya se vio, la Ley 923 de 2004, en su artículo 2, numeral 2.1, dispuso la protección de los derechos adquiridos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma; también lo reiteró el artículo 2 del Decreto cuestionado, de lo que se colige, que el requisito contemplado en la norma reglamentaria cuyos sujetos entre otros son los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, de cumplir con 20 o más años de servicio y un mínimo de tres mil horas de vuelo para que la prima de vuelo se considere computable para la base de liquidación pensional, es aplicable **sólo** a quienes **no** hayan cumplido a la fecha de la reglamentación la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro, una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, por tener solo una mera expectativa y por ende ser una exigencia modificable de acuerdo a los principios establecidos para tal fin, de manera que el Gobierno podía establecer las condiciones diferentes para computar la prima de vuelo para los sujetos señalados en la norma, a partir de la vigencia de la reglamentación demandada.

Ahora bien, sobre la discriminación que hace la norma al no reconocer la prima de vuelo a los Miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que también desempeñan funciones como tripulantes de aeronaves de esa entidad o que se encuentran a su servicio, debe observarse que el artículo cuestionado hace referencia a los mismos sujetos activos sobre los cuales recae su reconocimiento en la disposición que se encontraba vigente (decreto ley 1212 de 1990)¹⁰, al momento de entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, por tanto

⁹ S-C- 596 de 1997 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ *ARTÍCULO 75. PRIMA DE VUELO. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que desempeñen funciones como tripulantes de aeronaves de la Institución o de otras entidades para el servicio de la Policía Nacional, siempre que comprueben haber volado durante un tiempo mínimo*

no hay un desmejoramiento en tal sentido.

5. Sobre las partidas computables para la asignación de retiro, pensión de invalidez y la asignación de sobrevivencia, correspondiente al Nivel Ejecutivo, que trato el artículo 23 del Decreto 4433/04:

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

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de academia superior.

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

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales.

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

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

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

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

de cuatro (4) horas mensuales, recibirán una prima de vuelo equivalente al veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, porcentaje que se aumentará en un uno por ciento (1%) por cada cien (100) horas de vuelo hasta completar tres mil (3.000) horas. De tres mil (3.000) horas en adelante sólo se computará el medio por ciento (1/2%) por cada cien horas (100) adicionales, sin que el total de la prima de vuelo exceda del sueldo básico del Oficial o Suboficial.

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

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

Señala el actor, que el Gobierno al regular la asignación de retiro del personal de la Policía que integra la carrera profesional del Nivel Ejecutivo, violó normas superiores como la Ley 4 de 1992, el parágrafo 7 de la Ley 180 de 1995 y el artículo 82 del Decreto 132 de 1995, que señalaban que la creación del nivel ejecutivo no podría discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresaban al mismo y que por lo tanto tienen que mantenerse las normas vigentes a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es a los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Agrega, además que a través del Decreto Reglamentario el Gobierno desbordó su potestad reglamentaria al establecer las partidas de liquidación y cómputo de factores para la asignación de retiro, porque el tiempo de servicio y las bases de liquidación no son asuntos accidentales ni variables, estos conceptos son asuntos reservados de la ley.

La defensa a su vez argumenta que la Ley Marco no estableció las partidas sobre las cuales se debe liquidar la asignación de retiro, ni sobre las cuales debe liquidar el aporte, simplemente determinó como principio, que dichas partidas deben ser coherentes.

Considera la Sala importante aclarar quiénes son los Miembros del Nivel Ejecutivo a que hace referencia el artículo 23.2. El Nivel Ejecutivo hace parte de la Policía Nacional¹¹ y está conformado por Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. De otro lado también lo conforma, el personal de Suboficiales y Agentes que fueron homologados en forma voluntaria a

¹¹ Artículo 1 Ley 180 de 1995, decreto 132 de 1995

esa carrera.

Respecto de las bases de liquidación o partidas computables la Ley Marco señaló que el régimen pensional y de asignación de retiro se sujetaría al marco general de la política macroeconómica y fiscal; en su artículo 3 señaló unos elementos mínimos así:

“ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%)”. (Resaltado fuera del texto).

Es claro entonces que la ley marco no estableció las partidas puntuales sobre las cuales se debe liquidar la asignación de retiro, ni sobre las que debe liquidarse el aporte, sino que señaló que serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública, de acuerdo a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad (Art. 2 Ley 923/04) y a los objetivos y criterios allí señalados, como el respeto a los derechos adquiridos, sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal, entre otros.

Las partidas base de liquidación para el personal del nivel ejecutivo se encontraban regladas en el artículo 49 de la Ley 190 de 1995, norma vigente a la fecha de entrada del Decreto Reglamentario 4433, así:

“Artículo 49. Bases de liquidación. A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.

- a) Sueldo básico;
- b) Prima de retorno a la experiencia;
- c) Subsidio de Alimentación;
- d) Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;
- e) Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;
- f) Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;

Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos 1212 y 1213 de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”.

Las partidas contempladas en esta disposición son las mismas del artículo 23.2 del decreto reglamentario con excepción de la prima de navidad (23.2.6) a la que le agrega que será liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. Esta adición considera la Sala no excede la facultad reglamentaria del Gobierno Nacional por que en la Ley Marco se dispuso como ya se advirtió que las partidas serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública y esto fue lo que hizo el Gobierno en el decreto demandado, detallar las partidas. Esta enumeración iguala los diferentes regímenes respetando los derechos adquiridos causados al entrar en vigencia la norma demandada; declarar la nulidad de esta preceptiva disminuiría las partidas que hacen parte de la asignación de retiro causando una desmejora en la liquidación de la asignación de los Miembros del Nivel Ejecutivo; por ende el cargo no ha de prosperar.

6. Sobre el parágrafo 2 del artículo 25

“ARTICULO 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional.

(...)

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”.

El ataque a esta norma se sustenta en que el parágrafo del artículo 25 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, reprodujo el texto del parágrafo 1 del artículo 24 del decreto 2070 de 2003, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, y cuyo contenido es idéntico al artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que también fue declarado nulo por el Consejo de Estado con ponencia del Dr. Alberto Arango Mantilla, de fecha de 14 de febrero de 2007.

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, expidió el Decreto Ley 2070 del mismo año, que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Esta última norma fue declarada inexecutable junto con el artículo habilitante, mediante sentencia S-C- 432 de 6 de mayo de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, en razón a que los cánones generales del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza pública, a la luz de la Constitución Política de 1991, no podía hacerse mediante Decreto Ley, sino a través de una Ley Marco o Cuadro; y que en virtud de la competencia concurrente, el gobierno lo reglamentaría en los aspectos accidentales y variables.

En criterio de la Corte, por ser especial el régimen prestacional de la Fuerza Pública, según los artículos 217, 218 y 150-19 de la Constitución Política, existe una reserva legal, mediante la tipología de la Ley Marco o Cuadro, que por mandato del mismo Texto Superior (150-10), no puede expedir el Ejecutivo, mediante facultades extraordinarias. Sobre este punto la Corte explicó lo siguiente:

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

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

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

*Le corresponde al Gobierno mediante decreto ejecutivo o administrativo, reglamentar los **elementos accidentales y variables** de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación, etc.”¹² (se resalta).*

Igual análisis hizo el Consejo de Estado, al declarar la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, por el cual se expidió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995. Esta Corporación sostuvo que *“la regulación de tales presupuestos o requisitos no puede ser diferida o trasladada ni siquiera al legislador extraordinario, esto es, al Gobierno Nacional, como se señala en la citada sentencia de la Corte Constitucional, [se refiere a la sentencia C-432 de 2004] y menos podría desarrollarse mediante decretos administrativos expedidos por el Ejecutivo con fundamento en una ley marco (Ley 4ª de 1992) que no podía habilitarlo para tal efecto.*

¹² Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Ante la inexecutable citada y como Ley 4ª de 1992, no contiene ninguno de esos presupuestos generales especiales para la Fuerza Pública, el Legislador acatando la decisión de la Corte Constitucional, expidió la Ley Marco nominada con el número 923 de 2004, para que el Gobierno Nacional bajo este amparo, reglamentara la materia, a través de sus propios decretos administrativos o ejecutivos.

Como el Decreto 4433 de 2004, se expidió bajo esa Ley Marco 923 de 2004, no se puede pedir la nulidad de su artículo 25, simplemente aduciendo una reproducción del artículo 24 del Decreto Ley 2070 de 2003, declarado inexecutable, porque como ya se explicó en precedencia (pág. 13) la sentencia de la Corte Constitucional no hizo tránsito a cosa juzgada material, sino formal, al encontrar que el instrumento legal utilizado fue equivocado. Por esta razón, no importa si los contenidos de las dos disposiciones mencionadas son iguales, dado que los supuestos jurídicos son distintos, y solamente, en esta Jurisdicción, el exceso de la facultad reglamentaria causaría su nulidad.

Dentro de este contexto, debe concluir la Sala que no habrá lugar a la prosperidad de las pretensiones invocadas.

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

F A L L A

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha

Una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 11001-03-25-000-2007-00028-00 (0545-07).

ACTOR: CLUB DE SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL.