

POTESTAD REGLAMENTARIA - Competencia del presidente de la república / LEY MARCO - Condiciona parámetros y principios generales del decreto reglamentario / DECRETO REGLAMENTARIO - Desarrollo de la ley marco

Desde la reforma constitucional de 1968, que significó la atribución al Presidente de la República de una nueva facultad en el ejercicio de su potestad reglamentaria, de acuerdo a lo que establecía el numeral 22 del artículo 120 de la anterior Carta Política, surgió en el escenario de los decretos reglamentarios del Presidente, una modalidad de actos jurídicos de este tipo, que participaba de injerencias sustanciales con la potestad inmanente en el Ejecutivo, de reglamentar la ley para conseguir su efectiva aplicación, y en forma contemporánea, de cierta amplitud reguladora que los aproxima al nivel y jerarquía con la competencia ordinaria del Ente Legislativo. Estos contrastes desde luego, se proyectan en su naturaleza jurídica y por supuesto en las modalidades para su control. El criterio jerárquico, en cuanto la Ley Marco condiciona parámetros y principios generales dentro de los que ha de expresarse su Decreto Reglamentario, so pena de ser excluido del ordenamiento, puesto que si bien, debe admitirse que los Reglamentos que desarrollan Leyes Marco gozan de una mayor amplitud regulatoria, en consideración a que la Ley Marco por su propia estructura normativa, no puede contener más que parámetros, criterios y principios generales, también debe tenerse en cuenta, que esa mayor amplitud no está exenta de la necesaria coincidencia axiológica que el Decreto debe guardar con la Ley que define los ámbitos generales que justifican precisamente la expedición del Decreto. En estas condiciones, el Reglamento de desarrollo de la Ley Marco supone el ejercicio de una facultad normativa que le ha sido asignada, con exclusividad, a un órgano distinto del Congreso de la República, para disciplinar aquellas materias que expresamente la Carta Magna ha querido que se regulen a través de esta singular técnica de reparto de atribuciones normativas entre el Congreso y otra instancia dentro de la estructura del Estado.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 14 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 24

REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA – Recuento normativo / DECRETO REGLAMENTARIO - No puede exceder los límites básicos del régimen general de los riesgos propios del sistema pensional / COMPETENCIA - Distribución de competencia entre el legislativo y el ejecutivo en el momento de regular el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública

Ese margen de reglamentación que permite el desenvolvimiento de las atribuciones presidenciales, hace que la norma pueda ser debidamente aplicada, sin que a las disposiciones reglamentarias les esté permitido exceder los límites básicos del régimen general de los riesgos propios del sistema pensional que están plenamente identificados por la Ley Marco, pues materias que están inexorablemente vinculadas a derechos constitucionales fundamentales no pueden dejarse en manos del

Ejecutivo. Por consiguiente, la distribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo al momento de regular mediante Ley Marco el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, requiere que el Congreso fije los elementos básicos, tales como requisitos de edad, montos, ingresos bases de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de asignaciones y prestaciones, y que el Presidente sujeto a dicho marco, reglamente las variables del régimen como lo concerniente a trámites, requisitos de forma y el tiempo máximo que tiene la administración para reconocer y pagar una asignación.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 14 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 24

RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO - Por voluntad propia / ASIGNACION DE RETIRO - No se puede exigir como requisito para el reconocimiento un tiempo de servicio superior al establecido / RECONOCIMIENTO ASIGNACION DE RETIRO - Después de 15 años de servicio cuando se retira por voluntad propia y porque fueron separados del servicio / SOLICITUD ASIGNACION DE RETIRO - Por voluntad propia o por cualquier otra causal / LEY MARCO - Establece el tope mínimo del servicio para acceder a la asignación de retiro / DECRETO REGLAMENTARIO - Establece un porcentaje de la asignación de retiro cuando se retire del servicio activo con 18 años de servicio / POTESTAD REGLAMENTARIA - No se excedió el gobierno en reglamentar la ley marco

El retiro del servicio se produce por voluntad propia del miembro de la Fuerza Pública que se encuentra en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Marco, no se le puede exigir como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro un tiempo de servicio superior al que establecen las disposiciones vigentes al momento en que se expidió dicha Ley. Y cuando el retiro se produce por cualquier otra causal, no se puede reclamar como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo inferior a 15 años. Las disposiciones vigentes para el momento en que entró a regir la Ley Marco eran, como se advirtió, los Decretos - Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990, que eran coincidentes en establecer, que los miembros de la Fuerza Pública, tenían derecho a la asignación de retiro, después de 15 años de servicio, cuando fueran retirados por otras causales y luego de transcurridos 20 años de servicio cuando se retiraran por voluntad propia o por que fueran separados del servicio. De conformidad con las preceptivas transcritas, tanto el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares como de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se encuentren en servicio activo para el momento en que entró en vigencia el Decreto Reglamentario, es decir, para el 31 de diciembre de 2004; que luego se retiren con 18 años o más de servicio por otras causales o que se retiren por solicitud propia o por separación del servicio en forma absoluta después de 20 años de servicio, tienen derecho al pago de la asignación de retiro a partir de la fecha en la que finalicen los tres meses de alta, en los porcentajes reseñados. Con lo anterior, establece la Sala, que cuando se trata del retiro del miembro de la Fuerza Pública, por otras causas diversas a su voluntad, el término de 15 años de servicio que estableció la Ley Marco lo fue en un tope mínimo, lo que significa que bien puede el Decreto Reglamentario, sin incurrir en exceso de la potestad reglamentaria, establecer mayores tiempos. Lo que

el Ejecutivo no puede hacer es determinar en la norma reglamentaria un lapso de tiempo inferior al de los 15 años. En otras palabras, cuando en la Ley Marco se estipuló que no se puede exigir un tiempo de servicio “inferior a 15 años”, lo que el Legislador pretendió fue que el tiempo de servicio requerido para la obtención de la asignación de retiro, no fuera fijado por debajo de esos 15 años, sin que de ninguna manera el sentido de la norma fuera que dicho lapso de tiempo de servicio, se convirtiera en inmodificable por el Ejecutivo; lo que a *contrario sensu* significa que el Gobierno, se encontraba facultado para establecer un tiempo superior, pudiéndose entonces mover dentro de ese rango, sin que ello comporte el desconocimiento de la Ley Cuadro.

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia es proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo del Estado

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 14 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 24

FUENTE FORMAL: DECRETO – LEY 1211 DE 1990 / DECRETO – LEY 1212 DE 1990 / DECRETO – LEY 1213 DE 1990 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 14 / DECRETO 4433 DE 2004 – ARTICULO 24 /

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

**Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ
ARANGUREN**

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00040-00(0752-07)

Actor: MIGUEL ARCÁNGEL VILLALOBOS CHAVARRO

**Demandado: GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO y MINISTERIO DE DEFENSA**

AUTORIDADES NACIONALES - F A L L O -

Conoce la Sala en única instancia la acción pública de nulidad instaurada por el ciudadano MIGUEL ARCÁNGEL VILLALOBOS CHAVARRO contra el GOBIERNO NACIONAL - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y MINISTERIO DE DEFENSA.

ANTECEDENTES

En nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el actor solicitó, la declaratoria de nulidad de los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Defensa Nacional; porque vulneraron *“el inciso 1º”* del numeral 3.1. y el numeral 3.9 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, por expedición irregular y desviación de poder, al exigir tiempos mayores para acceder a la asignación de retiro y por no contemplar el régimen de transición para quienes se encontraban en actividad al momento en que entró en vigor el Decreto. Además, por violar el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, por expedir las disposiciones acusadas sin competencia, al igual que sus artículos 13, 48 y 53, por no contemplar el aludido régimen de transición.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante indicó, que los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 2004, violaron el *“inciso 1º”* del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, por expedición irregular y desvío de poder, en atención a que cuando establecen que es necesario el cumplimiento de 18 años de servicio para que el personal activo de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de Policía, tenga derecho a la asignación de retiro; exceden lo dispuesto por la Ley Marco, en tanto que ésta última no exigió tiempo superior para acceder a dicha asignación, que el establecido en los estatutos de carrera vigentes al momento de entrar a operar dicha normativa, como son los Decretos Nos. 1211, 1212 y 1213 de 1990, que determinan tiempos menores a 15 años. Entonces, el Decreto en los artículos acusados, desatiende lo establecido por la Ley Marco 923 de 2004, cuando determina mayor número de años de servicio para que los Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, puedan acceder a la asignación de retiro.

Manifestó, que de igual manera los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 2004, vulneraron el numeral 3.9. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, por expedición irregular, en atención a que esta última disposición, ordenó la creación de un régimen de transición para que se reconocieran las

expectativas legítimas de quienes se encontraran en servicio activo y próximos a acceder a la asignación de retiro, con los tiempos de servicio exigidos por dicha Ley; sin embargo, *“las normas acusadas”*, omitieron crear ese régimen de transición y de paso conjugaron los tiempos de servicio para acceder a la asignación de retiro, tanto del personal que se encontraba en actividad como del que para la fecha de vigencia de la Ley Marco ingresara a la Fuerza Pública; lo que conlleva a que el personal que se une a la Fuerza Pública a partir de la expedición de la Ley Marco debe como mínimo prestar un tiempo de servicio de 18 años y un máximo de 25 años, según el caso.

Sostuvo, que el Ejecutivo al expedir el Decreto No. 4433 de 2004, incurrió en violación del Artículo 150 de la Carta Magna, porque le está prohibido emitir normas de alcance prestacional o de asignaciones de retiro o pensión para miembros de la Fuerza Pública en el País. El Ejecutivo por medio de *“normas extraordinarias”*, no puede modificar la textura jurídica de las prestaciones, como lo hizo en este caso, en el que aumentó en 3 años el tiempo para la asignación de retiro a pesar de que la Ley 923 de 2004 le fijó algunos criterios y objetivos; con lo que es evidente, su falta de competencia que genera nulidad. Las normas acusadas no son del resorte del Gobierno, pues tratan una materia sustantiva de especial jerarquía que ni siquiera puede ser modificada por una ley ordinaria sino en exclusiva por una Ley Marco.

Afirmó, que con la expedición de la normativa demandada se vulneraron los artículos 13, 48 y 53 de la Carta Fundamental, ante la falta del régimen transitorio que fue ordenado por la Ley Marco, que impide diferenciar entre las personas que ingresaron a la Fuerza Pública antes de su creación frente a las que se vincularon después de su vigencia, para efecto de determinar el tiempo de servicio a fin de obtener la asignación de retiro. De esta manera, los dispositivos normativos acusados rompen el bloque constitucional que ampara y protege de manera especial las normas constitucionales que consagran el derecho a igualdad, a la seguridad social y el principio de favorabilidad para el trabajador y cercenan el principio de buena fe y la confianza legítima que se tiene en el Gobierno.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones de la demanda y al efecto manifestó, en cuanto a la violación del inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, que este precepto lo que dispone es que a los miembros de la Fuerza Pública no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio *“inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal”*, diferente a la solicitud propia; es decir, que lo que el Legislador pretende es que el tiempo de servicio requerido, no fuera fijado por debajo de los 15 años, pero el sentido de la norma nunca fue que esos 15 años se debieran fijar como tiempo de servicio exacto e inmodificable por el Ejecutivo. Es decir, los 15 años son un tope mínimo, porque no se podía fijar un tiempo de servicio inferior, pero el Gobierno sí puede establecer un tiempo superior.

Entonces, el Decreto no desconoció la Ley Marco cuando aumentó el tiempo mínimo de servicio para los casos de retiro voluntario, pues dicho tiempo respetó el límite mínimo fijado por el Legislador de 15 años de servicio. El demandante se confundió al estimar que los topes para las diferentes formas de retiro eran inmodificables por el Gobierno, porque lo que el Legislador pretendía, era que este último se moviera dentro de ese margen al determinar el tiempo de servicio, sin desconocer los derechos de los miembros de la Fuerza Pública.

Respecto a la vulneración del numeral 3.9. del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, relacionado con la ausencia de un régimen de transición indicó, que la Carta Política no impone la obligación de que en un tránsito de legislación sea necesaria la creación de un régimen de transición específico; por el contrario, lo que demanda es la obligación de proteger los derechos adquiridos conforme a las leyes y crear reglas razonables y proporcionales que suavicen el cambio que se introduce por la nueva ley, premisa que maneja el articulado acusado. Un régimen de transición lo que protege son las expectativas legítimas del grupo o sector que por estar cercano al cumplimiento de los requisitos, puede verse afectado por los cambios legislativos ante la proximidad de adquirir su derecho y es por ello, que no incluye a todas las personas que tienen una expectativa lejana de adquirirlo. El Decreto no podía entonces, regular un régimen de

transición que cobijara miembros de la Fuerza Pública que llevaban 1 o 14 años, porque estaban lejos de cumplir las exigencias legales para adquirir el derecho a la asignación de retiro.

Lo que se pretende con el aumento del tiempo de servicio es, que este nuevo requisito se aplique al personal de la Fuerza Pública en servicio activo, que no haya cumplido los requerimientos para acceder a la asignación de retiro, sin que se pueda entender que la legislación anterior es aplicable a todos los miembros en servicio activo; es decir, que los 15 años a los que se refiere la anterior legislación se aplican a quienes en servicio activo hayan cumplido requisitos con dicha legislación, es decir, a los que ya tienen un derecho adquirido. Y el mínimo de 18 años de tiempo de servicio consagrado en la normativa acusada, se aplica al personal en servicio activo que apenas tenga la mera expectativa de adquirir su derecho.

Con relación a la violación del Artículo 150 de la Carta Magna, sobre la falta de competencia del Presidente de la República para regular aspectos sustanciales del régimen prestacional de la Fuerza Pública mediante Decreto Reglamentario manifestó, que de manera alguna con el Decreto No. 4433 de 2004, el Gobierno pretendió reglamentar materias reservadas al Congreso, como lo es el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, pues las disposiciones acusadas tienen como fundamento la Ley Marco 923 de 2004. El Gobierno no invadió la órbita de competencia del Congreso en aspectos sustanciales del régimen, por el contrario, utilizó la competencia compartida necesaria en una Ley Marco para la regulación de la materia.

Finalmente sobre la violación a los artículos 13, 48 y 53 de la Carta Fundamental, relacionada con la no diferenciación entre los miembros de la Fuerza Pública antes de la expedición del Decreto y los que se vincularon después de su vigencia, para efecto de determinar el tiempo de servicio para la asignación de retiro, sostuvo que las normas objeto de censura se aplican a los miembros en servicio activo que aun no han cumplido con los requisitos legales para adquirir su derecho a la asignación de retiro y las personas que ingresen con posterioridad a la entrada en vigencia de dicho régimen. Por el contrario, a los miembros que ya cumplieron requisitos con regímenes anteriores, debido a que

tienen un derecho adquirido, se les debe aplicar la normativa vigente al momento en el que adquirieron su derecho.

El Ministerio de Protección Social, expresó, que el actor está interpretando erradamente el inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, porque el Gobierno al reglamentar dicha Ley, podía establecer un tiempo de servicio superior al señalado por las normas preexistentes a la fecha de su vigencia, salvo en los casos en que el retiro se produjera por voluntad propia del servidor, evento en el que no le era dable fijar mayores requisitos a los preexistentes en ese momento; restricción que el reglamento respetó, porque en esos casos mantuvo el requisito de haber prestado 20 años de servicio establecido en el Decreto 1211 de 1990 y en la *“Ley 1212 del mismo año”*.

Seguidamente, presentó argumentos de defensa referidos al artículo 25 del Decreto No. 4433 de 2004, que no fue objeto de demanda.

Respecto a la vulneración del artículo 150 de la Carta Fundamental por falta de competencia señaló, que el Gobierno Nacional al reglamentar la materia de conformidad con la facultad establecida en el numeral 11 del artículo 189 ibídem, ejerció la potestad reglamentaria con la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y fue así como emitió el Decreto No. 4433 de 2004, ciñéndose a la Ley Marco y sin subrogar las competencias que la Carta Política le asignó al Congreso.

Frente a la violación de los artículos 13, 48 y 53 de la Carta Magna advirtió, que el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, en ningún momento estableció para el Gobierno la facultad de reglamentar un régimen de transición, por lo que no solo no le asiste tal obligación, sino que de igual manera carece de competencia para ello. Además, no se vulneró el principio de igualdad, porque no se establece una condición más gravosa para el grupo de trabajadores que se encuentran en similares circunstancias. Tampoco se violó el derecho a la seguridad social, porque cuando se produce el retiro del servicio y se cumple el tiempo, se puede acceder al reconocimiento de la asignación, ni el principio de favorabilidad, porque para que tenga aplicación, deben coexistir normas vigentes que regulen la misma materia en forma disímil, debiéndose

aplicar la más favorable al trabajador, circunstancia que aquí no se presenta, porque la regulación anterior ya se encuentra derogada.

El Ministerio de Defensa Nacional, con relación a lo que fue objeto de demanda señaló, que la Ley 923 de 2004, estableció en forma detallada el marco de referencia del régimen prestacional y de asignación de retiro para el personal de la Fuerza Pública, cuando determinó claramente los objetivos y criterios que el Gobierno Nacional tendría en cuenta para su fijación. Posteriormente, el Ejecutivo por medio del Decreto No. 4433 de 2004, adoptó dichos parámetros, con lo que no es cierto que el Gobierno haya desbordado la Ley Marco.

Las restantes argumentaciones de defensa que esgrimió, lo fueron en relación con el artículo 25 del Decreto No. 4433 de 2004, que no fue objeto de demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora, se limitó a transcribir íntegro el concepto de violación contenido en el texto de la demanda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Defensa Nacional, de igual manera reiteraron en su integridad los argumentos de defensa expuesto en la contestación a la demanda.

El Ministerio Público, señaló que en el caso concreto el mínimo y el máximo, en su orden, de 18 y 25 años de servicio decretado por una de las normas atacadas para acceder a la asignación de retiro, es razonable, dentro del sistema pensional de la actividad castrense y policial, pues, so pretexto de los derechos adquiridos y del riesgo de las funciones de la Fuerza Pública, no puede fosilizarse la norma, en tanto que ello denotaría un estancamiento en la regulación impositiva de los nuevos fenómenos sociales.

Indicó, que el Gobierno Nacional es competente para por vía reglamentaria regular los tiempos de servicios para acceder a la

asignación de retiro siempre que se someta a los límites mínimos establecido por la Ley Marco, pues es de la naturaleza y esencia de la potestad reglamentaria no desbordar lo consagrado por la norma superior. En este caso no se presentó el desborde de la reglamentación cuestionada en cuanto a los tiempos de servicio para tener derecho a dicha asignación.

Respecto del régimen de transición, que en sentir del actor no se consagró, precisó, que no se requiere una consagración ritual del mismo, pues de la lectura integral de la preceptiva contenida en el Decreto No. 4433 de 2004, se deduce claramente que los servidores públicos destinatarios, que al momento de entrar en vigencia las nuevas disposiciones, hayan cumplido con los requisitos exigidos por normas anteriores, tendrán derecho al tratamiento considerado por aquél como el más benéfico y por el contrario, quienes no hayan satisfecho tales exigencias se someterán a las nuevas reglas. Además, no es necesaria la adecuación típica cuando es elemental deducir la existencia de la favorabilidad y del principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal.

CONSIDERACIONES

El accionante solicita en la demanda la declaratoria de nulidad de los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Defensa Nacional.

CUESTIONES PRELIMINARES

A fin de establecer el asunto materia de debate a la luz de lo planteado por el actor en el escrito de demanda, es que la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar y tal como se advirtió, el Decreto No. 4433 de 2004 fue expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Defensa Nacional; sin embargo, se

ordenó la notificación de la demanda al Ministerio de Protección Social, quien procedió a dar respuesta a la misma. (Folio 67 y 88 a 103).

Habida cuenta que este último Ministerio no interfirió en la emisión del acto objeto de censura, no se tendrá en cuenta su intervención procesal.

En segundo lugar, es pertinente puntualizar, que el demandante argumenta que los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 2004, transgredieron “*el inciso 1º*” del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, por expedición irregular y desviación de poder, **cuando exigen a quienes se encontraban en actividad al momento en que entró a regir el Decreto**, tiempos mayores para acceder a la asignación de retiro.

Sin embargo, de una lectura minuciosa de la Ley Marco en confrontación con los argumentos esbozados en el libelo introductorio, la Sala infiere que la inconformidad del actor no está referida al “*inciso 1º*”, del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, sino a su **inciso 2º**; habida cuenta, que es precisamente en este inciso en el que se establece que **a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley**, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de su expedición, cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años, cuanto el retiro tenga origen en cualquier otra causal.

Por el contrario, el inciso 1º señala, que el tiempo para tener derecho a la asignación de retiro es de 18 años de servicio sin exceder los 25 años, bajo el entendido de que se trata de una expectativa que le asiste al miembro de la Fuerza Pública para obtener el derecho y no para el miembro que estando en servicio activo a la vigencia de la Ley haya causado el derecho.

En tercer lugar, desde el punto de vista metodológico y básicamente atendiendo las facultades del Juez Contencioso, en lo relativo a la interpretación de la demanda, es necesario advertir, que el actor formuló cuatro cargos de anulación, dos de ellos por ilegalidad y los dos restantes por inconstitucionalidad. **Los cargos por ilegalidad**, los fundamentó de

un lado, en el sentido de que los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 2004 exceden lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004, porque exigen un tiempo superior al establecido en la misma para acceder a la asignación de retiro careciendo de competencia para ello y de otro, porque no se creó el régimen de transición tal como dicha Ley lo ordenó. Y **los cargos por inconstitucionalidad**, los cimentó argumentando en primera medida, que los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 2004, fueron expedidos con incompetencia, porque el Ejecutivo no podía aumentar en tres años el tiempo para obtener la asignación de retiro, con lo que se vulneró la Carta Política en el literal e) del numeral 19 de su artículo 150, y en segundo lugar, porque con la no creación de un régimen de transición, se violaron los artículos 13, 48 y 53 ibídem.

En el escenario de las causales de nulidad expuestas, inicialmente observa la Sala, que si bien es cierto, el actor esgrime dos cargos por ilegalidad y además dos objeciones por inconstitucionalidad en contra de los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 2004, no lo es menos, que las censuras por ilegalidad cuentan con idéntico fundamento que las esgrimidas por inconstitucionalidad; pues como se advierte esencialmente los reparos se concretan en que el Decreto Reglamentario excedió los límites impuestos por el marco de la Ley reglamentada al fijar tiempos mayores para obtener la asignación de retiro y en que dicho Decreto Reglamentario no creó el Régimen de Transición que ordenó la Ley Cuadro; motivo por el cual los cargos se entenderán como de mera legalidad.

Ello aunado a que las objeciones por inconstitucionalidad, no son de aquellas en las que el análisis de la conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa con la Carta Política; pues en este asunto, el parangón 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 o Cuadro que el demandante predica el supuesto exceso en el que incurrieron los artículos cuestionados del Decreto.

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

Marco, que comporta el imprescindible enfrentamiento o cotejo directo entre aquella y el Decreto en los artículos acusados ¹.

En cuarto lugar, teniendo en cuenta que el análisis se limita al estudio de la legalidad de las normas acusadas, que no de su constitucionalidad, encuentra la Sala que el demandante orientó **el primer cargo**, en el sentido de que los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 2004, violaron “*el inciso 1º*” del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, **por expedición irregular y desvío de poder**, en cuanto establecen la necesidad de cumplir 18 años de servicio para que el personal de Oficiales y de Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía en servicio activo, tenga derecho a la asignación de retiro, con lo que exceden lo dispuesto por la Ley Marco.

Ahora bien, encuentra la Sala que en este estado del análisis, se hace necesario precisar, que el principio de legalidad se compadece con que la actuación de la Administración se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico, entendido como aquel conjunto de normas que deben obedecer a una jerarquía, en tanto que unas normas dependen de otras según su importancia ²; por manera, que todos los actos que emita la Administración al igual que todas sus actuaciones deben respetar esas normas jurídicas superiores. En otras palabras, la Administración encuentra una limitante para ejercer su actividad, en la legalidad, no pudiendo hacer todo aquello que quiera sino solo lo que la Ley le permita; presupuesto básico del Estado Social de Derecho.

Como en el plano de lo fáctico es posible que la Administración transgreda el principio de legalidad, es entonces cuando en el panorama surgen las irregularidades o vicios de su actuación; de suerte, que existen los **vicios formales**, que son aquellos que operan de pleno derecho,

¹ 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 generales, impersonales u objetivas y que busca el restablecimiento de la legalidad para asegurar la actuación lícita de la Administración.

² HANS, Kelsen. Teoría pura del Derecho. Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires 1979; p. 135 y ss.

habida cuenta que representan la vulneración a la objetividad del ordenamiento jurídico y los **vicios materiales**, que por el contrario, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la Administración.

De manera particular, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla los vicios **formales**: de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como **vicios materiales**: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

El vicio formal de infracción de las normas en las que el acto debe fundarse, referidas dichas normas, a todas aquellas que componen el ordenamiento jurídico, por manera que objetivamente implica la confrontación del acto con la norma superior, se trata entonces de un problema de derecho; **la incompetencia**, que consiste en que la autoridad administrativa adopta una decisión sin encontrarse legalmente facultada para ello, teniendo en cuenta que no se puede salir del marco constitucional y legal que le señala su competencia; y, **la expedición irregular**, que acontece cuando se emite el acto sin sujeción a un procedimiento y unas fórmulas determinadas.

El vicio material de desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, es una causal implícita en el Derecho administrativo, porque forma parte de la garantía constitucional básica al debido proceso; **la falsa motivación**, que se traduce en el error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y **el desvío de poder**, que es la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el Legislador.

Ahora bien, en el entendido que la glosa planteada por el accionante se fundamenta en que el Decreto en los aludidos artículos vulnera la Ley Marco que reglamenta, porque en su sentir, establece la necesidad de cumplir un lapso de tiempo superior al que aquella prescribe, para que al personal en servicio activo le asista el derecho a la asignación de retiro;

encuentra la Sala, que de conformidad con la clasificación de los vicios que afectan al acto administrativo, el reparo tal como se encuentra esbozado, de ninguna manera configura el vicio formal de expedición irregular y mucho menos el vicio material de desviación de poder, porque básicamente es claro, que el cargo atiende a la infracción por parte del Decreto Reglamentario a la Ley Marco que reglamentó, que es la norma superior en la cual debe fundarse. Es por ello que la Sala entiende, que el vicio al que alude el actor es el formal de infracción de las normas en la que la actuación acusada debe fundarse.

En quinto lugar, determina la Sala, que el **segundo cargo** que planteó el actor por razones de ilegalidad, lo orientó en el sentido de que *“las normas acusadas”*, fueron expedidas en forma irregular en la medida en que omitieron crear el régimen de transición que ordenó la Ley Marco en el numeral 3.9 de su artículo 3°, con lo que de paso se conjugaron los tiempos de servicio para acceder a la asignación de retiro, tanto del personal que se encontraba en actividad como de aquel que para la fecha de vigencia de dicha Ley ingresara a la Fuerza Pública.

Teniendo en cuenta que los artículos acusados del Decreto Reglamentario son solamente el 14 y el 24, y que los mismos regulan la asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía en actividad, respectivamente; no puede la Sala adelantar el estudio de legalidad relacionado con la no creación del régimen de transición, cuando dichas normas no hacen alusión a ese tema.

Además, en tanto que los artículos acusados, como se advierte, no hacen referencia al régimen en mención, ello implicaría que se tendría que realizar el análisis de la totalidad del Decreto y se advierte, que el mismo no fue objeto de demanda en su integridad.

Es por las anteriores razones por las cuales, la Sala solo abordará el estudio del problema jurídico a la luz del cargo de nulidad por infracción de la norma en la que la actuación acusada debía fundarse, en la medida en que el Ejecutivo excedió los límites establecidos por el inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley Marco, para que el personal en servicio activo de la Fuerza Pública obtenga la asignación de retiro.

PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

El presente asunto se centra entonces en determinar, si los artículos 14 y 24 del Decreto No. 4433 de 31 de diciembre de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, transgreden el inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, por el vicio formal de infracción de las normas en la que la actuación acusada debe fundarse, cuando el Ejecutivo exige un tiempo superior para que el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía en actividad, respectivamente, puedan acceder a la asignación de retiro.

Bajo esta perspectiva, es que la Sala realizará el estudio de la naturaleza de los Decretos expedidos en desarrollo de una Ley Marco, para luego referirse de manera concreta a la reglamentación del Régimen de Pensiones y Asignaciones de Retiro de los Miembros de la Fuerza Pública. Seguidamente, analizará lo concerniente al cargo de infracción de la norma superior a fin de concretar si tal como fue propuesto, tiene vocación de prosperidad.

NATURALEZA DE LOS DECRETOS DE LEY MARCO

Desde la reforma constitucional de 1968, que significó la atribución al Presidente de la República de una nueva facultad en el ejercicio de su potestad reglamentaria, de acuerdo a lo que establecía el numeral 22 del artículo 120 de la anterior Carta Política³, surgió en el escenario de los decretos reglamentarios del Presidente, una modalidad de actos jurídicos de este tipo, que participaba de injerencias sustanciales con la potestad inmanente en el Ejecutivo, de reglamentar la ley para conseguir su efectiva aplicación, y en forma contemporánea, de cierta amplitud reguladora que los aproxima al nivel y jerarquía con la competencia

³ El numeral 22 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, estableció en la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo No. 1 de 1968, en el artículo 41, la competencia del Presidente de la República para expedir decretos en leyes proferidas por el Congreso destinados a reglamentar de modo general ciertas materias, entre ellas, la organización del crédito público, el reconocimiento y pago de la deuda nacional, los cambios internacionales y el comercio exterior, la modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

ordinaria del Ente Legislativo. Estos contrastes desde luego, se proyectan en su naturaleza jurídica y por supuesto en las modalidades para su control.

La Jurisprudencia reciente de esta Corporación se ha ocupado de puntualizar las características de los Decretos Reglamentarios de Leyes Marco. Es así como su Sección Tercera ⁴ explicó, que en dichos Decretos coexisten el criterio jerárquico y el criterio de distribución de materias, para explicar la dinámica de reparto de atribuciones normativas entre la ley y el reglamento.

El criterio jerárquico, en cuanto la Ley Marco condiciona parámetros y principios generales dentro de los que ha de expresarse su Decreto Reglamentario, so pena de ser excluido del ordenamiento, puesto que si bien, debe admitirse que los Reglamentos que desarrollan Leyes Marco gozan de una mayor amplitud regulatoria, en consideración a que la Ley Marco por su propia estructura normativa, no puede contener mas que parámetros, criterios y principios generales, también debe tenerse en cuenta, que esa mayor amplitud no está exenta de la necesaria coincidencia axiológica que el Decreto debe guardar con la Ley que define los ámbitos generales que justifican precisamente la expedición del Decreto.

El segundo criterio complemento del atrás enunciado, bajo el nombre de distribución de competencias, habilita reconocer, que los Reglamentos que desarrollan las Leyes Marco, encuentran coincidencia con el resto de la legislación en forma horizontal, dado que en la práctica esta metodología de distribución de competencias utilizada por el Constituyente, lo que facilita es, que determinadas materias sean reguladas por el Legislativo y por el Ejecutivo de manera conjunta, reservando para aquél los aspectos políticos de mayor significado para el área de regulación, en tanto que, para el Gobierno se radica una competencia que permite evolucionar y colocar en coincidencia con la coyuntura, una determinada materia de la vida nacional que por sus condiciones particulares es esencialmente dinámica y cambiante.

Estas dos circunstancias implican, que en su adecuado desarrollo, el órgano de representación política no pueda ir mas allá, al expedir la Ley Cuadro o Marco, de la delimitación de los puntos de referencia genéricos dentro de los que el Ejecutivo producirá su actividad normativa en procura de generar una regulación que coincida con lo variable de la situación reservada por el Constituyente para la Ley Marco.

En estas condiciones, el Reglamento de desarrollo de la Ley Marco supone el ejercicio de una facultad normativa que le ha sido asignada, con exclusividad, a un órgano distinto del Congreso de la República, para disciplinar aquellas materias que expresamente la Carta Magna ha querido que se regulen a través de esta singular técnica de reparto de atribuciones normativas entre el Congreso y otra instancia dentro de la estructura del Estado.

RÉGIMEN DE PENSIONES Y ASIGNACIONES DE RETIRO DE LA FUERZA PÚBLICA

De manera particular, en lo que concierne al régimen salarial y prestacional de los Miembros de la Fuerza Pública, conviene reseñar que con anterioridad a la Carta Magna de 1991, se encontraba regulado por los Decretos - Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990, que fueron proferidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 66 de 1989⁵. Tal materia era objeto de regulación por medio de Decretos - Leyes⁶, en la medida en que la Carta Fundamental de 1886, limitó el alcance de las Leyes Marco, tan

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Proceso No.11001 03 26 000 1999 0001201 (16230). Actor: Javier Obdulio Martínez Bossa, Demandado: Comisión Nacional de Televisión, Acción Pública de Nulidad. Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ **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*”.

⁶ 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.

solo 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 76⁷.

En la Carta Política de 1991, el régimen salarial y prestacional del que gozan los Miembros de la Fuerza Pública, está revestido de un carácter especial, en atención al potencial riesgo que comportan sus funciones - artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 -.

Es en virtud del literal e) del numeral 19 del artículo 150 Constitucional, que le corresponde al Congreso de la República establecer por medio de una Ley Marco las normas generales, los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación de dicho régimen. Y es el Gobierno Nacional el encargado del desarrollo de dichos parámetros a través de sus propios Decretos que son típicamente administrativos, más exactamente reglamentarios⁸.

Surge entonces, el ejercicio de la competencia concurrente entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, que encuentra su justificación, como atrás se advirtió, en que el Ejecutivo pueda ajustar y adecuar las regulaciones al cambio permanente y constante de las circunstancias móviles del interés público.

Ese margen de reglamentación que permite el desenvolvimiento de las atribuciones presidenciales, hace que la norma pueda ser debidamente aplicada, sin que a las disposiciones reglamentarias les esté permitido exceder los límites básicos del régimen general de los riesgos propios del sistema pensional que están plenamente identificados por la Ley Marco, pues materias que están inexorablemente vinculadas a derechos

⁷ 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) Vestir, 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*”.

⁸ Los Decretos Legislativos, los Decretos - Leyes o Extraordinarios, los Decretos Constitucionales y los Decretos de Planificación, constituyen actos administrativos de naturaleza legislativa, es decir, que gozan de fuerza igual a la de las leyes, mientras que los Decretos Especiales, los Reglamentarios y los Ejecutivos, constituyen actos de naturaleza administrativa.

constitucionales fundamentales no pueden dejarse en manos del Ejecutivo.

Por consiguiente, la distribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo al momento de regular mediante Ley Marco el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, requiere que el Congreso fije los elementos básicos, tales como requisitos de edad, montos, ingresos bases de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de asignaciones y prestaciones, y que el Presidente sujeto a dicho marco, reglamente las variables del régimen como lo concerniente a trámites, requisitos de forma y el tiempo máximo que tiene la administración para reconocer y pagar una asignación.

ANÁLISIS DEL CARGO PROPUESTO

El actor argumenta como vicio formal que afecta los artículos 14 y 24 del Decreto Reglamentario No. 4433 de 2004, su expedición con violación de la norma superior en la que debe fundarse, porque aumentaron en tres años, el tiempo 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, careciendo el Ejecutivo de competencia para ello.

Frente al vicio formal alegado, se debe establecer entonces, si el Ejecutivo incurrió en exceso de la Potestad Reglamentaria, evidenciada en haber determinado en las normas acusadas un tiempo superior al dispuesto por la norma superior, es decir, la Ley Marco, para que el personal activo de la Fuerza Pública obtuviera el derecho a la asignación de retiro.

La comparación en este caso se debe efectuar entre la Ley Cuadro y los artículos 14 y 24 del Decreto Reglamentario; cotejo que realizará la Sala, solo en relación con el primer inciso de ambos artículos, es decir, en lo que respecta al tiempo de servicio necesario para recibir la asignación de retiro, pues los incisos restantes de estos artículos, hacen alusión a los porcentajes a los cuales asciende la asignación de retiro de acuerdo con los años de prestación del servicio; situación que no es objeto de reproche por el demandante.

Pues bien, el inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley Marco dispone 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 requisitos 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”.

Lo anterior significa, que cuando el retiro del servicio se produce por **voluntad propia** del miembro de la Fuerza Pública que se encuentra en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Marco, no se le puede exigir como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro un tiempo de servicio superior al que establecen las disposiciones vigentes al momento en que se expidió dicha Ley. Y cuando el retiro se produce **por cualquier otra causal**, no se puede reclamar como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo inferior a 15 años.

Las disposiciones vigentes para el momento en que entró a regir la Ley Marco eran, como se advirtió, los Decretos - Leyes 1211 ⁹, 1212 ¹⁰ y

⁹ **Decreto Ley 1211 de 1990** “Por el cual se reforma el estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”. **Artículo 163.** “**ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de 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 equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto”.

¹⁰ **Decreto Ley 1212 de 1990** “Por el cual se reforma el estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”. **Artículo 144.** “**ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente, y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un

1213 ¹¹ de 1990, que eran coincidentes en establecer, que los miembros de la Fuerza Pública, tenían derecho a la asignación de retiro, después de 15 años de servicio, cuando fueran retirados por otras causales y luego de transcurridos 20 años de servicio cuando se retiraran por voluntad propia o por que fueran separados del servicio.

Por su parte 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:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

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

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

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente

cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad”.

¹¹ **Decreto Ley 1213 de 1990** “Por el cual se reforma el estatuto de personal de Agentes de la Policía Nacional”. **Artículo 104.** “**ASIGNACIÓN DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o disminución de la capacidad psicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad”.

decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo 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, 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:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

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

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

Y el artículo 24 del Decreto No. 4433 de 2004, establece lo siguiente:

“Artículo 24. Asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

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

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

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por

cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. *Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

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

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

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

De conformidad con las preceptivas transcritas, tanto el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares como de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se encuentren en servicio activo para el momento en que entró en vigencia el Decreto Reglamentario, es decir, para el 31 de diciembre de 2004; que luego se retiren con 18 años o más de servicio por otras causales o que se retiren por solicitud propia o por separación del servicio en forma absoluta después de 20 años de servicio, tienen derecho al pago de la asignación de retiro a partir de la fecha en la que finalicen los tres meses de alta, en los porcentajes reseñados.

De lo preceptuado por la normativa referida, la Sala establece que son dos los eventos en los cuales los miembros de la Fuerza Pública pueden solicitar la asignación de retiro: el primero, en caso de que el retiro se

produzca por **voluntad propia** y el segundo, cuando el retiro tenga lugar por **cualquier otra causal**.

En el evento en que el retiro se cause por **voluntad propia**, la Ley Marco determinó, que al miembro de la Fuerza Pública, **no se le puede exigir** como requisito para acceder a la asignación de retiro **un tiempo de servicio superior al establecido por las disposiciones vigentes al momento en que se expidió dicha Ley**, y tales normas estipulaban como término **“después de los 20 años de servicio”** o **“más de 20 años de servicio”**. Por su parte, el Decreto Reglamentario en los artículos 14 y 24, en caso del retiro por voluntad propia, estableció como término **“después de 20 años de servicio”** o **“con más de 20 años de servicio”**.

Con lo que la Sala encuentra, que cuando se trata del retiro del miembro de la Fuerza Pública por **voluntad propia**, el término de 20 años de servicio exigido no varió, es decir, que el Decreto Reglamentario respetó los lineamientos establecidos por la Ley Marco.

Ahora bien, en lo que atañe al retiro originado por **cualquier otra causal**, la Ley Cuadro estableció, que al miembro de la Fuerza Pública, **no se le puede exigir un tiempo “inferior a 15 años”**. Y, el Decreto Reglamentario en los artículos 14 y 24, en este evento, señaló que los miembros que sean **“retirados con 18 años de servicios”** tendrán derecho a la asignación en los montos allí señalados.

Con lo anterior, establece la Sala, que cuando se trata del retiro del miembro de la Fuerza Pública, **por otras causas** diversas a su voluntad, el término de 15 años de servicio que estableció la Ley Marco lo fue en un tope mínimo, lo que significa que bien puede el Decreto Reglamentario, sin incurrir en exceso de la potestad reglamentaria, establecer mayores tiempos. Lo que el Ejecutivo no puede hacer es determinar en la norma reglamentaria un lapso de tiempo inferior al de los 15 años.

En otras palabras, cuando en la Ley Marco se estipuló que no se puede exigir un tiempo de servicio **“inferior a 15 años”**, lo que el Legislador pretendió fue que el tiempo de servicio requerido para la obtención de la asignación de retiro, no fuera fijado por debajo de esos 15 años, sin que de ninguna manera el sentido de la norma fuera que dicho lapso de

tiempo de servicio, se convirtiera en inmodificable por el Ejecutivo; lo que a *contrario sensu* significa que el Gobierno, se encontraba facultado para establecer un tiempo superior, pudiéndose entonces mover dentro de ese rango, sin que ello comporte el desconocimiento de la Ley Cuadro.

Por lo demás, el Parágrafo 1° de los artículos acusados, es evidente que respeta el tope mínimo fijado por la Ley Reglamentada, si se tiene cuenta que en casos de retiro por otras causales, dispuso que los miembros de la Fuerza Pública tendrían derecho a la asignación de retiro cuando a la fecha de su vigencia *“tuvieren quince (15) años o más de servicios”*, en los mismos montos que fueron fijados por los Decretos - Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990.

Por las anteriores razones, es que la Sala concluye que no tienen vocación de prosperidad las súplicas de la demanda.

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

NIEGÁNSE las súplicas de la demanda.

En firme esta sentencia archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Presidente de la Sección

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO