

POTESTAD REGLAMENTARIA – Titularidad

La regla general en materia reglamentaria la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde "ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes"; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º Constitucional. Por otra parte se encuentran las reglas de excepción en materia reglamentaria, estando frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia. **NOTA DE RELATORÍA** : Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio

POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance / POTESTAD REGLAMENTARIA- Límites / RESERVA DE LEY

La Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal. En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que "(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...)"y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar. **NOTA DE RELATORÍA** . Sobre los límites de la potestad reglamentaria, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo

ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL – Regulación legal / ASIGNACIÓN DE RETIRO – Naturaleza

La asignación de retiro goza de una naturaleza prestacional que es susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la normatividad de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Esta prestación tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares

ASIGNACIÓN DE RETIRO – Finalidad

Esta prestación tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares. Por consiguiente, la asignación de retiro, que se encuentra excluida de la regulación de la Ley 100 de 1993, se constituye en prestación económica especial para los integrantes de la fuerza pública, y en particular de la Policía Nacional, que se retiran del servicio activo por las excepcionales funciones públicas que realizan en cumplimiento de su actividad policial que tiene como objetivo la financiación de sus necesidades básicas, tales como alimentación, vivienda, vestido, acceso a los servicios públicos domiciliarios, recreación, atención en salud, entre otras, y familiares, a la que se accede siempre y cuando se acrediten los presupuestos normativos para ello

ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL CON VINCULACIÓN DIRECTA EN EL NIVEL EJECUTIVO ACTIVOS AL 30 DE NOVIEMBRE DE 2004 – Tiempo de servicios / POTESTAD REGLAMENTARIA – Exceso

La Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal. (...) Dado que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 señala de manera diáfana que el personal de la Policía Nacional que ingresó al Nivel Ejecutivo por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, podrán acceder a la asignación de retiro cuando quiera que cumplan con un mínimo de 20 años de servicio por una causal de desvinculación distinta a la de voluntad propia y con un máximo de 25 años tratándose del retiro por solicitud de parte o destitución; es dable concluir que los presupuestos normativos en ella contemplados se encuentran en abierta contradicción con aquellos previstos a manera de límites materiales por el ordenamiento jurídico superior. Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental.

ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL CON VINCULACIÓN DIRECTA EN EL NIVEL EJECUTIVO ACTIVOS AL 30 DE NOVIEMBRE DE 2004 – Tiempo de servicios /

SENTENCIA DE NULIDAD –Efecto ex tunc

Es así como, esta Subsección declarará la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, no sin antes advertir que los efectos otorgados a esta sentencia serán de carácter ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome. En tal sentido, respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las "afecta", de manera inmediata

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL – Límites / DERECHOS FUNDAMENTALES – Protección / FUNCIÓN JURISDICCIONAL- Independencia

Respecto de los efectos económicos que puedan generar la decisión que acá se toma y su posible afectación al principio de sostenibilidad fiscal, que si bien es un principio constitucional introducido en el artículo 334 Superior mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que se ha constituido como un criterio de orientación para los diversos órganos del poder público y como tal le preocupa a la Sala su imperativa observancia; se debe precisar que no pueden entenderse como un condicionamiento a los jueces para responder al modelo económico del Estado sin importar la transgresión a los Derechos que los compela a modificar o retardar los efectos de las sentencias que han dispuesto su necesaria protección. Si bien el control de legalidad que hace esta Corporación con ocasión de la demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad implica un análisis en abstracto, lo cierto es que a partir de la decisión que acá se incorpora se salvaguardarán derechos laborales de antaño conculcados a cientos de integrantes de la Policía Nacional, quienes por cuenta del acto espurio que se expulsa del ordenamiento jurídico han visto menoscabado su acceso a una prestación social muy importante que reconoce sus años de esfuerzo por servir a la patria y proteger a la ciudadanía. (...) el ejercicio autónomo de la función jurisdiccional nunca puede ser visto como una amenaza a la sostenibilidad financiera del Estado, puesto que dentro de un escenario que admite y promueve la colaboración armónica entre los poderes, la independencia del juez tiene razón de ser en cuento al rol que desempeña orientado a garantizar los derechos de los ciudadanos y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de las controversias

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1858 DE 2012 –ARTÍCULO 2.GOBIERNO NACIONAL (Nulo)

FUENTE FORMAL : CONSTITUCIÓN POLÍTICA -ARTÍCULO 189, NUMERAL 11 / DECRETO 1212 DE 1990 / DECRETO 1213 DE 1990 / LEY 62 DE 1993 / LEY 41 DE 1994 / LEY 4 DE 1992 / DECRETO 1029 DE 1994 – ARTÍCULO 53 / DECRETO 132 DE 1995 / LEY 4.ª DE / DECRETO LEY 2070 DE 2003 / LEY MARCO 923 DE 2004 / DECRETO 4433 DE 2004 / LEY 923 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13)

Actor: JULIO CÉSAR MORALES SALAZAR Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Asunto: Nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012

Medio de control: Nulidad - Ley 1437 de 2011

Sentencia de única instancia

=====

La Sala decide la demanda instaurada por los señores Julio César Morales Salazar, Jorge Iván Mina Lasso, Alfonso Velasco Reyes, Humberto Bermúdez Gordillo, Héctor Pineda Salazar, Carlos Andrés Varela Medina, Mairon Aguilar Vargas, José Fernando Hoyos García, Daniel Enrique López Bernal y Juan Carlos Coronel García, en ejercicio del medio de control de nulidad simple, contra el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, en cuanto se considera que fue expedido por una autoridad no competente para ello, excediéndose en la potestad reglamentaria y vulnerando disposiciones normativas de orden superior.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

El 2 de abril de 2013, el señor Julio César Morales Salazar, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional», expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional y publicado en el Diario Oficial número 48545 de septiembre 6 de 2012.

Mediante escrito separado, el demandante también solicitó la suspensión provisional de los efectos de la disposición acusada.

Por otra parte, y en consideración a que los ciudadanos Jorge Iván Mina Lasso, Alfonso Velasco Reyes, Humberto Bermúdez Gordillo, Héctor Pineda Salazar, Carlos Andrés Varela Medina, Mairon Aguilar Vargas, José Fernando Hoyos García, Daniel Enrique López Bernal y Juan Carlos Coronel García, presentaron también demanda de nulidad contra el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012; el Despacho del Magistrado Ponente dispuso la acumulación de procesos, ordenando por tanto mediante Auto del 2 de marzo de 2018 el estudio conjunto de los siguientes expedientes: 11001032500020130054300 (1060-2013); 1100103250002013008500 (1783-2013); 1001032500020140013600 (0342-2014); 11001032500020140130500 (4209-014); 11001032500020130124900 (3217-2013); 11001032500020130072100 (1428-13); 11001032500020130126200 (3240-2013); 11001032500020140047200 (1510-14); 11001032500020130126300 (3241-2013); 11001032500020130018800 (0439-

13);11001032500020130090300 (1955-2013);11001032500020130022300 (0517-2013) y 001032500020140104200 (3186-2014).

El acto acusado

Los demandantes pretenden que se declare la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 expedido por el Gobierno Nacional, el cual es del siguiente tenor literal:

"DECRETO 1858 DE 2012

(Septiembre 6)

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

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En uso de las facultades constitucionales y legales contenidas en la Ley 923 de 2004 y

CONSIDERANDO:

Que la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política, determinó que el Gobierno Nacional fijaría el régimen de pensión y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

(...)

DECRETA:

(...)

Artículo 2º. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

(...)

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

Publíquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 6 de septiembre de 2012.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Defensa Nacional

JUAN CARLOS PINZÓN BUENO"

Normas violadas y concepto de violación

Concepto de violación según el actor

El actor cita como violados los artículos 13, 123, 125, 150 numeral 19, literal e), 188 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, los artículos 2, 3 numeral 3.1. inciso 2, y numeral 3.9, numeral 5 de la Ley 923 de 2003, los artículos 144 del Decreto –Ley 1212 de 1990 y 104 del Decreto Ley 1213 de 1990, los artículos 237 y 239 de la Ley 1437 de 2011; cuyo concepto de violación desarrolló a través de tres cargos:

Expedición irregular del acto por incompetencia y exceso en la potestad reglamentaria

Se plantea por el libelista que el Ministro de Defensa Nacional no tenía competencia para la expedición del acto acusado, señalando que dicha atribución está exclusivamente conferida al Presidente de la República en desarrollo de la potestad reglamentaria consignada en el artículo 189 numeral 11 de la Carta Política.

También señala que la expedición del Decreto 1858 de 2012 se hizo excediendo las facultades de reglamentación que ostenta el Gobierno Nacional toda vez que se traspasó el límite establecido en la Ley 923 de 2004.

Considera el demandante que el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 contiene unos elementos mínimos que debe observarse al momento de reglamentarse el régimen de asignación de retiro de los integrantes de la fuerza pública, y que dicho límite fue trasgredido por el acto acusado, en particular frente a lo dispuesto en el numeral 3.1 de la mencionada Ley Marco, incurriendo además en desviación de poder.

Por consiguiente, se reitera que el acto demandado desconoció el régimen de transición previsto en el artículo 3, numeral 3.1, inciso 1 de la Ley 923 de 2004, por cuanto que este señala un tiempo de servicio mínimo entre 20 y 25 años, según la causal que corresponda, para acceder a la asignación de retiro.

Tratamiento desigual y discriminatorio

Se sostiene que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 creó un tratamiento diferencial y discriminatorio entre los integrantes de la Policía Nacional que ingresaron al Nivel Ejecutivo de la Institución de manera directa frente a los demás agentes, suboficiales y oficiales, en la medida en que a los primeros se les excluyó del régimen de transición "como si se tratara de policías diferentes o como si el régimen especial de asignación de retiro de la fuerza pública fuera diferente".

Prosigue el demandante: "ya se referenció que producto de la ilegalidad en el proceder al irrespetar al Nivel Ejecutivo, un Oficial que a la fecha 30 diciembre de 2004 tuviera una antigüedad de un mes o menos de haber sido dado de alta del servicio en la Policía Nacional, se

pensionaba al retirarse con 20 años de servicio, mientras que un miembro del Nivel Ejecutivo de incorporación directa que a esa misma fecha (30 diciembre de 2004) llevara 10 años de haber sido dado de alta al servicio en la Policía Nacional, solo obtenía su pensión al retirarse con 25 años de servicio" [1]. (Sic)

Reproducción de una norma declarada nula

Se precisa en la demanda que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 constituye una clara reproducción del parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995. Disposiciones normativas que fueran declaradas nulas por parte del Honorable Consejo de Estado.

Por consiguiente, al reproducirse por parte de la disposición demandada unos preceptos legales que fueran expulsados anteriormente del ordenamiento jurídico se transgrede lo previsto en el artículo 237 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (En adelante CPACA).

Concepto de violación según los Coadyuvantes

A folios 152 a 180 del expediente se aprecian sendos memoriales que contienen la coadyuvancia presentada por parte de varios ciudadanos, quienes recaban respecto de los cargos presentados por el demandante, haciendo hincapié en la reproducción contraria a Derecho que del artículo 51 del decreto 1091 de 1995, declarado nulo, hace el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012.

De la misma manera, llaman la atención en el sentido de señalar que fue expedido un nuevo Decreto bajo el número 1157 de 2014, el cual ahonda las diferencias en el tratamiento legal respecto de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por cuanto que "entro a regular el retiro voluntario a los 20 años de servicio, con su respectiva asignación de retiro, solo y exclusivamente de forma parcializada al nivel directivo (oficiales), pero no guardo las mismas proporciones con el nivel ejecutivo y para disimular esta normativa favorable solo a un grupo de oficiales, menciona a los Agentes y suboficiales, cuando a estos la Ley 923 de 2004 y la Jurisprudencia de esta alta corporación ya había desarrollado y regulado"[2]. (Sic)

TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencias del 4 de febrero, 12 de marzo, 29 de mayo, 22 de julio, 12 y 20 de agosto de 2014, 28 de mayo de 2015 y 2 de marzo de 2018, se admitieron cada una de las respectivas demandas, conforme con el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y se ordenaron las notificaciones de Ley. Se notificó además al Ministro de Defensa Nacional y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Mediante autos de las fechas antes mencionadas, correspondientes a cada expediente, se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar a la parte demandada, notificándose además a cada uno de los sujetos procesales. La respuesta dada por la contraparte, fue oportunamente presentada y de la misma manera resuelta conforme al procedimiento legal aplicable.

Con Autos del 14 de febrero y 14 de julio de 2014, se aceptó la coadyuvancia, reconociendo como coadyuvantes a los ciudadanos que en cada expediente han sido indicados.

El 2 de marzo de 2018 se dispuso la acumulación de procesos al expediente principal; ordenándose la suspensión del trámite procesal en el expediente 11001-03-25-000-2013-00543-

00 con el propósito de lograr igualar a cada uno de los procesos acumulados con la última actuación en éste surtida. De manera que el 15 de mayo de 2018 se dispuso la reactivación procesal del expediente, ya con sus acumulados, fijando la fecha para la realización de la respectiva audiencia inicial.

La audiencia prevista en el artículo 180 del CPACA se llevó a cabo el 18 de junio de 2018, agotando los presupuestos procesales establecidos para el efecto y procediéndose a la respectiva fijación del litigio.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda es contestada por parte del Ministerio de Defensa Nacional, quien a través de su apoderada solicita que se nieguen las suplicas de la misma, fundada en consideraciones que desestiman los cargos argumentados en el libelo, de la siguiente manera: (Folios 190 al 209)

En un primer aspecto, señala que el Decreto 1858 de 2012 fue expedido por el Presidente de la República, quien puede reglamentar el régimen prestacional de la fuerza pública, por lo que los argumentos esgrimidos por el demandante son inocuos e improcedentes.

Posteriormente considera que el Decreto 1858 de 2012 no viola de manera alguna la Ley 923 de 2004 y por consiguiente no trasgrede los límites materiales en esta señalados, de tal manera que el Gobierno Nacional no estaba compelido al momento de expedición de dicha Ley a reconocer al personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional vinculado por incorporación directa, los tiempos exigidos para la obtención de la asignación de retiro que se establecen para los Suboficiales y Agentes en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Precisa finalmente que "las normas jurídicas propias de un régimen prestacional no son en sí mismas derechos adquiridos, en este sentido una norma que establezca un determinado tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro no puede convertirse en una garantía inmodificable para aquellos que en un determinado momento ingresaron a él bajo estas condiciones. En Colombia no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse".

LA AUDIENCIA INICIAL

Tal como fue convocada mediante Auto del veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018), el dieciocho (18) de junio del mismo año se llevó a cabo la audiencia pública prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Habiendo comparecido el vocero de la parte demandante y coadyuvante, así como los representantes del Ministerio de Defensa Nacional, y contando con la presencia del doctor Virgilio Almanza Ocampo, Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, el Magistrado ponente procedió a reconocer personería a el apoderado de la parte demandada, dejó constancia de la no participación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y se procedió a determinar la inexistencia de vicios o irregularidades que afecten el proceso, como a precisar la no proposición de excepciones previas.

Las partes que posteriormente fueron escuchadas, reiteraron los argumentos presentados con ocasión de la contestación de la demanda, así como su oposición a las suplicas de la misma. Seguidamente, se procedió a la fijación del litigio, determinándose el problema jurídico que será precisado más adelante, se estableció la imposibilidad de conciliación por la naturaleza de la

materia tratada, se señaló respecto de la solicitud de medidas cautelares que cada una de estas fueron resueltas en los expedientes en los cuales fueron propuestas y se dispuso tener como pruebas las allegadas al expediente y las solicitadas como tales, prescindiéndose de la audiencia de pruebas por razón de los principios de concentración, inmediatez y responsabilidad. Finalmente se ordenó correr el traslado para alegar de conclusión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante

Luego de realizar un recuento normativo de las disposiciones que regulan la asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública y de precisar el carácter económico que ostenta la mencionada prestación, el vocero de los demandantes reitera los argumentos expuestos en la demanda.

Afirma que con la expedición del Decreto 1858 de 2012, el Ejecutivo Nacional desconoció y desbordó abiertamente la Ley Marco al no establecer un Régimen de Transición que protegiese las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de la consolidación de su derecho a la asignación de retiro y/o en servicio activo antes de la expedición de dicha norma, a pesar de que el numeral 3.9 del artículo 3 de la Ley 923 así lo ordenaba.

En suma, los demandantes enfatizan en que con el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 se modificó el tiempo mínimo establecido en la Ley para que los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional accedieran a la asignación de retiro, haciéndolo más gravoso que aquél previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

También se reafirman en considerar que disposiciones legales proferidas con anterioridad al acto acusado y que fueran declaradas nulas por esta Corporación, tales como el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, fueron reproducidas integralmente en el acto administrativo acusado.

Finalmente, precisan el alcance de las normas que se consideran vulneradas con el Decreto tantas veces mencionado, adicionando al compendio inicialmente presentado las contenidas en los artículos 1,23,24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. (Folios 393 a 410).

Los Coadyuvantes

Por su parte los Coadyuvantes tampoco introducen alegaciones distintas a las sostenidas con ocasión de su coadyuvancia introductoria, sino que los argumentos sostenidos se presentan de manera ampliada, aunque reiterada.

En ese sentido, sostienen que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 otorga un trato diferencial y discriminatorio a los integrantes del Nivel Ejecutivo que se incorporaron directamente antes del 30 de diciembre de 2004, frente al cuerpo de suboficiales e integrantes del mismo nivel incorporados por homologación, toda vez que estos últimos tendrían derecho a obtener una asignación de retiro acreditando 15 años de servicio; en tanto que a los primeros les correspondería cumplir con un tiempo que oscilaría entre los 20 y 25 años de trabajo en la Institución Policial.

Es así como el trato discriminatorio dado a los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía

Nacional que se incorporaron directamente, además de contravenir normas de carácter superior, carece de finalidad razonable, tornándose inadmisibles desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales.

Por lo que se reafirma el que el acto demandado se encuentra en contravía de los mínimos normativos previstos en el numeral 3 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 y en especial respecto del mandato según el gobierno nacional debía reglamentar un régimen de transición que protegiera las expectativas legítimas de los integrantes de la Fuerza Pública, razón además para considerar la declaratoria de nulidad de las disposiciones precisadas.

Parte demandada

El Ministerio de Defensa Nacional, a través de su apoderada, recaba sobre los argumentos presentados en la contestación de la demanda en el sentido de señalar que las pretensiones establecidas en la misma no deberán estar llamadas a prosperar, por cuanto que el Decreto Demandado fue expedido por autoridad competente, en desarrollo de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional y con observancia de los principios señalados en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004.

Sostiene que en la medida en que los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional vinculados por incorporación directa se han regido por un prestacional y pensional propio, como lo es el previsto en los Decretos 132 de 1995 y 1791 de 2000, no es posible sostener, como se hace en la demanda, que la disposición contenida en el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, que ahora regula dicho régimen, haya sido expedida de manera irregular, ni mucho menos ejercicio de desviación de poder y exceso en la potestad reglamentaria.

Asegura que el régimen pensional de los integrantes del Nivel Ejecutivo ha estado regido por normas de carrera que siempre han establecido en idéntico sentido los tiempos para la asignación de retiro entre 20 y 25 años. Lo que significa que para el caso del personal de incorporación directa nunca existió una disposición normativa que reconociera el derecho con un tiempo inferior, ni mucho menos que obligara a aplicar los decretos 1212 y 1213 de 1990.

Asevera que las disposiciones introducidas por el Decreto 1858 de 2012 responden a la libertad de configuración normativa y legislativa propia de los estados democráticos, toda vez que conforme a principios de orden superior como el de interés general y a la dinámica evolutiva de la sociedad es posible realizar cambios en el ordenamiento jurídico como ocurriera en este caso, adicionado al hecho que las normas laborales no son estáticas e inmodificables.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado en concepto visible a folios 481 a 519 solicitó que se acceda a las pretensiones de nulidad de la disposición demandada, al considerar que el Gobierno Nacional desconoció las previsiones contenidas en la Ley Marco.

Precisó que la Ley Marco no hizo distinción para el Nivel Ejecutivo entre personal homologado o de vinculación directa para establecer los límites, criterios y objetivos para fijar el régimen de pensiones y asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública.

Señaló que el Gobierno Nacional no podía exigir a los miembros de la Fuerza Pública, grupo del que hace parte el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Marco, como requisito para el reconocimiento del derecho a la asignación

de retiro un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004 cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se lleve a cabo por cualquier otra causal, y mucho menos entrar a regular situaciones anteriores al 31 de diciembre de 2004.

Para la Agencia del Ministerio Público, el Presidente de la República, al expedir la norma acusada, incurrió en la prohibición de exigírsele al personal en servicio activo del Nivel Ejecutivo al 31 de diciembre de 2004, requisitos adicionales, como es el de permanecer vinculado a la Institución por un término superior al previsto en los Decretos que le eran aplicables, es decir los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que fijan como tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro como mínimo de 15 años de servicio y máximo de 20 años.

Para cerrar su intervención, El Procurador Delegado se ocupó del cargo formulado en la demanda según el cual el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 reproduce disposiciones jurídicas anuladas por esta Corporación, para sostener que "los accionantes desconocen que la anulación de dichas normas por parte del Consejo de Estado ocurrió para proteger "la situación de los uniformados que, al momento de crearse el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, ya estaban vinculados a la institución policial como Suboficiales o Agentes, y que solicitaron ser escalafonados en la nueva carrera, para lo cual sus tiempos de servicio les fueron homologados" y no porque el Consejo de Estado haya dicho que el tiempo de servicio para acceder a la pensión por parte de los miembros de la Policía del Nivel Ejecutivo fuera de 15 y 20 años, Ni dichas providencias se ocuparon del estudio de la reglamentación expedida por el Gobierno para regular lo relacionado con los requisitos para acceder a la asignación de retiro exigidos a los miembros que se incorporaron directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional". (Sic)

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

La Subsección es competente para conocer, en única instancia, de la presente demanda de nulidad contra el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 expedido por el Gobierno Nacional, conforme con el artículo 149 numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PROBLEMA JURÍDICO

Tal como se señaló anteriormente, el problema jurídico a resolver se fijó en la audiencia inicial llevada a cabo el dieciocho (18) de junio de dos mil dieciocho (2018), de la siguiente manera:

"Los problemas jurídicos por resolver se contraen a establecer si el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012:

(i) Viola o no los artículos 13, 123, 125, 150 (numeral 19 literal e), 188 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, artículos 2º, 3º (inciso 2, numeral 3.1.) y 5 de la ley 923 de 2004, Decretos 1211(artículos 163), 1212 (artículo 144) 1213 (artículo 104) los tres de 1990, artículo 237 y 239 de la Ley 1437 de 2011, las sentencias de 11 de octubre de 2012, 28 de febrero de 2013 y 14 de febrero de 2007, el derecho a la igualdad, confianza legítima, buena fe, los derechos adquiridos, la teoría del derecho viviente, el principio de progresividad.

(ii) Si aumenta o no los requisitos de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro

para el personal con vinculación directa en el nivel ejecutivo activos al 30 de noviembre de 2004

(iii) Si genera o no trato desigual, entre el personal del nivel ejecutivo activo a 30 de diciembre de 2004, de incorporación directa, con los incorporados por homologación también con los niveles de oficiales, suboficiales y agentes

(iv) Si reprodujo el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995.

(v) si incurre en los cargos, violación de la cláusula de reserva de ley, incompetencia, expedición irregular y reproducción normativa".

Para resolver los problemas jurídicos propuestos, la Sala considera prudente formular una pregunta guía que permita un mejor desarrollo metodológico y facilite la comprensión argumentativa de la respuesta contentiva de esta providencia.

En ese sentido, la Subsección se preguntará en primer término lo siguiente:

¿Vulnera el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 los límites materiales establecidos por el Legislador en el artículo 3 de la Ley Marco 923 de 2004, que a su vez se constituyen en los confines normativos para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional?

En caso tal que la respuesta sea afirmativa, esta Subsección concluirá el correspondiente estudio y adoptará la decisión que corresponda en Derecho. En caso contrario, proseguirá a dar respuesta a los siguientes interrogantes, como presupuestos complementarios del problema jurídico planteado:

¿Incorpora la disposición demandada un trato diferencial y discriminatorio al establecer requisitos para acceder al derecho de asignación de retiro respecto de aquellos establecidos para los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente frente a los Agentes, Suboficiales y oficiales?

¿Reproduce el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 disposiciones normativas anteriores que fueron declaradas nulas por parte del Consejo de Estado?

Para dar respuesta a los interrogantes planteados y de esta manera solventar el problema jurídico determinado, el estudio del asunto subjudice abordará los siguientes aspectos: (i) El alcance y límites de la potestad reglamentaria; (ii) El régimen jurídico de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional; y (iii) El caso Concreto.

2.1. Alcance y límites de la Potestad Reglamentaria

Para adentrarse en el análisis de la potestad reglamentaria, y particularmente en lo atinente a los límites de la misma, se procederá a reiterar lo considerado por la Sección Tercera, Subsección C, en Sentencia del 10 de octubre de 2016, radicado 55813, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa y lo dicho por la Sección Segunda, Subsección B, en Sentencia del 11 de mayo de 2017, radicado interno 0548-2014, con ponencia del doctor César Palomino Cortés.

En cuanto a la titularidad de la potestad reglamentaria, es decir, de la capacidad de producir normas administrativas de carácter general reguladoras de la actividad de los particulares y base

para la actuación de las autoridades, resulta claro que la Constitución de 1991 distribuyó dicha potestad entre las diferentes autoridades y organismos administrativos. Desde esta perspectiva, es posible formular una regla general que nos traslada de inmediato a las competencias del Presidente de la República; y unas reglas de excepción, algunas de ellas previstas en la Constitución y otras en la ley, que le entregan la potestad normativa o reglamentaria a otros sujetos de la función administrativa.

En este orden de ideas, la regla general en materia reglamentaria la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde "ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes"; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución[3], asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º Constitucional.

Por otra parte se encuentran las reglas de excepción en materia reglamentaria, estando frente a estas cuando por mandato constitucional algunos otros organismos del Estado pueden dictar normas con carácter general en asuntos de su competencia[4].

La jurisprudencia del Consejo de Estado admite que es potestad administrativa de los ministerios y demás dependencias administrativas y no del Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, reglamentar mediante actos generales los asuntos que legalmente les corresponda. Así lo ha dejado claro la Corporación en multiplicidad de fallos, entre los que se destaca el siguiente:

"(...) Cuando la ley ordena que determinada materia sea regulada por un Ministerio, con ello quiere dar a entender el legislador que se hace innecesario hacer uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política, adscrita al Presidente de la República, quien la ejerce con el Ministro o el Director del Departamento Administrativo respectivo. Sabido es que una cosa es hablar del Gobierno, entendiendo éste como presidente y Ministro o Director del Departamento Administrativo respectivo, conforme lo prevé el inciso 3o. del artículo 115 de la Carta Política, y otra muy diferente es hablar de una función administrativa que le corresponde únicamente al Ministro por mandato de la ley, porque aquí juega papel importante uno de los principios que rigen la actuación administrativa, como es el de la desconcentración de funciones"[5].

Ahora bien, otro punto importante al estudiar la potestad reglamentaria es el referente a su contenido y alcance. Sin duda alguna, dicha potestad normativa está en directa relación con los poderes de orientación política, dirección, estructuración, regulación, diseño y fijación de directrices para el cometido de los fines estatales asignados a la administración; todo esto, como es obvio, dentro del contexto de los principios y parámetros constitucionales y legales respectivos. Es decir, la potestad normativa de la administración o de hacer normas rectoras de la actividad estatal, en cuanto privilegio funcional, es de naturaleza subordinada y dependiente de

las normas de carácter superior. Sería absurdo pensar en la posibilidad de una potestad normativa de la administración ausente o inmune al principio de la legalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha estudiado el contenido material de la potestad reglamentaria, sosteniendo que se trata de un tema siempre problemático y complejo, sobre todo en la definición de sus límites materiales frente a la ley; no obstante reconoce que, en lo que si hay consenso, es en que, en toda materia sometida por el Constituyente a reserva de ley, no se admite normativa reglamentaria de no haber sido tratada previamente por el legislador, pues es este el llamado a producirla y, en consecuencia, que la reglamentación de la administración depende directamente del texto legal, quedando habilitada la administración directa e intemporalmente, no de manera exclusiva el Presidente de la República, por la sola presencia y existencia de la ley, para ejercer la potestad reglamentaria que considera oportuna y necesaria con el propósito de cumplir, hacer viable y ejecutorio los postulados de la norma legal.

En cuanto a sus límites, esta Corporación ha indicado que "(...) el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria no puede dictar disposición alguna que viole una ley cualquiera, no sólo la que dice desarrollar o ejecutar sino todas las normas que tengan carácter legislativo (...) "[6] y que so pretexto de reglamentar una norma, el decreto reglamentario no puede, en ejercicio de la facultad mencionada, modificar, ampliar o restringir el sentido de la ley dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en las mismas, porque ello no sería reglamentar sino legislar.

En este sentido, el Consejo de Estado ha establecido que la potestad reglamentaria se encuentra limitada por dos criterios, a saber: la competencia y la necesidad[8]. El primero se refiere a la extensión de la regulación que el Legislador defiende al Ejecutivo "de manera que le está prohibido, socapa de reglamentar la ley, adicionar nuevas disposiciones, por lo que debe entonces, para asegurar la legalidad de su actuación, limitarse al ámbito material desarrollado por el legislativo".

De otra parte, la necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria se funda en el carácter genérico de la ley. Así, si la regulación legal agota el objeto o materia regulada, la intervención del Ejecutivo no deviene indispensable[10]. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación estableció que:

"Los límites del poder reglamentario de la Ley, los señala la necesidad de cumplir debidamente el estatuto desarrollado; si los ordenamientos expedidos por el Congreso, suministran todos los elementos necesarios para su ejecución, el órgano administrativo nada tendrá que agregar y por consiguiente, no habrá oportunidad para el ejercicio de la potestad reglamentaria. Pero, si en ella faltan los pormenores necesarios para su correcta aplicación, opera inmediatamente la potestad para efectos de proveer la regulación de esos detalles".[11]

Así mismo, para la Sala resulta oportuno señalar como la reserva de ley constituye un límite a la potestad reglamentaria. En relación con este tema, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que, se "hace referencia a la prohibición general de que puedan establecerse restricciones a los derechos constitucionales fundamentales en fuentes diferentes a la ley"[12].

2.2. El régimen jurídico de la asignación de retiro de los integrantes del

Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

La asignación de retiro goza de una naturaleza prestacional que es susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo, al igual que la pensión de vejez que se le otorga a los trabajadores que se rigen bajo la normatividad de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Esta prestación tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares[13].

Por consiguiente, la asignación de retiro, que se encuentra excluida de la regulación de la Ley 100 de 1993, se constituye en prestación económica especial para los integrantes de la fuerza pública, y en particular de la Policía Nacional, que se retiran del servicio activo por las excepcionales funciones públicas que realizan[14] en cumplimiento de su actividad policial que tiene como objetivo la financiación de sus necesidades básicas, tales como alimentación, vivienda, vestido, acceso a los servicios públicos domiciliarios, recreación, atención en salud, entre otras, y familiares, a la que se accede siempre y cuando se acrediten los presupuestos normativos para ello.

Esta prestación fue reglamentada por el Decreto 1212 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional», que estableció en su artículo 144 que "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 sico-física, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad".

Por su parte el Decreto el Decreto 1213 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional» reiteró en su artículo 104 la posibilidad para los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio de acceder al derecho de asignación de retiro siempre y cuando hayan acreditado 15 años de servicio en la medida en que este no haya ocurrido por solicitud propia, o 20 años cuando quiera que esta solicitud sea la circunstancia que motivare su desvinculación.

Con ocasión de la promulgación de la Ley 62 de 12 de agosto de 1993[15] se determinó que la Policía Nacional[16] estaría compuesta por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes prestaran el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella; otorgando además facultades al Ministro de Defensa Nacional por un término de 6 meses para adoptar su nueva estructura.

En ejercicio de tales facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional emanó el Decreto Ley 41 de 10 de enero de 1994[17], «Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones», y en él se consagró el llamado nivel ejecutivo que comprende los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador, según la especialidad.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-417 de 1994, con ponencia del Doctor Carlos Gaviria Díaz, declaró la inexequibilidad por inconstitucionalidad de las expresiones «nivel ejecutivo», «personal del nivel ejecutivo» y «miembro del nivel ejecutivo», al igual que lo hizo con varios artículos que se referían específicamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional toda vez que consideró que dicha normatividad excedía el límite material fijado por el legislador en la Ley de facultades extraordinarias, en la medida en que con ellas se creaba una nueva categoría de cargos en la Institución Policial no autorizada legalmente.[18]

Para ese momento histórico, la creación del Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional había obedecido a la necesidad de profesionalizar la función y mejorar la remuneración de los Agentes y Suboficiales, al establecerles un régimen salarial y prestacional propio y especial.

En consonancia con lo señalado y con ocasión de la creación del referido nivel ejecutivo por el Decreto ley 41 de 1994, se expidió, en desarrollo de la Ley 4ª de 18 de mayo de 1992[19], el Decreto reglamentario 1029 de 1994, «Por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional».

Fue así como el artículo 53[20] del Decreto 1029 de 1994 estableció, sin hacer distinción entre el personal incorporado directamente y el homologado, como requisito para acceder a la asignación de retiro, un tiempo de servicio de 20 años cuando este se produjere por llamamiento a calificar servicios, voluntad de la dirección general, disminución de la capacidad psicofísica, destitución o haber sido condenado con pena principal de arresto; y un tiempo mínimo de 25 años de servicio cuando quiera que la desvinculación se produjere por solicitud propia, incapacidad profesional, inasistencia injustificada al servicio por más de 10 días, haber cumplido 65 años los hombres y 60 las mujeres y por conducta deficiente o destitución.

Muy a pesar de esta importante reglamentación, la Corte Constitucional consideró que resultaba ser jurídicamente imposible su aplicación, toda vez que el sustento que le daba origen adolecía del vicio de la inconstitucionalidad, por cuanto que esta normativa ostentaba como fundamentos de Derecho el Decreto Ley 41 de 1994, por lo que el Nivel Ejecutivo, a su decir, había desaparecido. Así lo estableció el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-613 de 1996, cuya ponencia fue del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. [21]

El 13 de enero de 1995 se profirió la Ley 180[22], que modificó el artículo 6 de la Ley 62 de 1993, en el sentido de precisar que «La Policía Nacional estaría integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella [...]», revistiendo de facultades extraordinarias al presidente de la República para desarrollar la carrera policial del denominado nivel ejecutivo, al que podía vincularse personal homologado tales como suboficiales, agentes y personal no uniformado que estuviere activo en la institución y de incorporación directa; igualmente, estableció que no se podía discriminar ni desmejorar la situación actual de quienes estuvieren activos e ingresaran a dicho nivel.

En ejercicio de las facultades extraordinarias antes mencionadas, se expidió el Decreto 132 de 1995 que reglamentó el sistema de carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que en lo concerniente a la jerarquía, ingreso y régimen salarial y prestacional definió los grados de Comisario, Subcomisario, Intendente, Subintendente, patrullero, Carabinero e Investigador, según su especialidad.

Además esta disposición precisó que el personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía

Nacional se someterá al régimen prestacional y salarial que determine el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta que los integrantes de este Nivel no podrán ser discriminados ni desmejorados en ningún aspecto frente a quienes estén al servicio de esa Institución.

También en desarrollo de la Ley 4.^a de 1992[24], fue proferido el Decreto 1091 de 1995, «Por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995», que concretamente dispuso para la asignación de retiro, lo siguiente:

"ARTÍCULO 51. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:

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

1. Llamamiento a calificar servicio.
2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.
4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.

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

1. Por solicitud propia.
2. Por incapacidad profesional.
3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.
4. Por conducta deficiente.
5. Por destitución.
6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.
7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995.

PARÁGRAFO. También tendrá derecho al pago de asignación mensual de retiro el personal del nivel ejecutivo de que trata el literal b) de este artículo, cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y
2. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres".

En tanto el Decreto 132 de 1995 fue derogado por el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000 «Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional», el Decreto 1091 de 1995 no corrió con mejor suerte, en tanto que fue declarado nulo por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, que mediante Sentencia del 14 de febrero de 2007, cuyo ponente fue el doctor Alberto Arango Mantilla, consideró que se encontraba en contravía de la Constitución y la Ley, al haber sido expedida sin sustento de Ley Marco. Sobre el particular señaló la Corporación:

[...] cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la ley marco, entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una cláusula de reserva legal.

En esas condiciones, la regulación de tales presupuestos o requisitos no puede ser diferida o trasladada ni siquiera al legislador extraordinario, esto es, al Gobierno Nacional, como se señala en la citada sentencia de la Corte Constitucional, y menos podría desarrollarse mediante decretos administrativos expedidos por el Ejecutivo con fundamento en una ley marco (Ley 4ª de 1992) que no podía habilitarlo para tal efecto [...] "[25].

Con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003[26], se otorgaron nuevamente facultades extraordinarias[27] al presidente de la República entre otras, para «[...] expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía».

En ejercicio de tales facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional emanó el Decreto ley 2070 de 2003, «por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares», incluidos los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional[28], señalando en su artículo 25 que "Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro".

Sin embargo, este Decreto 20170 de 2003 corrió la misma suerte de sus predecesores, toda vez que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, Tribunal que mediante Sentencia C-432 de 2004 con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil, consideró que la expedición del régimen salarial y prestacional de la fuerza pública es objeto de reserva de Ley Marco y que por tanto deviene en inconstitucionalidad cualquier reglamentación que se profiera por otra tipología legal aunque esta fuere un Decreto con fuerza material de Ley.

"Destaca la Sala que pese a la corta vida jurídica de las disposiciones mencionadas en párrafos precedentes, en lo que atañe al requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, el artículo 25 del Decreto ley 2070 de 2003, así como los 53 y 51 de los Decretos 1029 de 1994 y 1091 de 1995, en su orden, establecieron, sin hacer distinción entre el personal incorporado directamente y el homologado del nivel ejecutivo, que este sería de 20 años cuando

el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, voluntad de la dirección general o disminución de la capacidad psicofísica, y 25 años por solicitud propia o destitución"[29].

En ejercicio de las facultades constitucionales otorgadas al Congreso de la República en el artículo 150, numeral 19) literal e) de la Carta Política, el 30 de diciembre de 2004 se promulgó la Ley Marco 923[30], que reguló los objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, así como determinó los elementos mínimos que deben contener y orientar la reglamentación del régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional.

Mediante el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004[31], se reglamentó la Ley 923 de 2004, estableciendo en su artículo 25, respecto de las condiciones para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo a su entrada en vigencia, que este derecho se adquiere cuando quiera que el uniformado «[...] 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».

No obstante, el 12 de abril de 2012[32] la sección segunda de esta Colegiatura anuló el párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al estimar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al incrementar la edad para acceder a la asignación de retiro y vulnerar la cláusula de reserva legal.

De igual manera, el 11 de octubre de 2012[34], mediante Providencia de esta Sección, en otro proceso de nulidad incoado contra el mismo párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, se declaró la cosa juzgada con base en las consideraciones de la decisión antes citada.

Asimismo, en decisión de 28 de febrero de 2013[35] también se declaró la nulidad del artículo 11, párrafo 2º, del Decreto 1091 de 1995 y las expresiones acusadas de los artículos 24, 25, párrafo 2.º, y 30 del Decreto 4433 de 2004, por desbordar las facultades otorgadas en la Ley 923 de 2004, en armonía con el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política Nacional.

Luego, el 23 de octubre de 2014[36] se declaró la nulidad de los artículos 14; párrafo del 15; 24; párrafo 1º del 25 y 30 del precitado Decreto 4433 de 2004, por quebrantar los límites que trazó el legislador en la Ley 923 de 2004 al ejecutivo y afectar con requisitos más gravosos a los beneficiarios de la asignación mensual de retiro, con nuevas y superiores exigencias.

Ante este panorama sobrecogedor, fue así como para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional y en desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004 que se promulgó el Decreto 1858[37] de 2012.

Este Decreto, 1858 de 2012, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro para los

suboficiales y agentes que se homologaron y de quienes ingresaron por incorporación directa, antes del 1º de enero de 2005, se constituye en la normativa cuyo artículo 2 es objeto de examen de legalidad en el presente caso.

2.3. El Caso Concreto

Procede la Sala a resolver respecto de los cargos formulado en el líbelo, a partir del cual se acusa la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 por encontrarse desbordando los límites previstos por el legislador para la reglamentación de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional previstos en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, incorporar un trato desigual y discriminatorio frente a los demás integrantes de la Institución Policial y reproducir en su contenido normas cuya nulidad fue declarada por esta Corporación.

Para efectos de dar respuesta el problema jurídico primigeniamente determinado al siguiente tenor: ¿Vulnera el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 los límites materiales establecidos por el Legislador en el artículo 3 de la Ley Marco 923 de 2004, que a su vez se constituyen en los confines normativos para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional?, se hace necesario dilucidar los siguientes dos aspectos: a) Los límites materiales previstos en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, y b) La trasgresión o no de dichos límites por parte de la norma contenida en el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012.

Ab Initio es importante precisar que deviene con claridad meridiana que a partir del estudio de los artículos 2 y 3 de la Ley 923 de 2004, es dable establecer la existencia precisa de normas que a título de objetivos, criterios y elementos mínimos señalan unos axiomas y reglas que delinear y demarcan el accionar de las autoridades administrativas competentes para la fijación del régimen de asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, de manera tal que estos se constituyen en verdaderos límites materiales no solo para el ejercicio de la potestad reglamentaria sino también para dotar de contenido el derecho cuya prestación se reclame.

En ese sentido, el derecho de asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, incluyendo por supuesto a los miembros de la Policía Nacional, deberá ser fijado y dotado de contenido a la luz de la Ley Marco que lo regula por parte del Presidente de la República, quien integrando el Gobierno Nacional, resulta ser la autoridad competente para ello por ostentar la potestad reglamentaria ampliada[38]; atendiendo para el efecto los siguientes límites materiales:

- i. Tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.
- ii. Conservar y respetar 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.
- iii. El reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal, no podrá ser desconocido en ningún caso.
- iv. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.
- v. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia

de la Ley 923 de 2004, 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.

- vi. Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres

De los anteriores límites materiales señalados en la Ley Marco para la fijación del régimen de asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, llama la atención de la Sala el que ha sido rotulado con el numeral (v) en el sentido que se señala con claridad que el tiempo mínimo para acceder a la prestación es de 15 años cuando quiera que el retiro se produzca por una causal distinta a la de solicitud propia; pero tratándose de esta misma causal, la norma remite a las disposiciones vigentes al momento de expedición de la Ley Marco para efectos de establecer el tiempo máximo de servicio requerido.

La determinación de las disposiciones vigentes al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004, que regulan el tiempo máximo de servicio requerido para acceder al derecho de asignación de retiro cuando la causal de desvinculación se produzca por solicitud propia, no ha sido pacífica al interior de esta Subsección.

En un primer momento, con ocasión de la resolución de la solicitud de suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, el despacho del Magistrado Sustanciador mediante Auto del 14 de julio de 2014, consideró que "a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, al 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, por cuanto los Decretos que de forma específica regulaban dicha prestación, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de [39] y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, perdieron vigencia por declaración judicial".

Sin embargo, en un segundo momento, al desatar el recurso ordinario de súplica contra el Auto arriba mencionado, mediante providencia del 08 de octubre de 2015 la Magistrada Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez consideró que "a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplica las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de 2004, que era el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; aclarando que para ese entonces, ni el legislativo, ni el Gobierno podían anticipar que dicho aparte normativo, sería declarado nulo por el Consejo de Estado en 2007"[41]; Decreto cuyo contenido normativo, además, había sido ya integrado a la Ley Marco de manera tácita, siendo el querer del legislador que el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro del personal incorporado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fuera de entre 20 y 25 años, dependiendo de la causal.

De acuerdo con lo dicho, si bien ambas posturas jurídicas mencionadas son respetables y pudieran ser acogidas, lo cierto es que como se precisó anteriormente, los aspectos relativos a la regulación de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional previstos en los Decretos reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, fueron anulados por el Consejo de Estado, así como los establecidos sobre la materia en el Decreto Ley 2070 de 2003 fueron dejados sin efectos por la Corte Constitucional.

Siendo cierto que al momento de expedición de la Ley 923 de 2004, el constituyente derivado no habría podido prever que el Decreto 1091 de 1995 sería declarado nulo, también es cierto que los efectos de la declaratoria de su nulidad son de carácter extunc, por lo que en términos claramente aceptados por la jurisprudencia de esta Corporación dichas disposiciones fueron expulsadas del ordenamiento jurídico, manteniendo tan solo incólumes las situaciones que hubieren estado consolidadas.

Por consiguiente, siendo verdad de Perogrullo que el Decreto 1091 de 1995 fue declarado nulo y que en la práctica el operador jurídico desde el 14 de febrero de 2007 no puede aplicar frente a situaciones no consolidadas durante el tiempo de su vigencia las disposiciones en este contenidas, no es posible a ciencia cierta admitir desde ningún punto de vista prudente sin desconocer principios generales del Derecho y del efecto útil de las normas jurídicas, que los tiempos máximos previstos en dicho acto para acceder al Derecho de asignación de retiro sean aquellos que deban acogerse a la luz de lo previsto en el artículo 3.1, inciso 2, de la Ley 923 de 2004.

Tampoco es de recibo sostener que fue el querer del legislador incorporar tácitamente los términos temporales del Decreto 1091 de 1995 para completar la proposición jurídica contenida en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004, no solamente porque de haber sido así, nada hubiera obstado para que lo hubiera dejado expresamente consignado en el texto legal, sino porque el propio Congreso de la República conocía de primera mano el devenir histórico signado por las declaratorias de inexequibilidad y nulidad de leyes y actos que no cumplían con los parámetros constitucionales de haber sido expedidos en observancia de la reserva de Ley o con las garantías establecidas en la Ley Marco. De suerte tal, que la Ley 923 de 2004 no advirtió jamás distinción alguna entre las instituciones que integran la Fuerza Pública, ni mucho menos diferenció para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional entre personal homologado o de vinculación directa al momento de establecer los límites, criterios y objetivos que debían ser tenidos en cuenta para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro.

En conclusión de esta primera disquisición, la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.

Determinados entonces los límites materiales previstos en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 que restringe el accionar del Gobierno Nacional al momento del ejercer la potestad reglamentaria ampliada para fijar el régimen de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, desemboca en un imperativo categórico establecer si con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 se desconocieron, trasgredieron o vulneraron dichos confines normativos.

Así las cosas, a partir de la integración normativa que por vía de remisión interpretativa se realiza entre las disposiciones contenidas en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004 y las establecidas en los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, es posible realizar una lectura omnicomprensiva del límite material establecido para acceder al

derecho de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 31 de diciembre de 2004; de tal manera que este quedaría literalmente precisado así:

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 a 20 años cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Ahora bien, para efectos de determinar la consonancia o no del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 con el ordenamiento jurídico superior basta con realizar una confrontación entre los preceptos normativos, centrando la almendra del problema por resolver en la conformidad o disconformidad entre los tiempos mínimos y máximos establecidos en la norma acusada para acceder a la asignación de retiro por parte de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente con respecto de aquellos términos temporales previstos en el numeral 3.1 inciso 2 de la Ley 923 de 2004.

Dado que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 señala de manera diáfana que el personal de la Policía Nacional que ingresó al Nivel Ejecutivo por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, podrán acceder a la asignación de retiro cuando quiera que cumplan con un mínimo de 20 años de servicio por una causal de desvinculación distinta a la de voluntad propia y con un máximo de 25 años tratándose del retiro por solicitud de parte o destitución; es dable concluir que los presupuestos normativos en ella contemplados se encuentran en abierta contradicción con aquellos previstos a manera de límites materiales por el ordenamiento jurídico superior.

En efecto, con la expedición del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2004 al exigirle al personal vinculado con el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.

Al desbordar a través de la emanación de la disposición acusada los términos temporales previstos en la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, el Gobierno Nacional desconoció y violentó los límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, excediéndose de contera en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental.

Tal exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada por parte del Gobierno Nacional ocurrió cuando quiera que so pretexto de fijar el régimen de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, que plasmó en la disposición demandada, osó en modificar el contenido de la Ley Marco, pasando por alto el hecho reiteradamente normado que las disposiciones reglamentarias deben estar subordinadas a la respectiva ley y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella.

Por consiguiente, los argumentos hasta ahora expuestos en esta providencia son suficientes para declarar la nulidad de la disposición acusada, por cuanto que, se reitera, con su emanación, el Gobierno Nacional vulneró los límites materiales establecidos por el Legislador en el artículo 3.1 inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, trasgrediendo consecuentemente los confines normativos previstos para el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada; por lo que no será necesario proseguir con el estudio de los demás cargos formulados, amén de que prima facie es posible advertir que la norma demandada además se constituye en regresiva y por tanto vulneradora de derechos y garantías constitucionales de los trabajadores.

Es así como, esta Subsección declarará la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, no sin antes advertir que los efectos otorgados a esta sentencia serán de carácter *ex tunc*, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome[42]. En tal sentido, respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las "afecta", de manera inmediata.

Por otro lado, respecto de los efectos económicos que puedan generar la decisión que acá se toma y su posible afectación al principio de sostenibilidad fiscal, que si bien es un principio constitucional introducido en el artículo 334 Superior mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que se ha constituido como un criterio de orientación para los diversos órganos del poder público y como tal le preocupa a la Sala su imperativa observancia; se debe precisar que no pueden entenderse como un condicionamiento a los jueces para responder al modelo económico del Estado sin importar la transgresión a los Derechos que los compela a modificar o retardar los efectos de las sentencias que han dispuesto su necesaria protección.

Si bien el control de legalidad que hace esta Corporación con ocasión de la demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad implica un análisis en abstracto, lo cierto es que a partir de la decisión que acá se incorpora se salvaguardarán derechos laborales de antaño conculcados a cientos de integrantes de la Policía Nacional, quienes por cuenta del acto espurio que se expulsa del ordenamiento jurídico han visto menoscabado su acceso a una prestación social muy importante que reconoce sus años de esfuerzo por servir a la patria y proteger a la ciudadanía.

De esta forma, la providencia que este documento incorpora se convierte en el instrumento para la realización del Derecho subjetivo, manifestación viva del derecho de acceso a la administración de justicia y adalid del principio de constitucionalidad.

Para la Corte Constitucional el principio de sostenibilidad fiscal "no es un fin constitucional en sí mismo considerado; sino apenas un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho. Es así como los fines esenciales del Estado, descritos en el artículo 2º C.P., no fueron objeto de reforma, de manera tal que no existe una prescripción normativa según la cual la Sostenibilidad Fiscal sea un objetivo del Estado Social de Derecho, sino que simplemente alcanza el estatus de herramienta para la consecución de los objetivos que dan identidad a la Constitución"[44].

Por tanto, al ponderar en el marco de la metáfora de la balanza los derechos prestacionales laborales que se protegen por vía de esta providencia con respecto de los gastos que puede

generar su cumplimiento y protección en clave de fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, es dable establecer que el sacrificio económico es menor frente al menoscabo de los Derechos Constitucionales Fundamentales involucrados y a los principios incorporados en la Carta Fundamental que dan razón de ser al andamiaje democrático sobre el que se funda la Nación, además del daño irreparable que se generaría a la tridivisión de poderes y a la autonomía e independencia de la Rama Judicial.

Finalmente se ha de advertir que en la medida en que la Ley 923 de 2004 no diferenció, como quedó dicho, para efectos de garantizar el derecho de acceso a la asignación de retiro, entre el personal homologado o incorporado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional; creo un impacto fiscal per se que no puede ser atribuido a la presente decisión, sino que se encuentra inmerso en las normas jurídicas que determinaron los criterios para la fijación del respectivo régimen.

Por tanto, el ejercicio autónomo de la función jurisdiccional nunca puede ser visto como una amenaza a la sostenibilidad financiera del Estado, puesto que dentro de un escenario que admite y promueve la colaboración armónica entre los poderes, la independencia del juez tiene razón de ser en cuanto al rol que desempeña orientado a garantizar los derechos de los ciudadanos y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de las controversias.

III. DECISIÓN

Como corolario de lo expuesto la Sala encuentra que con la incorporación al ordenamiento jurídico del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, el Gobierno Nacional desconoció los términos temporales previstos en el artículo 3.1 inciso 2 de la Ley 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004.

Al desconocer y traspasar dichos límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Carta Fundamental, de manera tal que las pretensiones de la demanda estarán llamadas a prosperar.

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

F A L L A

DECLARAR, con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 "por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional", expedido por el Gobierno Nacional.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

[1] Folio 13 del cuaderno principal.

[2] Folio 153 del Cuaderno Principal.

[3] Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

[4] Sobre la potestad reglamentaria dispersa, esto es, no en cabeza del Presidente de la República, véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de abril de 2010, Exp.: 31223. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I. Sentencia del 26 de febrero de 1998. Exp.- 4500. Ernesto Rafael Ariza.

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, Sentencia del 15 de mayo de 1997. Exp. 4015-4068, C.P.: Juan Alberto Polo.

[7]/A> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Auto del 2 de febrero de 2005. Exp. 28615, C.P.: Alier Eduardo Hernández.

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp.: 36054, C.P.: Enrique Gil Botero.

[9]/A> Ibídem.

[10] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Septiembre 5 de 1997, Exp.: 8308. C. P.: Germán Ayala Mantilla y Sección Cuarta, Sentencia de mayo 5 de 2003. Exp.: 13212 C. P.: Ligia López Díaz.

[11] Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de agosto de 2008, Exp. 0294-04 y 0295-04, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-1262 de 2005. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

[13] Corte Constitucional. Sentencia T-512 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[14] (i) Defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216 de la Carta Política); (ii) velar por la defensa de la soberanía, independencia, e integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217 ibídem); y (iii) mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz (art. 218 ib.).

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

[16] Ley 62 de 1993: «Artículo 5. ° Definición. La Policía Nacional es un cuerpo armado, instituido para prestar un servicio público de carácter permanente, de naturaleza civil y a cargo de la Nación. Su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar la paz ciudadana».

[17] Dispuso en su artículo 115: «El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto Ley 1212 de 1990 con excepción de los títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás normas que le sean contrarias».

[18] El pronunciamiento de la Corte se fundamentó en que el ejecutivo se extralimitó al desarrollar las atribuciones otorgadas en el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 62 de 1993, porque al tenor de la ley de investidura no estaba autorizado para crear una tercera categoría dentro del personal uniformado de la Policía Nacional, denominada «nivel ejecutivo», tal como lo hizo, pues el legislador ordinario decidió conservar las mismas tres categorías que tradicionalmente se conocen en esa institución, a saber: oficiales, suboficiales y agentes.

[19] «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».

[20] Artículo 53.- Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 51 de este decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas, en las siguientes condiciones:

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

-Llamamiento a calificar servicio.

-Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

-Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad policial.

-Por destitución.

-Por haber sido condenado por la pena principal de arresto o prisión y separado, en las condiciones establecidas en los artículos 87 y 88 del decreto 41 de 1994.

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

-Por solicitud propia.

-Por incapacidad profesional.

-Por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada.

-Por haber cumplido 65 años de edad los hombres y 60 años de edad las mujeres.

-Por conducta deficiente.

-Por destitución.

-Por haber sido condenado a la pena principal de arresto o prisión y separado, en las condiciones

establecidas en los artículos 87 y 88 del Decreto 41 de 1994.

[21] Mediante esta Sentencia, la Corte Constitucional decidió la demanda de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 48 y 94 del Decreto ley 3072 de 1968, «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 54 y 113 del Decreto ley 613 de 1977, «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 82, 135 y 152 del Decreto ley 2062 de 1984, «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 149 del Decreto ley 96 de 1989, «Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 107 del Decreto ley 97 de 1989, «Por el cual se reforma el Estatuto de Agentes de la Policía Nacional»; 150 del Decreto ley 1212 de 1990, «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional» y 109 del Decreto ley 1213 de 1990, «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional».

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

[23] Artículo 7.º (parágrafo) de la Ley 180 de 1995: «La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».

[24] «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».

[25] Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, acción de nulidad 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

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

[27] En la Gaceta 428 de 2002, se lee que el Gobierno adujo la siguiente exposición de motivos para solicitar las facultades extraordinarias: «El sistema no es solidario ni equitativo, por la presencia de regímenes especiales y exceptuados que permiten que una gran minoría disfrute de unos derechos pensionales diferentes a los que tiene el resto de la población Colombiana. Mientras que los afiliados provenientes de estos sistemas representan solo el 11% del total de los afiliados al régimen, los pasivos pensionales del Fondo de las Fuerzas Militares y Policía y del Magisterio, equivalen al 30% del déficit pensional de la Nación. (...). Hasta hoy, las pensiones del Presidente de la República, los congresistas, los Magistrados de las Altas Cortes, los miembros de la Fuerza Pública, los trabajadores de Ecopetrol y los docentes públicos, han tenido unos parámetros diferentes a los que rigen para la generalidad de los Colombianos, bien sea por estar exceptuados del régimen general o por estar sujetos a un régimen de transición especial. El Presidente de la República ha expresado que renunciará a estos beneficios, así mismo los

congresistas que apoyaron su candidatura, están dispuestos a renunciar a los privilegios de su régimen especial de transición, en aras de un Estado más solidario y equitativo. [...] Se solicitan facultades extraordinarias igualmente para modificar el régimen de pensiones de las fuerzas militares y la policía nacional. En momentos como los que vive la Nación, un principio básico de solidaridad y equidad, es renunciar a los privilegios pensionales que durante tantos años han tenido y que los diferencian del resto de los colombianos. [...]».

[28] «Artículo 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto».

[29] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 13 de diciembre de 2017. M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicado No. 11001-03-15-000-2017-02972-00.

[30] «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política».

[31] «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

[32] Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente Alfonso Vargas Rincón, acción de nulidad 11001-03-25-000-2006-00016-00 (1074-07).

[33] Dijo el referido fallo: «En consecuencia, la norma acusada, parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años.

Y tratándose de causales diferentes al retiro por solicitud propia, lo estableció en 20 y 25 años, cuando las normas anteriores habían establecido entre 15 y 20 años, tiempo de servicio que debía respetarse para quienes, de conformidad con lo ordenado en la Ley 923 de 2004, se encontraban en servicio activo al momento de la entrada en vigencia de la Ley, como ésta misma lo dispuso.

Es cierto que la Ley marco establece en su artículo 3º, numeral 3.1 un tiempo mínimo de servicio de 18 años y un límite máximo de 25 años para obtener dicha asignación, sin embargo, en el presente asunto no se trata de establecer si el requisito del tiempo de servicio para la generalidad de los beneficiarios se estableció dentro de ese límite mínimo y máximo, sino de la garantía que la Ley 923 de 2004 estableció en favor del personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, que es la inconformidad planteada en la demanda.

En consecuencia, se declarará la nulidad del parágrafo acusado en consideración a que desconoce

las previsiones contenidas en la Ley 923 de 2004 que debió servirle de marco, careciendo en consecuencia de efecto, como lo señala el artículo 5º ibídem».

[34] Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00041-00 (08328-07).

[35] Consejo de Estado, sección segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07).

[36] Consejo de Estado, sección segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00077-01 (1551-07).

[37] «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional».

[38] La jurisprudencia constitucional ha sido prolija al señalar que los decretos que reglamentan una ley marco no tienen fuerza de ley sino que son verdaderos actos administrativos derivados de una especie de "potestad reglamentaria ampliada", y por tanto deben sujetarse a los parámetros que contempla la misma ley marco. Sobre el particular ver por ejemplo, las Sentencias de la Corte Constitucional C-058 de 2010 y C-111 de 2000.

[39] Como se señaló anteriormente, este Decreto fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004.

[40] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 14 de julio de 2014. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

[41] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 8 de octubre de 2015. M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[42] Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

[43] Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

[44] Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

