



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B"

CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015).-

Radicado No.: 1100103255000201300850 00
No. Interno: 1783-2013
Actor: Jorge Iván Mina Lasso
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa Nacional –
Policía Nacional
Asunto: Recurso de Súplica contra auto que suspendió
provisionalmente el artículo 2º del Decreto
Reglamentario 1858 de 2012.-

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección Segunda de la Corporación de 5 de noviembre de 2014¹, *“para considerar el recurso ordinario de súplica interpuesto por la parte demandada contra el auto proferido el 14 de julio de 2014”*, que decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012.

I. LA DEMANDA.-

En ejercicio del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, consagrado en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el ciudadano JORGE IVAN MINA LASSO, actuando en nombre propio, acudió ante esta Corporación el 17 de mayo de 2013, con el objeto de demandar la nulidad del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, *“por*

¹ Folio 230 del cuaderno de medidas cautelares.

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

“Artículo 1º. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 1º de enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

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 o por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

Artículo 3º. Fíjanse como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este

decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.”. (Subrayas fuera de texto).

Se subraya el artículo 2º, pues, a pesar que el actor solicita la anulación de todo el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, se limita a formular cargos contra el citado artículo, como a continuación se relata.

1.1. Cargos formulados en la demanda.-

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

El Señor MINA LASSO desarrolla este cargo exponiendo, que a través del artículo 2º del citado Decreto Reglamentario, el Gobierno estableció el régimen pensional del personal que ingresó directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional hasta el 31 de diciembre de 2004, regulando, entre otros temas, lo concerniente al requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, fijando en 20 años dicho requisito cuando el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica, y en 25 años, cuando sean retirados por solicitud propia o por destitución; lo cual trasgrede, en su criterio, el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley 923 de 2004, que señala

expresamente, que “a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, no se les exigirá (...) un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta ley...”². Explica además, que a la fecha de expedición de la Ley 923 de 2004³, las normas vigentes respecto de este preciso tópico de los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, eran los Decretos Ley 1212⁴ y 1213⁵ de 1990, los cuales, para efectos de acceder a dicha prestación, exigían un tiempo de servicio menor al requerido por el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, pues, mientras este último exige 20 y 25, años según las modalidades de retiro anotadas, aquellos contemplan como requisito periodos de tiempo de servicio de 15 y 20 años, respectivamente⁶.

Aclara, que si bien con posterioridad a los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990 el Gobierno Nacional expidió otras normatividades para regular lo relacionado con las asignaciones de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo, una de ellas, el Decreto Ley 2070 de 2003⁷, fue declarado inexecutable mediante sentencia C-432 de 2004, y las otras dos fueron anuladas por el Consejo de Estado, tales como el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995⁸, declarado nulo mediante

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

³ Sobre la vigencia de esta ley se destaca que según el “ARTÍCULO 7o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.”. De otro lado, la promulgación es decir, desde la publicación oficial de la ley se realizó en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004.

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

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

⁶ En el Decreto 1212 de 1990, los requisitos para el reconocimiento de la Asignación de retiro están contemplados en el artículo 144, mientras que en el Decreto 1213 de 1990, hay que acudir al artículo 104.

⁷ Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares.

⁸ 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.

sentencia de 14 de febrero de 2007⁹, y el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004¹⁰, que fue anulado mediante sentencia de 12 de abril de 2012¹¹, por lo que las normas que regulaban lo concerniente a la asignación de retiro, vigentes al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004, son los mencionados Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990.

El segundo argumento expuesto por el actor consiste en que de conformidad con los artículo 217¹² y 218¹³ de la Constitución Política, el régimen de carrera de la Fuerza Pública es de naturaleza especial y solo puede ser determinado mediante ley, por lo que el Gobierno Nacional no es el competente para reglar ningún aspecto de dicho régimen, y en esa medida no tenía facultad alguna para incrementar, a través del Decreto enjuiciado, el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro exigido a quienes fueron incorporados directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 31 de diciembre de 2004.

Un tercer cargo expuesto en la demanda, tiene que ver con la trasgresión del artículo 150 Superior, numeral 10, según el cual es función del Congreso *“revestir, hasta por 6 meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje”*. En opinión del actor, el Decreto Reglamentario 1858 de 2012 fue proferido por fuera del límite temporal señalado, pues, su expedición se da 7 años después de la sanción de la citada Ley 923 de 2004 que le sirve de sustento.

⁹ Exp. No. 11001032500020040010901 - 1240-04, con ponencia del Dr. Arango Mantilla.

¹⁰ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹¹ Exp. No. 110010325000200600016 00, con ponencia del Dr. Vargas Rincón.

¹² Artículo 217 de la Constitución Política de 1991. (...). La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.

¹³ Artículo 218 de la Constitución Política de 1991. La ley organizará el cuerpo de Policía. (...). La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.

Con fundamento en lo expuesto, el actor solicita que “se disponga la suspensión provisional del acto acusado”, toda vez que “está objetivamente demostrada (la violación) de las normas constitucionales citadas”.

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

Mediante auto de 14 de febrero de 2014 la demanda fue admitida, disponiendo darle trámite de Nulidad, y mediante proveído de 14 de febrero de 2014¹⁴, se ordenó correr “*traslado a la parte demandada del escrito contentivo de la medida cautelar solicitada (...)*”.

No puede la Sala pasar por alto que, a pesar que el actor expresamente adujo en el libelo que el medio de control ejercido era el de Nulidad por Inconstitucionalidad, el Despacho sustanciador resolvió tramitar la demanda por conducto del medio de control de Nulidad. Entiende la Sala, que ello obedeció a que en la demanda que nos ocupa no se formularon, en sentido estricto, cargos de “*infracción directa de la Constitución*” como lo exige el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.” (Las subrayas son nuestras).

De la lectura de la norma emerge, que la causal de procedencia del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, la constituye la

¹⁴ Folio 17 del cuaderno de medidas cautelares.

infracción directa de la Constitución como norma fundante a la que debe estar sometido todo el ordenamiento jurídico.

Por infracción directa entiende la Sala un alejamiento manifiesto de las normas constitucionales, o dicho de otro modo, una contradicción evidente entre el sentido de la disposición constitucional infringida y la norma demandada, de manera que para estructurar el cargo de violación y para efectuar su estudio, sólo sea necesario contrastar el acto administrativo censurado con la totalidad de la Constitución Política, circunstancia que no ocurre en la demanda de marras, pues, como se vio, ninguno de los tres cargos de violación constitucional formulados por el actor tiene una entidad autónoma suficiente sin acudir a la explicación relacionada con la trasgresión de la Ley Marco 923 de 2004 y el desconocimiento de las facultades que esta norma concedió al Gobierno para *“para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, facultad que es la que el ciudadano estima ejercida de manera desbordada al expedir el Decreto Reglamentario 1858 de 2012.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demanda de la referencia no cumplía con los presupuestos del medio de control de Nulidad por Inconstitucionalidad, se ordenó admitirla y tramitarla como de Nulidad.

III. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.-

El Ministerio de Defensa Nacional, a través de apoderada legalmente constituida¹⁵, descorrió¹⁶ el traslado que le fue concedido solicitando negar la petición de suspensión provisional, argumentando lo siguiente:

¹⁵ A folio 28 del cuaderno de medidas cautelares, se encuentra el poder con nota de presentación personal ante el Tribunal Superior Militar.

¹⁶ Folios 38 a 62 del cuaderno de medidas cautelares.

1. Que artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, no franqueó la prohibición estipulada en el artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley 923 de 2004, puesto que desde la creación del Nivel Ejecutivo a través del Decreto Ley 41 de 1994, los miembros incorporados directamente a este Nivel siempre han sido regulados por normas que les exigían para acceder a la asignación de retiro tiempos de servicios de 20 y 25 años según la modalidad de retiro, por lo que la norma suspendida, en modo alguno hizo más gravoso dicho requisito. Explica, que en efecto, luego de la creación del Nivel Ejecutivo por medio del citado Decreto Ley 041 de 1994, el régimen prestacional de los uniformados pertenecientes a dicha carrera fue regulado por el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, cuyo artículo 53 exigía 20 y 25 años, según la modalidad de retiro, para el reconocimiento de la asignación de retiro, requisito que se mantuvo en el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y en el artículo 25, párrafo 2º, del Decreto Reglamentario 4433 de 2004.
2. También alega el Ministerio de Defensa, que las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en 2007 y 2012, por medio de las cuales se anularon el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el párrafo 2 del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, respectivamente, únicamente estudiaron lo relacionado con la situación del personal del Nivel Ejecutivo que ingresó en virtud del proceso de homologación, es decir, de aquellos que siendo Suboficiales o Agentes, al crearse este escalafón se trasladaron voluntariamente al Nivel Ejecutivo; por lo que dichos fallos no se aplican al personal que ingresó directamente al mencionado Nivel.
3. Que la anulación de los apartes normativos de los Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, arriba señalados, no genera un derecho adquirido para que la asignación de retiro de los miembros incorporados directamente al Nivel Ejecutivo sea reconocida con tiempos de servicio de 15 o 20 años, según la

modalidad de retiro, como lo establecen los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990.

4. Que el Nivel Ejecutivo es una carrera completamente distinta a las carreras de los Suboficiales y Agentes, por lo que desde su creación, los uniformados que se han incorporado de manera directa a dicho Nivel han tenido un estatuto prestacional independiente, es decir, se han regido por reglas propias y nunca han sido destinatarios de las disposiciones contenidas en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, que se aplican a los Suboficiales y Agentes.

IV. DEL AUTO SUPPLICADO.-

El Auto de 14 de julio de 2014, decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012.¹⁷

Con fundamento en los argumentos expuestos en la sentencia del Consejo de Estado de 11 de octubre de 2012, proferida en el proceso de Nulidad Simple No. 11001032500020070004100 (0832-2007), con ponencia del Consejero GERARDO ARENAS MONSALVE, se aduce en el Auto suplicado, que:

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

Se argumenta además en el proveído suplicado, que el numeral 3.1., inciso 2, del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, *“dispone una limitación que*

¹⁷ Folios 66 a 86 del cuaderno de medidas cautelares.

a la vez constituye una prohibición” la cual aplica también al “personal perteneciente al Nivel Ejecutivo, sin que se hiciera distinción a la forma de vinculación, es decir, con independencia a que se hubieran incorporado a dicho nivel por homologación o de forma directa.”.

La providencia recurrida expresa también, que *“a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, a 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, por cuanto los Decretos que de forma específica regulaban dicha prestación, (estos es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003, y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25), perdieron vigencia por declaración judicial...”.*

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

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

V. RECURSO DE SÚPLICA.-

Contra la anterior decisión, el Ministerio de Defensa Nacional interpuso

recurso de súplica, conforme a lo estipulado en el artículo 236 de la Ley 1437 de 2011, solicitando revocar la decisión y, en su lugar, negar la medida cautelar negativa decretada¹⁸. Manifestó en síntesis, lo siguiente:

1. Que hasta el año 1993, la Policía Nacional mantuvo una estructura de jerarquías y escalafones en 3 niveles, que eran: i) Oficiales, ii) Suboficiales, y iii) Agentes; a cuyos miembros les era aplicable el régimen pensional y de asignación de retiro contenido en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, cuyos artículos 144 y 104, respectivamente, exigían como requisito para para acceder a la asignación de retiro, tiempos de servicio de 15 y 20 años, según la modalidad de retiro.
2. Que dada *“la necesidad de avanzar (...) en la profesionalización de todo el personal (...), de ir acogiendo estándares internacionales sobre organización, funcionamiento y calidad del servicio prestado a la comunidad”*, el Gobierno, haciendo uso de las facultades que le otorgó el artículo 35 de la Ley 62 de 1993¹⁹, creó el Nivel Ejecutivo a través del Decreto Ley 041 de 1994, el cual contemplaba dos manera de ingresar a dicho escalafón: de manera directa luego del respectivo curso de formación (artículo 17), y para el caso de los Suboficiales y Agentes, en virtud de un proceso de homologación del tiempo de servicio, previa solicitud de traslado (artículos 18 y 19).
3. Que luego de creado el Nivel Ejecutivo a través del Decreto Ley 041 de 1994, el Gobierno determinó su régimen pensional por medio del Decreto Reglamentario 1029 de 1994, cuyo artículo 53 exigía 20 y 25 años de servicio, como requisito para reconocer la asignación de retiro, según la modalidad de retiro. Explica además, que el Decreto

¹⁸ Folios 158 a 176 del cuaderno de medidas cautelares.

¹⁹ 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

Reglamentario 1029 de 1994, fue derogado por el Decreto Reglamentario 1091 de 1995, cuyo artículo 51 conservó la misma exigencia de 20 y 25 años de servicio, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro según la modalidad de retiro.

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

7. El Ministerio de Defensa Nacional aduce, que el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, ahora demandado, fue expedido precisamente para dar cumplimiento al citado fallo del 12 de abril de 2012, por lo que el artículo 1º del Decreto Reglamentario enjuiciado, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, conservó al personal homologado, los requisitos de tiempo de servicios que están contemplados en las normas vigentes a la fecha de expedición de la Ley 923 de 2004, que eran los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, requisitos que como hemos visto se concretan en la exigencia de 15 y 20 años de servicio, según la modalidad de retiro. Mientras que para el personal del Nivel Ejecutivo que ha venido ingresando directamente, de conformidad con lo dispuesto, en el artículo 2º suspendido, se le mantuvo dicha exigencia en 20 y 25 años, como quiera que nunca han estado regidos por los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, sino por los Decretos 1029 de 1994, 1091 de 1995 y 2070 de 2003.
8. Expresa, que el razonar del auto suplicado es errado, porque los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990 no son aplicables al personal del Nivel Ejecutivo incorporado directamente, debido a que para 1990 no se había creado dicho escalafón, por lo que al haberse declarados nulos y/o inexequibles los apartes pertinentes de los Decretos Ley 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, según la reseña realizada, lo procedente es *“tomar como punto de partida”* el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, expedido precisamente para regular los relacionado con el régimen pensional y de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo.

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

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, la Secretaría de la Sección Segunda fijó en lista²⁰ el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional.

En el término legal el actor presentó memorial²¹ oponiéndose a la prosperidad del recurso incoado por la entidad demandada, argumentando, en síntesis de la Sala lo siguiente:

1. Que las normas invocadas por el Ministerio de Defensa Nacional en el recurso de súplica, *“que en su oportunidad rigieron los destinos de la Policía Nacional”*, fueron algunas derogadas, otras declaradas inexequibles, otras declaradas nulas, y otras *“han perdido su fuerza ejecutoria”*, como lo es el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, el cual fue expedido para regular el régimen de asignación de retiro del Nivel Ejecutivo creado por el Decreto Ley 041 de 1994, por lo que al ser declarado inexequible este último, por la sentencia C-417 de 1994, aquel resulta inaplicable.
2. Que el recurso de súplica debe declararse desierto o denegarse porque no se sustentó adecuadamente, pues, los argumentos alegados son totalmente nuevos y deben ser analizados al resolver el fondo del asunto.
3. Resalta finalmente la Sala, que el Señor MINA LASSO en su escrito de oposición al recurso de súplica reitera todos y cada uno de los argumentos de su libelo demandatorio.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

Atendiendo a los argumentos expuestos por el Ministerio de Defensa Nacional en el recurso de súplica, así como los motivos de oposición a ese mecanismo de impugnación aducidos por la parte actora, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden:

²⁰ Folio 224 del cuaderno de medidas cautelares.

²¹ Folios 225 a 229 del cuaderno de medidas cautelares.

(i) procedencia del recurso de súplica; (ii) requisitos de la Suspensión Provisional de los efectos del acto administrativo; y, (iii) resolución del recurso de súplica.

7.1. Procedencia del recurso de súplica.-

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

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

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

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

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

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

- (iv) Se corrió el respectivo traslado a la parte actora; y, de otro lado,
- (v) La decisión se adopta por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con exclusión del Magistrado Ponente que profirió la decisión suplicada.

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

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

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

“En todos los procesos declarativos, que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente, decretar en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.”.

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

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

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

*“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, **la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o***

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

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

En varias ocasiones recientes, el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la manera como la Ley 1437 de 2011 introdujo una reforma sustancial al regular la institución de la suspensión provisional, precisando la Corporación, que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 esta cautela sólo procedía cuando se evidenciase una “*manifiesta infracción*”²² de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011, la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional, al no haber sido calificada por el legislador

²² **ARTÍCULO 152.** El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

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

como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie.²³

Entonces, para el caso de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandando, si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto, la Ley 1437 de 2011, establece la exigencia de acreditarse la violación de las normas superiores, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

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

En este escenario, corresponde al operador judicial en cada caso concreto abordar de manera ponderada y cuidadosa su estudio, **analizando** inicial o preliminarmente el sometimiento de la decisión administrativa al parámetro normativo invocado, prosperando la medida en aquellos eventos en los que de ese estudio **surja** el quebrantamiento invocado, recayendo sobre él la carga de motivar su decisión, exponiendo las razones que le permitieron acoger o negar la suspensión.

²³ Al respecto pueden consultarse, entre otros, los autos de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014- (20066)

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

7.3. Resolución del recurso de súplica.-

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

7.3.1. Problema Jurídico.-

El cual consiste en determinar, si en el presente caso se dan los presupuestos procesales exigidos por el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, para mantener la medida cautelar decretada.

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

La dimensión del análisis de la normatividad que ha regulado desde sus inicios lo relacionado con: i) el régimen de asignación de retiro del personal de Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, ii) las normas que crean y desarrollan la carrera profesional del Nivel Ejecutivo al interior de la institución policial, iii) los estatutos legales y reglamentarios que fijaron el régimen de asignación de retiro de los uniformados que se homologaron a este nuevo escalafón y de los que fueron incorporados directamente, iv) las normas que dieron la

competencia al Gobierno Nacional para fijar este régimen, y v) los antecedentes jurisprudenciales contenidos en las sentencias de 14 de febrero de 2007 y 12 de abril y 11 de octubre de 2012, conduce a la Sala a un estudio tan profundo que dejaría de ser el que se ha entendido se debe realizar durante el trámite de una solicitud de medida cautelar, esto es, un *estudio ab initio* o *sumaria cognitio*, pues, anticiparía definitivamente una decisión de fondo, lo cual no es propio de esta etapa procesal.

Ahora bien, para la Sala tiene especial relevancia el contenido del Auto Suplicado de 14 de julio de 2014, pues, si bien dicha providencia realiza un análisis serio y razonado sobre la legalidad del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, dicho estudio se concretó a analizar la situación legal del personal uniformado homologado al Nivel Ejecutivo y las garantías contenidas en el artículo 3 de la Ley Marco 923 de 2004, concluyendo que se les desconocían sus derechos adquiridos, y trayendo como referencia para apoyar su argumentación los fallos de 14 de febrero de 2007 (11001-03-25-000-2004-00109-01, M.P.: Alberto Arango M.) y de 12 de abril de 2012 (11001032500020060001600, M.P.: Alfonso Vargas R.), que decretaron la nulidad del artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004.

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

En conclusión, de la confrontación del acto administrativo acusado con las normas invocadas como violadas, la Sala no encuentra, en esta

instancia procesal, y sin que ello implique prejuzgamiento, que el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, *“por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, las haya transgredido.

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

7.4. Del uso extemporáneo de la facultad reglamentaria por parte del Gobierno para expedir el Decreto Reglamentario 1858 de 2012.-

El tercer y último cargo formulado en la demanda lo hace consistir el actor, en el uso extemporáneo de la facultad reglamentaria por parte del Gobierno al expedir el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, ello en atención a que la ley objeto de desarrollo legal de dicho decreto fue expedida en el 2004.

No se pierda de vista que en esta etapa procesal se está resolviendo el recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 14 de julio de 2014 que decretó la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, y ni el auto suplicado, ni el recurso, tuvieron en cuenta este cargo formulado en la demanda.

Por tal motivo, al resolver la súplica la Sala se limitó a abordar aquellos cargos propuestos por el recurrente, que son los mismos frente a los cuales la parte contraria tuvo oportunidad de pronunciarse con ocasión del traslado contemplado en el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, y en tal virtud este tercer cargo de la demanda deberá ser estudiado al fallar de fondo el asunto.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVÓCASE el auto de 14 de julio de 2014, que decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, *“por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, y en su lugar,

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

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Consejero

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ

ARANGUREN

Consejero