TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sala Primera de Decisión Oral

Sincelejo, veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	**70-001-23-31-007-2015-00102-01**
DEMANDANTE:	**ELKIN ELÍAS PÉREZ VÁSQUEZ**
DEMANDADO:	**CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA - CASUR**
MEDIO DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones[1]:

El señor **ELKIN ELÍAS PÉREZ VÁSQUEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR**, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2808 GAG-ADP de junio 4 de 2013, mediante el cual, se le negó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro.

[1] Folio 1 - 2, del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el actor se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", a reconocer la asignación de retiro, cancelando las mesadas desde la fecha en que se le causó su retiro, así como el reconocimiento de los 3 meses de alta por adquirir el derecho a la asignación de retiro o pensión.

Del mismo modo, solicita, se ordene a la entidad demandada el ajuste del pago de los salarios y prestaciones que resulten a favor, hasta la fecha de ejecutoria de la correspondiente providencia.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda[2]:

Señaló el demandante, que el 19 de julio de 1993 ingresó como Agente Alumno para el curso de Agente; sin embargo, encontrándose en desarrollo de tal formación, de forma unilateral la Policía Nacional lo graduó como Patrullero, a sabiendas que dicho escalafón no existía y no se encontraba reglamentado, pues, tan solo fue creado a través de Decreto 41 de 1994, el cual fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 417 de 1994.

Manifestó, que ingresó a la escuela de formación bajo el amparo de las normas para Suboficiales y Agentes, Decretos 1212 y 1213 de 1990, no obstante, al cambiarle las reglas de juego salió como Patrullero y posteriormente, fue ascendido al Grado de Subintendente e Intendente, respectivamente.

Indicó, que fue retirado el 14 de mayo de 2011, por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

Refirió, que laboró durante un tiempo superior a 18 años y 23 días, por lo que solicitó a CASUR el reconocimiento de la asignación de retiro, no obstante, dicha entidad mediante oficio GAG-SDP N° 2808 de 04 de junio de 2013,

[2] Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

negó lo solicitado por no cumplir con los requisitos del Decreto 4433 de 2004, esto es, haber acreditado 20 años o más.

Expuso, que ante la nueva normatividad del personal que se encontraba amparado por el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y Decreto 1858 de 2012, solicitó nuevamente a CASUR el reconocimiento de la asignación de retiro.

Señaló, que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante providencia del 11 de octubre de 2012, dispuso que el personal del escalafón del Nivel Ejecutivo que ingresó antes del 1° de enero de 2005, ya fuera homologado o de incorporación directa, tenía derecho a la asignación de retiro a partir de los 15 años, aclarando así la sentencia de fecha 12 de abril de 2012.

1.3.- Contestación de la demanda[3].

La **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-,** se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que al actor no le asistía derecho en lo solicitado.

Argumentó que el demandante se incorporó dentro del escalafón del nivel ejecutivo, es decir, por incorporación directa, por lo que el régimen prestacional aplicable era el contenido en los Decretos 1091 de 1995, Decreto 4433 de 2004 y Decreto 1858 de 2012.

Indicó, que el nivel ejecutivo en la Policía Nacional, tuvo una evolución normativa sobre su régimen prestacional, en especial la regulada por el Decreto 1091 y últimamente, el Decreto 4433 de 2004.

Luego de hacer un recuento normativo sobre el nivel ejecutivo, precisó que el actor ingresó a la Policía Nacional en calidad de Patrullero, dentro del escalafón del nivel ejecutivo de incorporación directa, por lo cual fue

[3] Folios 37 – 42 del cuaderno de primera instancia

determinación acogerse al régimen prestacional que para el efecto señalaba el Decreto 1091 de 1995, que exigía como requisito para acceder al derecho de la asignación de retiro por la causal de voluntad del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía Nacional, un tiempo mínimo en actividad de 20 años (cuando el retiro se daba por la facultad discrecional); así mismo, el Decreto 4433 de 2004, reiteró como requisito para adquirir dicha asignación 20 años de servicio, cuando el retiro se produjera por la voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

Así entonces, sostuvo, que el demandante fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional el 14 de mayo de 2011, es decir, que le era aplicable el Decreto 4433 de 2004, artículo 25, norma ésta vigente al producírsele su retiro; y al no cumplir con el requisito de los 20 años de servicios o más, era imposible reconocérsele tal derecho de asignación bajo el amparo de normas que no le eran aplicables, como el Decreto 1212 y 1213 de 1990, pues, estas eran solo para los Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional.

Propuso la excepción de Prescripción del derecho de las mesadas, de conformidad con la sentencia del 29 de noviembre de 2012, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Exp. 25000232500020110071001 No. Interno 1651-2012.

Finalmente señala, que si en gracia de discusión se condenaba a la entidad, se tuviera en cuenta que planteó la excepción de prescripción, por lo que era legalmente válido que se le exonerara de la condena en costas.

1.4.- Sentencia impugnada[4]**.**

Mediante sentencia de septiembre 6 de 2016, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, declaró la nulidad del acto acusado y en consecuencia, ordenó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía, reconocer y pagar a favor del señor Elkin Elías Pérez Vásquez, una asignación de retiro.

[4] folios 147 - 154, del cuaderno de primera instancia.

Consideró el A-quo, que si bien era cierto a la fecha de retiro del actor (14 de mayo de 2011) se encontraba vigente el Decreto 4433/2004, también lo era, que el parágrafo 2 del artículo 25 de dicha norma, fue declarado nulo por el Consejo de Estado; y en vista de ello, no era de recibo que en el acto demandado se negara el derecho con fundamento en esa norma.

Señaló, que a la situación del actor solo era posible aplicar lo dispuesto en el Decreto 1213 de 1990 que regulaba la situación de los Agentes, que concierta a su vez con lo establecido en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 norma para los Oficiales y Suboficiales y que eran más favorables al caso, no siendo posible desconocerlas, pues, efectivamente, en la Ley 923 de 2004, las personas homologadas no podían ser desmejoradas.

En ese orden, afirmó que como el actor acumuló 18 años y 23 días en la Policía Nacional, que ingresó al Nivel Ejecutivo por vinculación directa y al momento de su retiro era Intendente, consideró, que debía declararse la nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia, acceder al reconocimiento de la prestación.

Finalmente aclaró, que el Decreto 1558 de 2012 no era aplicable al caso del actor, por cuanto a la fecha de su retiro no se encontraba vigente, además, porque actualmente se encontraban en el litigio ante el Consejo de Estado, varios procesos en los que se demandaba el contenido de su artículo 2º.

1.4.- El recurso[5].

Inconforme con la decisión de primer grado, el ente demandado, interpuso y sustentó recurso de apelación, con el fin de que fuera revocada en su totalidad y se mantuviera incólume el acto administrativo demandado.

[5] Folios 165 - 172, del cuaderno de primera instancia.

Argumentó, que la causal de retiro del actor fue por separación absoluta, por tanto, el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro correspondía al establecido para este nivel de la Policía Nacional.

Así mismo, dice, el demandante al momento del retiro ostentaba el grado de Intendente del nivel ejecutivo, en consecuencia, la normatividad para efectos de la asignación de retiro debía ser la de este escalafón y para lo pertinente, se tenían los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004; normas éstas, que establecían entre otros aspectos, que los que ingresaron al escalafón por incorporación directa, que fueran retirados o separados en forma absoluta o destituidos, debían acreditar 20 años de servicio y por solicitud propia, 25 años o más; condición que no cumplía el actor, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro.

Señaló, que tampoco resultaba posible hacerle extensivo al demandante lo mencionado por el Consejo de Estado en fallo 11001032500020060001600 NI 0290-20012, teniendo en cuenta que éste se refirió, exclusivamente, al personal que ingresó al nivel ejecutivo estando en servicio activo, es decir, los Suboficiales y Agentes (homologados al nivel ejecutivo), caso en el cual no era procedente cambiar las condiciones laborales que habían adquirido a su vinculación, situación totalmente adversa al caso libelista, a quien su ingreso se hizo por incorporación directa al nivel ejecutivo.

Anotó, que de los documentos aportados con la demanda, se establecía que el demandante no cumplía con los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicha asignación, esto es, el tiempo establecido para los miembros del nivel ejecutivo, debiéndose acreditar como mínimo 20 años de servicio, cuando la desvinculación del servicio activo se predice por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Director General de la Policía o por delegación o por disminución de la capacidad psicofísica; o por solicitud propia, caso en el cual, debe acreditar 25 años.

Sostuvo, que no eran aplicables los Decretos 1212 y 1213 de 1990, ya que estos hacían alusión única y exclusivamente al personal de Agentes y personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y el hoy actor,

ingreso a la Institución y fue retirado de la Policía, como miembro del Nivel Ejecutivo, en el grado de Intendente.

Reiteró, que el Decreto 4433 de 2004, norma de carácter especial que regulaba la carrera del personal del Nivel Ejecutivo, vigente a la fecha del retiro del hoy actor, establecía en su artículo 25, que el personal del Nivel Ejecutivo debía acreditar 20 años de servicio, cuando la desvinculación se produjera por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, condición que no cumplía para efectos del reconocimiento de la asignación mensual de retiro el Señor IT ® ELKIN ELIAS PEREZ VASQUEZ, al haber prestado servicios a la Policía Nacional por espacio 18 años y 23 días.

1.5.- Trámite procesal en segunda instancia.

- En auto de 24 de noviembre de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2016[6].

- Mediante auto de 17 de enero de 2017, se ordenó el traslado de alegatos[7], sin que las partes se pronunciaran al respecto.

- El Ministerio Público, no rindió concepto alguno.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[6] Folio 4, cuaderno de segunda instancia.
[7] Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

En el presente asunto, le corresponde a la Sala analizar: ¿El señor Elkin Elías Pérez Vázquez tiene derecho a que se le reconozca y pague la asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1213 de 1990, al haber prestado sus servicios a la Policía Nacional durante 18 años y 23 días?

2.3.- Análisis de la Sala.

Mediante la **Ley 4 de 1992,** el Congreso de la República señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del **régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública**; y en tal sentido, dispuso en su artículo 2 que se debía tener en cuenta *"El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales"*.

Posteriormente, la **Ley 62 de 1993**, por medio de la cual se expidieron normas sobre la Policía Nacional, en su artículo 35, facultó al Presidente de la República para modificar las normas de carrera del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en unos precisos aspectos. De igual forma, se facultó al Ministro de Defensa, para tomar las medidas necesarias mientras se adoptaba la nueva estructura de la Policía Nacional. El régimen de pensiones, sueldos de retiro, se regiría por las normas vigentes, en tanto se expidieran las disposiciones que se ordenaban en dicha Ley.

La **Ley 180 de 1995,** dio origen al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, regulando un régimen salarial y prestacional especial y advirtiendo, en el parágrafo del artículo 7°, que *"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"*.

Luego, se expidió el **Decreto 132 de 1995,** "*Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*", el cual dispuso sobre

el ingreso de los Agentes al nivel ejecutivo, sobre el régimen salarial y prestacional del personal del nivel ejecutivo (artículos 13 y 15).

Así mismo, el citado Decreto dispuso en su artículo 82, lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 82. INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO.*** *El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional.*
>
> ***ARTÍCULO TRANSITORIO. 1.*** *El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraba incorporado a la Policía Nacional, en el momento en que se declaró inexequible parcialmente el Decreto 41 de 1994, quedará automáticamente incorporado a la carrera que regula el presente Decreto, en el mismo grado, con la misma antigüedad que ostentaba, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito y sin que se produzca solución de continuidad en la prestación del servicio policial para todos los efectos legales".*

Luego, mediante **Decreto 1091 de 1995,** se expidió el "*Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995".*

- Asignación de retiro en la Policía Nacional.

De conformidad con la potestad otorgada por la norma superior y en atención a que el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública corresponde al Gobierno Nacional, se expidió el **Decreto 1212 de 1990,** "*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*", el cual estableció:

> ***"ARTÍCULO 144. Asignación de retiro.*** *Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que*

terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un 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 /.../"

- El Decreto **1213 de 1990**, por el cual, se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

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

- Posteriormente, se profirió el **Decreto 1091 de 1995**, señalando sobre 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".

No obstante, este decreto fue declarado nulo por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante la sentencia del 14 de febrero de 2007.

Sobre dicha nulidad, la Alta Corporación en providencia del 14 de julio de 2014[8], refirió:

"Este decreto fue declarado nulo por esta Sección mediante la sentencia del 14 de febrero de 20079 en la que en síntesis se consideró que el ejecutivo había desconocido una cláusula de reserva legal, en cuanto el tiempo de servicio para tener derecho a la asignación de retiro era un asunto propio de una ley marco; y de otro lado se precisó que se desconocía la protección especial prevista en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 199510 para el personal de la Policía Nacional que decidió hacer parte del nivel ejecutivo. Así:

---

[8] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sub sección B. Radicación No.: 11001-03-25-000-2013-00850-00(1783-13). Actor: Jorge Iván Mina Lasso Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.
[9] Cita 9: Consejo de Estado, Sección Segunda, C. P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 14 de febrero de 2007, proferida dentro del proceso con radicado 11001032500020040010901 y número interno 1240-2011.

*"En tales casos, 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.

(…)

Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo."

En consecuencia, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 2070 de 2003** que regulaba, entre otros aspectos, la asignación de retiro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Sin embargo, la Corte constitucional declaró inexequible este decreto mediante la sentencia C-432 de 2004, al considerar que la materia regulada en el mismo era competencia exclusiva del Congreso, mediante la expedición de una ley marco.

Así las cosas, el Congreso de la República expidió 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"*. En esta ley, se facultó al Gobierno Nacional para fijar el régimen de la 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, de acuerdo con los "objetivos y criterios" determinados en el artículo 3º.

Así entonces, el Presidente de la República expidió el **Decreto 4433 de 2004,** *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, el cual dispuso sobre la asignación de retiro, lo siguiente:

> ***"Artículo 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional.***
>
> *Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de 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, así:*
>
> *25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.*
>
> *25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).*
>
> *25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.*
>
> ***Parágrafo 1°**. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.*
>
> ***Parágrafo 2°**. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y*

> *los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas".*

El parágrafo 2º del citado artículo, fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 12 de abril de 2012, dentro del trámite de la acción de simple nulidad, proceso con radicado No. 11001032500020060001600 y radicado interno No. 1074-07. En dicha decisión, se consideró que este precepto desconocía los límites fijados por el Congreso de la República en la Ley 923 de 2004, al fijar un régimen prestacional más gravoso para los suboficiales y agentes de la Policía Nacional que se trasladaron al Nivel Ejecutivo, pues, aumentó de 15 a 20 años, el requisito para acceder al reconocimiento de esta prestación, de esta manera expresó, que el Gobierno Nacional excedió lo dispuesto en la ley que debió servirle de marco e invadió competencias legislativas, en la medida que modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro de personal del nivel ejecutivo, que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo, sin establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas[10].

Hasta este recuento normativo se precisa, que "… *la declaración de nulidad obliga a restablecer las cosas al estado en que se encontraban cuando se realizó el acto nulo, es decir, se tiene como si éste no hubiera existido…*"[11]. Así las cosas, haciendo uso de los principios de inescindibilidad de la norma y de favorabilidad en materia pensional, a aquellos asuntos relacionados con el tema aquí tratado, se les debe dar trámite conforme a la norma vigente, es decir, el Decreto 1213 de 1990.

---

[10] Comentario extraído de la T-415/16
[11] Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Sala Especial Transitoria de Decisión 2B. (14 de marzo de 2006). Expediente: 11001031500020000770 4-01 (S-704).

En otras palabras, 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 200317 y 4433 de 2004, parágrafo 2 del art. 25), perdieron vigencia por declaración judicial, como se anotó anteriormente[12].

Posteriormente, el Gobierno expidió el **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*", el cual en su artículo 1°, estableció:

> ***"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 1° 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.*** *Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación*

[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Sub sección B. Radicación No.: 11001-03-25-000-2013-00850-00(1783-13). Actor: Jorge Iván Mina Lasso Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional. C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

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 3° 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 1° 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".

Se anota, que el Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección B, en providencia del 14 de julio de 2014, dentro del proceso radicado No. 11001-03-25-000-2013-00850-00(1783-13)[13], declaró la suspensión provisional del artículo 2 del Decreto No. 1858 de 2012, al concluir que al cotejarse el texto de este artículo con lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional desconocía las previsiones contenidas en la Ley marco, respecto a la prohibición de exigírsele al personal en servicio activo al 31 de

[13] Actor: Jorge Iván Mina Lasso Demandado: Ministerio De Defensa Nacional - Policía Nacional; C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

diciembre de 2004, requisitos adicionales, como era 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 fijaban como tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro, como mínimo de 15 años de servicio y un máximo de 20 años.

Posteriormente, dicha Corporación al resolver un recurso de súplica contra el anterior auto, mediante providencia de mayo 28 de 2015, decidió revocar el auto de 14 de julio de 2014, que decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012 y en su lugar, negó la medida cautelar solicitada.

En dicha decisión, la Alta Corporación concluyó, que de la confrontación del acto administrativo acusado con las normas invocadas como violadas, no se encontraba, sin que ello implicara prejuzgamiento, que el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, las hubiere transgredido.

2.3. Caso Concreto

Aterrizando al sub examine, se observa de la hoja de servicios[14] del señor ELKIN ELÍAS PÉREZ VÁSQUEZ, que el mismo ingresó por incorporación directa al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el 19 de julio de 1993 y fue retirado el 14 de mayo de 2011[15]. Laboró al servicio la referida institución durante 18 años, 0 meses y 23 días.

Así mismo, según Oficio GAG-SDP No. 2808.13 de junio 4 de 2013, suscrito por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el actor fue desvinculado de la institución por voluntad de la Dirección General[16].

---

[14] reverso folio 69 del cuaderno de primera instancia.
[15] Debe anotarse, que si bien se alega en la demanda, que la incorporación se efectuó vulnerando el régimen que le era aplicable, la Sala no encuentra fundamento para tener como cierta tal afirmación, amén además, que si había algún de desacuerdo frente a tal tópico, correspondía al interesado formular las acciones correspondientes frente a los actos administrativos y sin que exista prueba de lo contrario, así se asumirá.
[16] Folio 18 del cuaderno de primera instancia.

Mediante Oficio No. 3095/GAG-SDP de julio 25 de 2012[17], la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, al resolver unas peticiones al señor Elkin Elías Pérez Vásquez, le informa: "*que a la fecha está pendiente la expedición de la norma que contenga los requisitos del personal que se encontraba en el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, que fue anulado con la mencionada sentencia, una vez el Gobierno Nacional emita la normatividad esta entidad le resolverá la petición de asignación mensual de retiro*".

Con posterioridad, dicha entidad mediante Oficio GAG-SDP No. 2808.13 de junio 4 de 2013[18], al resolver la solicitud del actor referente al reconocimiento de la asignación de retiro, le informa:

> "*/…/ El Decreto 4433 de 2004, norma de carácter especial que regula la carrera del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, vigente a la fecha de su retiro, entre otros pronunciamiento establece, que el miembro del Nivel Ejecutivo debe acreditar como mínimo (20) años de servicio cuando la desvinculación del servicio activo se produce por* ***"Voluntad de la Dirección General"****, condición que no cumple para efecto del reconocimiento de asignación mensual de retiro*".
>
> *De otra parte, con base en la Sentencia del 12-04-2012, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1858 del 06-09-2012, que aplica solamente para el personal homologado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, destacando que su vinculación fue por incorporación directa*".

Ahora bien, teniendo en cuenta el anterior recuento, esta Sala considera que el cargo desarrollado en apelación por parte de la entidad demandada, no está llamado a prosperar, toda vez que la norma aplicable al caso del actor, a efectos de reconocer la asignación de retiro, es la contenida en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990.

En efecto, tal como quedó señalado el actor cumplió un tiempo de servicios de 18 años, 0 meses y 23 días y fue retirado del servicio por voluntad de la

[17] Folio 21 del cuaderno de primera instancia.
[18] Folio 18 del cuaderno de primera instancia.

Dirección General de la Policía Nacional el 14 de mayo de 2011; fecha para la cual se encontraba vigente el Decreto 4433 de 2004, artículo 25, parágrafo 2, no obstante dicha normatividad, fue declarada nula por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante sentencia del 12 de abril de 2012, proferida dentro del proceso con radicado No. 11001032500020060001600 y número interno 1074-07[19].

Así entonces, 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 2003 y 4433 de 2004, parágrafo 2 del art. 25, perdieron vigencia por declaración judicial.

Por tal razón, para resolver sobre el reconocimiento de la asignación de retiro pretendida por el actor, por favorabilidad, debía acudirse al Decreto 1213 de 1990, "*Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional*", artículo 104, que consagró una "*asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.*".

En ese orden de ideas, no son de recibo los argumentos planteados por la recurrente, pues, claro es que para la fecha en que la entidad profirió el acto administrativo acusado, el citado parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, se encontraba por fuera del ordenamiento jurídico.

Aunado a lo anterior, corresponde dar aplicación a lo estipulado en el Decreto 1213 de 1990, partiendo del hecho que es indiferente la modalidad

[19] C. P. Alfonso Vargas Rincón.

de ingreso al Nivel Ejecutivo, toda vez que no podía desmejorarse las condiciones de quienes ingresen a este nivel, atendiendo a lo establecido en Decreto 180 de 1995 y que en relación con el tiempo necesario para el reconocimiento de asignación de retiro del personal, hubiere sido desvinculado del servicio activo por voluntad de la Dirección General, toda vez que tales elementos no constituyen elemento decisorio frente a la asignación de retiro.

Finalmente y tal como lo indicó el A-quo, al caso del actor no le es aplicable el 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*", toda vez que esta normatividad no estaba vigente a la fecha de retiro del señor Elkin Elías (14 de mayo de 2011).

En resumen de lo dicho, este Tribunal es del concepto que la decisión de primera instancia debe ser confirmada, en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y ordenó el reconocimiento y pago de asignación de retiro, en favor del demandante.

3.- Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandada y liquídense de manera concentrada por el Juez *A Quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia del 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada. **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0101/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS **SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**