

Cartagena de Indias D. T. y C, once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-004-2019-00020-01
Demandante	Anselmo Joaquín de los Reyes Sarmiento
Demandado	CASUR
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reconocimiento de asignación de retiro a personal de la Policía Nacional destituido.

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES.

3.1. La demanda (fs. 1 - 9 del archivo No. 01 del expediente digital).

a). Pretensiones:

La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra CASUR, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Que se aplique la inconstitucionalidad y la ilegalidad, respecto el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012; por ser manifiestamente violatorios de los artículos 13, 25, 29, 48, 53, 83 y 220 de la Carta y de la Ley 4ª de 1992 en sus artículos 2 y 10; de la Ley 180 de 1995 en su artículo 7º, párrafo único; y del Decreto Ley 132 de 1995 en su artículo 82; al establecer y mantener desmejoras y discriminaciones en contra de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se trasladaron a esta carrera bajo la protección especial que les otorga tanto la Carta Política como las disposiciones legales que crearon y desarrollaron esta carrera en la Policía Nacional; teniendo en cuenta, además, que el artículo 51 del mismo Decreto 1091 de 1995, el artículo 23 del Decreto 4433/04 que regulaba la asignación de retiro para esta carrera, fue anulado por el Consejo de Estado, por violar la Constitución y la Ley.

2. Que se declare la Nulidad del acto administrativo Oficio No. E-00003-201828127-CASUR Id: 389182 del 311218, que niega la asignación de retiro.

3. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada Caja de Sueldos de Retiro Policía Nacional a pagar al actor la asignación de retiro establecida en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 con las partidas prestaciones para la asignación de retiro para los miembros del Nivel ejecutivo, aumentadas año a año, desde la fecha en que se reconozca la prestación (25 de marzo de 2017), hasta cuando se profiera el fallo de fondo que así lo reconozca y se ordenen las compensaciones a que haya lugar.

4. Que se ordene la actualización de la condena dispuesta con base en el artículo 192 y 195 del C. de P. y de lo C.A. De igual manera, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula de actualización se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada, comenzando por la correspondiente a la fecha en que se reconoció la prestación teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

5. Que la demandada, dará cumplimiento de esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 y 195 del CPACA.

b. Hechos

Para sustentar sus pretensiones el demandante afirmó, en resumen, que fue dado de alta como alumno del nivel ejecutivo de la Policía Nacional mediante Resolución No. 0142 del 26 de septiembre de 1994, y mediante Resolución No. 00983 de 13 de marzo de 2017 fue retirado del servicio por “voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional”.

Laboró un total de 17 años, 9 meses y 23 días, y al momento de su retiro devengaba salario, primas, subsidios y prestaciones correspondiente al grado de intendente.

Solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, solicitud que fue negada mediante oficio No. E-00003-201828127-CASUR Id: 389182 del 31 de diciembre de 2018, argumentando que de conformidad con las normas especiales que regulan la carrera y la sentencia del Consejo de Estado de 3 de septiembre de 2018, cuando la causal de retiro es la separación absoluta del servicio, se debe acreditar 20 o más años de servicios en la Institución.

c. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante consideró vulnerados los artículos 1, 2, 13, 29, 53, 83, 84, 218 y 220 de la Constitución Política; 8 de la Ley 153/87; 2 y 10 de la Ley 4/92; 7 de la Ley 180/95; 3 – 3.1. de la Ley 923/04; 2 y 82 de Decreto 132/95; 144 del Decreto 1212/90 y 104 del Decreto 1213/90.

Adujo que la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 14 de febrero de 2007 dentro del proceso radicado No.

11001032502000400-10901, declaró la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091/95 y lo retiró del ordenamiento jurídico, por regular prestaciones sociales de la Fuerza Pública mediante decretos reglamentarios.

Adujo que al declararse la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091/95 y la inexecutable de los Decretos 2070/03, y del numeral 5.3 del artículo 25 4433/04 y la suspensión del Decreto 1858/12 y la posterior nulidad del mismo, debe darse aplicación al principio de favorabilidad, y decidirse su solicitud de asignación de retiro aplicando el 144 del Decreto 1212/90, en lo que se refiere al tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro.

La Ley 923/04 señala las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e de la Constitución Política.

La misma Ley dispuso que el tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

Además, fijó un régimen de transición que reconociera las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos acceder al derecho de pensión y/ o asignación de retiro. Y dispuso que el régimen de transición mantendrá como mínimo el tiempo de servicio exigido en dicha ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de oficiales, sub oficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la fuerza pública que se encuentran en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

3.2. Contestación de la demanda (documento No. 6 del expediente digital)

La entidad demandada manifestó, en resumen, que el demandante ingresó como alumno del nivel ejecutivo el 5 de septiembre de 1994 al 31 de agosto de 1995, escalafonado al nivel ejecutivo desde el 1° de septiembre de 1995 al 24 de marzo de 2017, suspendido disciplinariamente desde el 11 de enero de 2008 hasta el 9 de julio de 2008, suspendido penalmente el 28 de septiembre de 2012 al 24 de marzo de 2017, y mediante Resolución No. 00983 de 13 de marzo de 2017 fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, completando un tiempo de servicios de 17 años, 9 meses y 23 días.

Alegó que para reconocer la asignación de retiro a un miembro de la Policía Nacional que perteneció al nivel ejecutivo se debe aplicar las disposiciones contenidas en el Decreto 1858/12, y no al Decreto 1212/90, como lo pretende el actor, pues dicho este último Decreto se le aplica a los oficiales y suboficiales.

El Decreto Ley 41/94 creó el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, conformando una cuarta jerarquía, pues ya existían el régimen de oficiales, suboficiales y agentes, cada uno con su propio reglamento.

El régimen pensional fue establecido en el artículo 53 del Decreto reglamentario 1029/94, y estableció que se debía cumplir entre 20 y 25 años de servicios obtener el derecho de la asignación de retiro.

Posteriormente se expidió la Ley 180/95, la cual derogó la norma anterior.

Con la expedición del Decreto 1091/95, se reglamentó la Ley anterior, y en el artículo 51 se establecieron los requisitos para acceder a la asignación de retiro.

La Ley 923/04 indicó las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública; y con fundamento en dicha ley se expidió el Decreto reglamentario No. 4433/04, cuyo artículo 25, parágrafo segundo, reguló los requisitos para que los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional obtuvieran asignación de retiro.

La norma anterior fue suspendida por el Consejo de Estado mediante providencia de 12 de abril de 2012, al considerar que excedía las facultades que se le habían otorgado al Gobierno Nacional en la Ley 923/04, especialmente por no respetar los derechos adquiridos.

En cumplimiento de la sentencia anterior, se expidió el Decreto 1858 de 2012, cuyo artículo 2 reguló los requisitos para obtener la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo, norma que fue suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado mediante providencia de 14 de julio de 2014, quedando incólume los demás artículos. Posteriormente, mediante providencia de 18 de octubre de 2015 la misma Corporación revocó la providencia anterior y, finalmente, mediante providencia de 3 de septiembre de 2018 declaró la nulidad del artículo 2 referido con efectos ex tunc.

A juicio de la entidad accionada se deben aplicar los artículos 1 y 3 de Decreto 1858/12 que no fueron declarados nulos, y son aplicables para los miembros del nivel ejecutivo.

El Ministerio de Defensa Nacional, mediante el Decreto 754/19 fijó el régimen de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004.

Concluyó que el actor no tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, porque no cumple con el requisito de los 20 años de servicios consagrado en el artículo 1º del Decreto 1858 de 2012.

3.3. Sentencia apelada (archivo No. 19 del expediente digital).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante providencia de 28 de junio de 2021, accedió a las pretensiones de la demanda, así:

"PRIMERO: Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° E-00003-201828127-CASURde 31 de diciembre de 2018, proferido por el director general de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por el cual le fue negada al señor Anselmo Joaquín de los Reyes Sarmiento una asignación de retiro, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, reconocer y pagar a favor del señor Anselmo Joaquín de Los Reyes Sarmiento, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.639.330, la asignación mensual de retiro en la cuantía y con las partidas a que hace referencia el artículo 3º del Decreto 1858 de 2012, a partir del 14 de marzo de 2017 por no tener derecho a los tres meses de alta, de acuerdo con los motivos expuestos en la parte considerativa.

Para la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta que el monto conforme el artículo 3º del Decreto 1858 de 2012 corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 3º ibídem, por los 15 primeros años de servicio y un cuatro por ciento 4% más por cada año que exceda a los quince (15), pero que el total no sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto y sin que opere la prescripción, por lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

TERCERO: Los valores causados se deben actualizar de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 y se aplicará la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDÉNASE a la parte demandada en costas, las cuáles serán liquidadas por secretaría de conformidad con lo dispuesto en el Código General del Proceso, una vez en firme la presente providencia.

QUINTO: Remitir copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del art. 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría EXPÍDANSE las copias respectivas, y archívese el expediente.

Para sustentar su decisión adujo, en resumen, que el demandante ingresó a la Policía Nacional el 5 de septiembre de 1994 y continuó a su servicio hasta el 24 de marzo de 2017, esto es, durante 17 años, 9 meses y 23 días, y en ese lapso tuvo una suspensión disciplinaria por 5 meses y 28 días, y una suspensión penal por 4

años, 5 meses y 26 días, términos que se le restan al tiempo total que estuvo vinculado a la Institución.

La causal de retiro consignada en la Resolución No. 00983 del 13 de marzo de 2017 fue la de separación del servicio, lo que equivaldría a la destitución por la comisión del delito de desaparición forzada.

Si bien la decisión de negar el reconocimiento de la asignación de retiro del actor se fundamentó en el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433/04 (norma vigente al momento de su retiro), lo cierto es que dicha norma fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 12 de abril de 2012 dentro del proceso con radicado interno 10174-2007, con efectos “ex tunc”; y por ello se debe aplicar la Ley 923/04, a cuya entrada en vigencia el demandante se encontraba en servicio activo en la Policía Nacional. Por ello, al reconocimiento de la asignación de retiro del actor le es aplicable la transición señalada en el artículo 3º ordinal 3.1 inciso segundo de la norma.

Conforme a este régimen de transición, al demandante se le aplica el artículo 144 del Decreto 1212/90 que exige 15 años de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro, cuando éste se produjo por causa distinta a la voluntad propia, requisito que se cumple, pues fue separado de su cargo como consecuencia de una destitución.

Al demandante no se le puede aplicar el Decreto 1858/12, porque dicha norma fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante sentencia de 3 de septiembre de 2018, porque desconocía el régimen de transición comentado.

Adujo que tampoco se le puede aplicar al actor el Decreto 754/19, proferida con posterioridad a la fecha en que fue retirado del servicio, el 13 de marzo de 2017.

3.4. Recurso de apelación (archivo No. 21 del expediente digital).

La parte demandada apeló la sentencia de primera instancia, reiterando lo manifestado en la contestación de la demanda, y agregó:

El actor laboró para la Policía Nacional un total de 17 años, 9 meses y 23 días, y fue retirado por causal de separación absoluta el 24 de marzo de 2017; es decir, no cumple con los 20 años de servicios exigido por el Decreto 1212/90, “*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*”, y tampoco con el Decreto 1858/12 (norma especial). mediante la cual se expide el “*Régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*”.

Para el A-quo se debía aplicar el Decreto 1212/90, porque los artículos 25 del Decreto 4433/04 y 2 del Decreto 1858/12, fueron declarados nulos, y además, como el actor se encontraba en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley 923/04 no se le podía exigir un tiempo de servicio superior al contemplado

por en el artículo 144 del Decreto 1212/90, vigente al 30 de diciembre de 2004, sin embargo no aplicó en debida forma este artículo.

En efecto, el artículo 144 establece un tiempo mínimo de 15 años y máximo de 20 años, para unas causales de retiro, tales como llamamiento a calificar servicios, mala conducta, por no asistir al servicio por más de cinco días sin causa justificada, por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad sicofísica, por incapacidad profesional y por conducta deficiente, y quienes sean retirados o sean separados del servicio.

En el presente caso el demandante fue retirado de la Institución por la causal de separación absoluta, completando un tiempo de servicio de 17 años, 9 meses y 23 días, y por ello no es posible aplicar el artículo 144 del Decreto 1212/90, pues no encuentra en ninguna de las causales enunciadas anteriormente.

El A-quo concedió una asignación de retiro a un ex uniformado de la Policía Nacional que desde su ingreso perteneció al nivel ejecutivo, por lo tanto, el tiempo de servicio para acceder a la asignación mensual de retiro corresponde a lo establecido en el Decreto 1858/12 y no a lo establecido en el Decretos 1212/90.

3.5. Trámite de segunda instancia.

Mediante providencia del 29 de octubre de 2021 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada, y se concedió a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión, y al Agente del Ministerio público de presentar concepto (archivo No. 28 del expediente digital).

La parte demandante, en sus alegatos de conclusión, reiteró lo manifestado en el recurso de apelación (archivo No. 30 del expediente digital); la parte demandada no alegó de conclusión; y el agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta corporación para decidir el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juez A quo, por virtud del artículo 153 del CPACA, el

cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a este Tribunal establecer, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 1212/90, o si, por el contrario, como lo afirma la entidad demandada, se le debe aplicar el Decreto 1858/12.

Además, se deberá determinar si por el hecho de haber sido retirado de la Institución por separación absoluta, como consecuencia de una sentencia penal condenatoria proferida en su contra, no es el aplicable el artículo 144 del Decreto 1212/90, como lo alega la entidad accionada.

5.3. Tesis de la Sala

Como el demandante fue incorporado directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, la norma aplicable para el reconocimiento de su asignación de retiro sería el artículo 2º del Decreto 1858/12, pero como el mismo fue anulado por el Consejo de Estado, le es aplicable el Decreto 1212/90, pues el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433/04, norma que regulaba el reconocimiento de la asignación de retiro del nivel ejecutivo, también fue anulada por el Consejo de Estado.

Por otra parte, se demostró en el proceso que el demandante fue retirado de la Institución por separación absoluta, como consecuencia de una sentencia penal condenatoria proferida en su contra, y aunque aparentemente dicha causal no es de aquellas descritas expresamente en el artículo 144 del Decreto 1212/90, sí puede ser enmarcadas dentro de la causal de mala conducta, tal como lo ha establecido el Consejo de Estado en su jurisprudencia.

5.4.1. Régimen de asignación de retiro de los Oficiales y Sub oficiales de la Policía Nacional.

El Decreto 1212 de 1990, "Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional", estableció en su artículo 144 los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, así:

"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.

Parágrafo 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.

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

A su vez, el artículo 145 ibídem señaló:

"Artículo 145. Tres meses de alta. Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que pasen a la situación de retiro temporal o absoluto y tengan derecho a asignación de retiro o pensión, continuarán dados de alta en la respectiva pagaduría por tres (3) meses a partir de la fecha en que se cause la novedad de retiro, para la formación del expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 175 de este Decreto continuarán recibiendo la totalidad de los haberes devengados en actividad correspondientes a su grado. El lapso de los tres (3) meses de alta se considerará como de servicio activo, únicamente para efectos de prestaciones sociales"

El Decreto antes citado, fue "derogado parcialmente" por el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, salvo algunas disposiciones, entre ellas, el artículo 144 precitado. Posteriormente, mediante el Decreto No. 1791 del 14 de septiembre de 2003, se derogó el Decreto 41 de 1994 e igualmente dispuso que "...deroga el Decreto - ley 1212 de 1990 con excepción de los Títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás disposiciones que le sean contrarias".

Posteriormente a la creación del nivel ejecutivo en la Ley 180 de 1995, el presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, profirió el Decreto 1091 de 1995, mediante el cual se expidió el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que sobre la asignación de retiro para este nivel señaló:

"Artículo 51. 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 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."

Este Decreto fue declarado nulo por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante la sentencia del 14 de febrero de 2007,¹ 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 1995² para el personal de la Policía Nacional que decidió hacer parte del nivel ejecutivo.

Posteriormente el presidente profirió el Decreto 2070 de 2003 que regulaba el régimen prestacional de la Fuerza Pública, entre éste, la asignación de retiro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Sin embargo, este Decreto fue declarado inexecutable mediante la sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004 al considerarse que la materia regulada era competencia exclusiva del Congreso mediante la expedición de una ley marco.

Luego, a través de la Ley Marco 923 de 30 de diciembre de 2004 se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía 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, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política.

La mencionada ley señaló para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, lo siguiente:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 14 de febrero de 2007 proferida dentro del proceso con radicado 110010325000200400109 01 y número interno 1240- 2011.

² Artículo 7. (...) PARÁGRAFO. 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."

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

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. (...)

3.9. Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro. (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con el Consejo de Estado³ el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3° es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en las Fuerzas Militares, toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en el Decreto 1212 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Esta ley, fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 de 2004, el cual, en el artículo 24, señaló:

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

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2017, Consejero ponente William Hernández Gómez, número interno 4295-2013, ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2013, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero radicación 25000-23-41-000-2013-00659-01

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

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

24.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

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

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

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

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

El 12 de abril de 2012 la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, que regulaba lo concerniente a la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo activo a la entrada en vigencia del decreto ibídem, entre otras, por las siguientes razones:

"Así, en el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, el Congreso estableció como elementos mínimos que debía contener el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, correspondientes a la Fuerza Pública, los siguientes:

"3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las



disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, **ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.**

En lo que interesa para el presente asunto, los elementos mínimos que debía observar el Gobierno Nacional al fijar el régimen de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerzas Públicas, eran:

El tiempo de servicio será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso podrá ser superior a 25 años.

A quienes se encuentren en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al 30 de diciembre de 2004, cuando el retiro sea por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por otra causal.

Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro, el cual debe mantener como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la misma Ley para acceder al derecho a la asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública en servicio activo a diciembre 30 de 2004.

(...)

(...) En las anteriores condiciones, se observa que la disposición acusada, es contraria a las previsiones del inciso segundo del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, según el cual:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causa...

E igualmente desconoció la obligación contenida en el mismo artículo 3° numeral 3.9, según el cual debía establecer un régimen de transición que reconociera las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a acceder al derecho de pensión o asignación de retiro y al no establecerlo desconoció igualmente la disposición que se acaba de transcribir.

Sobre este punto, se acoge lo expresado en sentencia de esta Sección, proferida el 14 de febrero de 2007, expediente No. 1240 de 2004, que en lo que tiene que ver con el régimen de transición, expresó:

Al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, así mismo, unos postulados constitucionales arts. 13, 48 y 531 y legales (art. 7° -parágrafo- de la Ley 180 de 1995), que amparan Y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

(...) 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 3°, 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 ese sentido, como lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la sentencia de nulidad, los efectos se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada, esto es, aquellas situaciones particulares que al momento de la ejecutoria del fallo que declaró la nulidad ya se debatieron ante las autoridades administrativas o que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidió sobre la legalidad de los actos proferidos con fundamento en la norma declarada nula.

Por tanto, en los eventos en que los derechos no se encuentren consolidados, la consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

Luego, se profirió 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", que señaló lo 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. Fíjase 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.

No obstante, lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, C.P. César Palomino Cortés, en sentencia de 3 de septiembre de 2018, Rad. No.: 11001-03-25-000-2013-00543-00, declaró con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, pues impuso al personal vinculado del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, condiciones superiores y más exigentes para acceder al derecho de la asignación de retiro, esto es, tiempos mínimos y máximos de servicio entre 20 y 25 años, cuando estaba restringido a 15 y 20 años de servicio.

5.4. Caso concreto

5.4.1. Pruebas relevantes para decidir

- Formato de hoja de servicio del actor expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional (f. 39 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Constancia expedida el 5 de octubre de 2018 por el responsable de historia laborales de la entidad accionada, por medio de la cual hace constar que el demandante laboró en la Institución desde el 5 de septiembre de 1994 hasta el 24 de marzo de 2017, fecha en la cual se causó su retiro del servicio activo por separación absoluta mediante la Resolución No. 00983 de 13 de marzo de 2017 (f. 41 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Resolución No. 014333 de 11 de septiembre de 1995, por medio de la cual la Policía Nacional incorporó al nivel ejecutivo a un personal de alumnos de la Policía Nacional, entre los que se encuentra el demandante (fs. 42 – 49 del archivo No. 01 del expediente digital).

- Resolución No. 00983 de 13 de marzo 2017, por medio de la cual la entidad accionada separó del servicio activo en forma absoluta al demandante (fs. 50 – 73 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Constancia suscrita el 16 de octubre de 2018, por medio de la cual el tesorero general de la Policía Nacional, certifica los emolumentos cancelados al actor en el mes de marzo de 2017 (f. 56 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del oficio No. 0003-2018261127-CASUR id 389182 de 31 de diciembre de 2018, por medio del cual la entidad accionada negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del actor (fs.57 – 58 del archivo No. 01 del expediente digital).

5.4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente caso no es objeto de discusión que el actor fue incorporado de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, y además fue retirado de forma absoluta mediante Resolución No. 00983 de 13 de marzo de 2017, como consecuencia de una sentencia penal condenatoria en su contra por el delito de desaparición forzosa, laborando un total de 17 años, 9 meses y 27 días.

La parte demandada, pretende que al asunto bajo estudio se de aplicación de los artículos 1 y 3 del Decreto 1858/12 y, en consecuencia, se revoque la sentencia de primera instancia que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Advierte la Sala que cuando el demandante fue destituido del cargo y solicitó el reconocimiento de la asignación de retiro, la norma que se encontraba vigente era el decreto mencionado.

Tal como quedó establecido en el marco jurídico de esta providencia, para el reconocimiento de la asignación del actor no es posible remitirse al artículo 1º del Decreto 1858/12, pues éste establece el régimen de transición del personal homologado del nivel ejecutivo, y de acuerdo los documentos allegados al proceso, el actor ingresó a la Institución por incorporación directa.

Luego, la norma aplicable al asunto bajo estudio sería el artículo 2º de dicho decreto; sin embargo, el mismo también fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia de 3 de septiembre de 2018, con efectos ex tunc.

Así las cosas, al declararse la nulidad del párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, que regulaba lo concerniente a la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo activo a la entrada en vigencia del Decreto ibídem, la norma

aplicable para el estudio del reconocimiento de la asignación mensual de retiro del actor es el Decreto 1212/90.

Ahora bien, el artículo 144 de dicho estatuto preveía que los suboficiales de la Policía Nacional que fueran retirados del servicio activo después de 15 años por (i) llamamiento a calificar servicios, (ii) mala conducta, (iii) no asistir al servicio por más de 5 días sin causa justificada, (iv) voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, (v) sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, (vi) disminución de la capacidad sicofísica, (vii) incapacidad profesional o (viii) conducta deficiente, y los que se desvinculen 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.

Tal como se señaló anteriormente, el accionante laboró para la Policía Nacional 17 años, 9 meses y 27 días, esto es, más de los 15 años que impone la norma para ser beneficiario de la asignación de retiro. Sin embargo, fue retirado por separación absoluta, como consecuencia de la sentencia condenatoria proferida en su contra causal que, aparentemente, no es de aquellas descritas expresamente en el artículo 144 del Decreto 1212/90. No obstante, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado⁴, esa situación no da lugar a negar la asignación de retiro, pues la destitución o la separación absoluta pueden ser enmarcadas dentro de la causal de mala conducta.

En efecto, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 14 de septiembre de 2017⁵, señaló lo siguiente:

Para la Subsección es claro que la causal de retiro «separación absoluta» que se configuró en este caso, e incluso la de «destitución» consagrada en la anterior hoja de servicios del 16 de septiembre de 2003, se ajustan a la causal de «mala conducta comprobada» que prevé el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro. En efecto, tal como lo advierte el recurrente, lo que determina que el motivo de retiro del demandante no se ajuste en apariencia a ninguna de las causales que prevé el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990 ha sido la constante evolución del régimen disciplinario de la Policía Nacional que ha aparejado modificaciones en la terminología y las figuras contempladas en el mismo.

[...] Por su parte, la evolución de la figura de la separación absoluta en el régimen de la Policía Nacional estaría dada por lo dispuesto en el artículo 87

⁴ Ver, entre otros, fallos de (i) 14 de septiembre de 2017, sección segunda, subsección A, expediente 76001-23-31-000-2006-02942-01 (2201-2007); (ii) 11 de abril de 2018, sección segunda, subsección B, expediente 25000-23-42-000-2015-01949-01 (5126-2016); (iii) 7 de marzo de 2019, sección segunda, subsección B, expediente 25000-23-42-000-2014-04425-01 (4314-2017); y (iv) 19 de julio de 2019, sección segunda, subsección B, expediente 25000-23-25-000-2017-00227-01 (5445-18).

⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, expediente 76001-23-31-000-2006-02942-01 (2201-2007).

del Decreto 41 de 1994⁶, posteriormente derogado por el Decreto 1791 de 2000 que en su artículo 66 dispuso: «El personal que sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de prisión o arresto, por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, por delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma».

Tales motivos hacen preciso entender que cuando el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990 prevé la «mala conducta comprobada» como una de las causales de la asignación de retiro, el verdadero supuesto que contempla la norma para hacerse a dicha prestación económica es la verificación de una falta disciplinaria sancionable con el retiro del servicio, como lo es la sanción de destitución prevista en el actual régimen disciplinario de la Policía Nacional o la de separación absoluta en los casos en que dicha falta disciplinaria constituye también un delito judicialmente sancionado con la imposición de una pena principal de prisión o arresto.

En conclusión, los conceptos de retiro por «separación absoluta» y «destitución» previstos en las disposiciones disciplinarias de la Policía Nacional son equiparables a la causal de «mala conducta comprobada» contenida en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, ello en virtud de la evolución normativa que ha tenido tal régimen.

La misma Corporación en providencia de 19 de julio de 2019 de la misma Subsección,⁷ sostuvo:

51. En tal sentido, debe precisar la Sala que, como el demandante estuvo vinculado durante toda su vida laboral al Ejército Nacional, hasta que se produjo su retiro por separación absoluta, que como se indicó no se encuentra prevista dentro del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, lo cierto es que dicha situación puede enmarcarse dentro de la causal de «mala conducta», razón por la cual, al hacer una interpretación amplia de la norma, debe entenderse tal causal como un tipo en blanco en donde se encuentran incluidos acontecimientos que al verse cuestionados pueden culminar en una sanción bien sea de carácter penal, fiscal o disciplinario, y que al ser llevadas al caso concreto, evidencian que la separación de la actividad militar se fundamentó en la existencia de mala conducta sin que ello implique la negativa al reconocimiento de la asignación de retiro una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos legales del interesado.

52. Así las cosas, y como quiera que la figura de la separación absoluta es equiparable a la causal de retiro del servicio por mala conducta comprobada, lo cual resulta procedente en el caso bajo análisis, en la medida en que de acuerdo con la hoja de servicios del demandante, su separación de la actividad militar se produjo en cumplimiento de lo previsto por el Decreto 1790 de 2000, dicha circunstancia constituye un hecho indicador de que su dimisión se dio por mala conducta, por lo que será ésta la causal bajo la cual se

⁶ «Artículo 87. Separación absoluta. El oficial, suboficial o miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de prisión o arresto, por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional.

El oficial, suboficial o miembro del nivel ejecutivo que sea separado en forma absoluta, no podrá volver a pertenecer a la Policía Nacional.»

⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, expediente 25000-23-25-000-2017-00227-01(5445-18).

verificará el cumplimiento del tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro⁸.

La Subsección "B" de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia de 18 de septiembre de 2020 dentro del proceso radicado con el No. 25000-23-42-000-2017-04882-01(4276-19), señaló que si bien los anteriores criterios fueron expuestos respecto con relación a los artículos 163 y 104 de los Decretos 1211/90 y 1213/90. dicho análisis también resulta aplicable a casos como el presente, regidos por el artículo 144 del Decreto 1212/90, pues la norma tampoco previó esa causal de retiro, y por ello, el concepto de separación absoluta consagrado en el artículo 66 del Decreto 1791/00 resulta aplicable a todo el personal uniformado de la Policía Nacional, sin excepción.

En suma, como el demandante al 31 de diciembre de 2004 se encontraba en servicio activo en la Policía Nacional, y laboró en esa institución por más de 15 años hasta cuando fue retirado por separación absoluta, cumple los requisitos consagrados tanto en la Ley 923/04 como en el Decreto 1212/90 para ser beneficiario de la asignación de retiro, y por ello se confirmará la sentencia apelada.

5.5. Costas en segunda instancia.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como en el presente caso se resolvió en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, es procedente condenarla en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de origen, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁸ Al respecto debe señalarse que la Subsección A de esta sección mediante sentencia del 14 de septiembre de 2017 dentro del proceso 760012331000200602942-01 consideró que «los conceptos de retiro por «separación absoluta» y «destitución» previstos en las disposiciones disciplinarias de la Policía Nacional son equiparables a la causal de «mala conducta comprobada» contenida en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, ello en virtud de la evolución normativa que ha tenido tal régimen».

VI. FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales a favor de la parte demandante en esta instancia, las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia de conformidad con los artículos 365 y 366 del C.G.P

TERCERO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ