



766/2c

Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

Cartagena de Indias D., T. y C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-007-2015-00488-01
Demandante	JHON ERICK GIRALDO CAMACHO
Demandado	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR
Tema	Reconocimiento asignación de retiro/personal del nivel ejecutivo/ tiempo de servicios exigido.
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 2 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹.

1.1 Pretensiones. Se sintetizan así²:

1.1.1. Que se declare la nulidad del acto ficto negativo que surgió como consecuencia de la falta de respuesta a la petición presentada el 11 de junio de 2015.

1.1.2 Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se reconozca la asignación de retiro y sus tres meses de alta, teniendo en cuenta que a la fecha en que ingresó a la Institución Policial no se había creado el nivel ejecutivo.

1.1.3 Que se reconozcan los respectivos intereses y se dé cumplimiento a los artículos 187, 192,193, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

1.2 Hechos relevantes planteados³

1.2.1 Manifiesta el demandante que ingresó a laborar en la Policía Nacional, desde el 17 de enero de 1994 como aspirante a Suboficial; siendo nombrado mediante la Resolución No. 00771 del 01 de febrero de 1995 en el grado de Patrullero.

1.2.2 Mediante Resolución No. 2453 del 19 de julio de 1999, fue ascendido al grado de Subintendente. Posteriormente, por medio de la

¹ Fl. 1-41.

² Fl. 2-4.

³ Fl. 4.





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

Resolución No. 00831 del 31 de marzo de 2009, fue ascendido al grado de Intendente.

- 1.2.3 Que el 17 de enero de 2014, cumplió 20 años de servicio en la Policía Nacional, situación que le da derecho a su asignación de retiro, teniendo en cuenta que su ingreso fue anterior a la creación del nivel ejecutivo, siendo su grado inicial el de Suboficial y no el de patrullero.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Constitución política artículos: 1, 2, 5, 13, 48, 58, 83, 90, 95 y 218.

Ley 62 de 1993.

Ley 180 de 1995.

Ley 923 de 2004.

Decretos 1212 de 1990, 1791 de 2000 y 4433 de 2004.

Sostuvo el demandante que con el ingreso al nivel ejecutivo se desconocieron sus derechos al cambiársele el grado al que aspiraba, ya que de Suboficial fue pasado a Patrullero.

Adujo que se desconoció la transición prevista en la Ley 923 de 2004, que estableció una protección especial para el personal que venía vinculado con anterior a la expedición de la ley, en tanto que se prohibió la ampliación de los plazos para acceder a la asignación de retiro.

Manifestó que su situación pensional debió definirse conforme lo dispone el Decreto 1220 de 1990, que exige un lapso máximo de 20 años de servicios para acceder a la asignación de retiro.

2. Contestación de la demanda⁴

La entidad demandada no contestó la demanda.

3. Sentencia de Primera Instancia⁵.

El A-quo negó las pretensiones de la demanda, aduciendo las siguientes razones concretas:

La situación pensional del demandante debía regularse por el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, dado que no ingresó de manera voluntaria al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y a la fecha de expedición del referido Decreto no tenía 20 años de ejercicio en la Policía Nacional conforme lo prevé el Decreto 1211 de 1990.

En consecuencia, estableció que cuando la desvinculación se produce por solicitud propia del miembro de la Policía, el artículo 51 del Decreto 1858 de 2012 exige un lapso de 25 años de servicio; sin embargo, el demandante al momento en que solicitó el retiro, tenía 21 años, 6 meses y 13 días de servicio, por lo que no cumplía con el requisito de tiempo exigido.

⁴ Fl. 84.

⁵ Fl. 125-136.





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

4. Recurso de apelación⁶.

Manifestó que el A-quo no tuvo en cuenta que todo el que ingresa a la Policía Nacional lo hace de manera voluntaria. En ese orden, sostuvo que se incorporó a la Institución realizando un curso de Suboficial y en el transcurso del mismo cambiaron la carrera por el nivel ejecutivo, credo por el Decreto 041 de 1994, el cual fue posteriormente derogado por la Corte Constitucional, surgiendo entonces, la necesidad de que el Gobierno Nacional creara el nivel ejecutivo mediante la Ley 180 de 1995, la cual creó una protección especial para el personal que venía en servicio activo.

Expresó que la protección especial que se plasmó en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995, no hace discriminación alguno entre incorporación directa, homologados y voluntaria, tal como lo pretendió argumentar el A-quo.

Esgrimió que la misma entidad demandada en los respectivos comités de conciliación, ha establecido que el personal del nivel ejecutivo que ingresó antes de la vigencia del Decreto 1091 de 1995, sería tratado como homologado es decir, se le reconocería su asignación de retiro cuando cumpla 20 años de servicio y su retiro se diera por cualquier causa.

Además de lo expuesto, afirmó que son varias las sentencias que sobre la misma situación fáctica, ordenaron el reconocimiento de la asignación de retiro, a uniformados que ingresaron a la Policía Nacional antes de la vigencia del Decreto 41 de 1994, la Ley 180 de 1995 y el Decreto 132 de 1995.

5. Trámite procesal de segunda instancia.⁷

Mediante auto de fecha 21 de septiembre de 2018, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión.

5.1.1 Parte demandante ⁸

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

5.1.2 Parte demandada.

No emitió pronunciamiento.

5.1.3 Ministerio Público.

Guardó silencio.

⁶ Fl. 137-146.

⁷ Fl. 152, cuaderno No. 2

⁸ Folios 155-159.





II. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA.

Con respecto al trámite de la segunda instancia, se cumplió lo de Ley por lo que se procede a decidir la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

La impugnación se limitará a los argumentos de inconformidad expuestos por el recurrente, atendiendo lo previsto en el artículo 328 del C.G del P.

2. Problemas jurídicos

¿Se debe confirmar o revocar la sentencia de primera instancia?

Para resolver este problema jurídico general, la Sala pasa a formular los siguientes problemas jurídicos asociados.

¿Determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca la asignación de retiro, por haber prestado sus servicios en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional por más de 20 años en la Policía Nacional?

Para ello será necesario determinar: ¿Cuál es el plazo o tiempo de servicio exigible al demandante como policía del nivel ejecutivo, para acceder a la asignación por retiro, teniendo en cuenta que la desvinculación se produjo por voluntad propia?

El estudio de la pretensión relacionado con el reconocimiento de los tres meses de alta, no se abordará dado que en el interregno de esta instancia procesal, la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, le reconoció tal derecho mediante la Resolución 05471 del 4 de diciembre de 2019 (fl. 163-165).

3. Tesis

Conforme los fundamentos normativos y jurisprudenciales que se expondrán, la Sala sustentará como tesis que al demandante se le debe aplicar la transición prevista en el artículo 3º, ordinal, 3.1.º inciso segundo de la Ley 923 de 2004, dado que a la entrada en vigencia de dicha ley, se encontraba en servicio activo.

Conforme lo anterior y contrario a lo sostenido por el A-quo, es pertinente señalar que al demandante, en lo que respecta al tiempo de servicio, no se



Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

le podía aplicar el Decreto 1858 del 2012 para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues, se debía tener en cuenta que el régimen de transición garantizaba la expectativa para que la situación de quienes se encontraban en servicio activo de la Policía Nacional, continuara rigiéndose por el Decreto 1212 de 1990, en lo que tiene que ver con el tiempo de servicio.

Además, como quedó evidenciado el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, con efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que se expidió el referido acto. Luego entonces, debe entenderse que la situación jurídica del demandante, se debe definir con base en las normas existentes al momento en que se profirió la disposición anulada.

En ese sentido, conforme al régimen de transición, al demandante le es aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, que exige un plazo de 20 años de servicios para el reconocimiento de la pensión, **cuando el retiro se produjera por voluntad propia**, requisito que cumple el accionante, toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 21 años, 2 meses y 28 días (folio 56).

Por consiguiente, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se ordenará el reconocimiento de la asignación de retiro solicitada.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. El régimen jurídico de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional⁹.

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

Esta prestación tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares¹⁰.

Por consiguiente, la asignación de retiro, que se encuentra excluida de la regulación de la Ley 100 de 1993, se constituye en prestación económica especial para los integrantes de la fuerza pública, y en particular de la Policía Nacional, que se retiran del servicio activo por las excepcionales funciones públicas que realizan¹¹ en cumplimiento de su actividad policial que tiene como objetivo la financiación de sus necesidades básicas, tales como alimentación, vivienda, vestido, acceso a los servicios públicos domiciliarios, recreación, atención en salud, entre otras, y familiares, a la que

⁹ Marco normativo tomado de la Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2018, por medio de la cual se estudió la legalidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012. Radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-512 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ (i) Defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216 de la Carta Política); (ii) velar por la defensa de la soberanía, independencia, e integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217 ibídem); y (iii) mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz (art. 218 ib.).





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

se accede siempre y cuando se acrediten los presupuestos normativos para ello.

Esta prestación fue reglamentada por el Decreto 1212 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional», que estableció en su artículo 144 que *“los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad 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”*.

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

Con ocasión de la promulgación de la Ley 62 de 12 de agosto de 1993¹² se determinó que la Policía Nacional¹³ estaría compuesta por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes prestaran el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella; otorgando además facultades al Ministro de Defensa Nacional por un término de 6 meses para adoptar su nueva estructura.

En ejercicio de tales facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 41 de 10 de enero de 1994¹⁴, «Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones», y en él se consagró el llamado nivel ejecutivo que comprende los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador, según la

¹² «Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República».

¹³ Ley 62 de 1993: «Artículo 5. ° Definición. La Policía Nacional es un cuerpo armado, instituido para prestar un servicio público de carácter permanente, de naturaleza civil y a cargo de la Nación. Su fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar la paz ciudadana».

¹⁴ Dispuso en su artículo 115: «El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto Ley 1212 de 1990 con excepción de los títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás normas que le sean contrarias».





especialidad.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-417 de 1994, declaró la inexecutable por inconstitucionalidad de las expresiones «nivel ejecutivo», «personal del nivel ejecutivo» y «miembro del nivel ejecutivo», al igual que lo hizo con varios artículos que se referían específicamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional toda vez que consideró que dicha normatividad excedía el límite material fijado por el legislador en la Ley de facultades extraordinarias, en la medida en que con ellas se creaba una nueva categoría de cargos en la Institución Policial no autorizada legalmente.¹⁵

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

En consonancia con lo señalado y con ocasión de la creación del referido nivel ejecutivo por el Decreto ley 41 de 1994, se expidió, en desarrollo de la Ley 4ª de 18 de mayo de 1992¹⁶, el Decreto reglamentario 1029 de 1994, «Por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional».

Fue así como el artículo 53¹⁷ del Decreto 1029 de 1994 estableció, sin hacer distinción entre el personal incorporado directamente y el homologado, como requisito para acceder a la asignación de retiro, un tiempo de servicio de 20 años cuando este se produjere por llamamiento a calificar servicios,

¹⁵ El pronunciamiento de la Corte se fundamentó en que el ejecutivo se extralimitó al desarrollar las atribuciones otorgadas en el numeral 1 del artículo 35 de la Ley 62 de 1993, porque al tenor de la ley de investidura no estaba autorizado para crear una tercera categoría dentro del personal uniformado de la Policía Nacional, denominada «nivel ejecutivo», tal como lo hizo, pues el legislador ordinario decidió conservar las mismas tres categorías que tradicionalmente se conocen en esa institución, a saber: oficiales, suboficiales y agentes.

¹⁶ «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».

¹⁷ Artículo 53.- Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 51 de este decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas, en las siguientes condiciones:

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

-Llamamiento a calificar servicio.

-Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.

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

-Por destitución.

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

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

-Por solicitud propia.

-Por incapacidad profesional.

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

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

-Por conducta deficiente.

-Por destitución.

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





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

voluntad de la dirección general, disminución de la capacidad psicofísica, destitución o haber sido condenado con pena principal de arresto; y un tiempo mínimo de 25 años de servicio cuando quiera que la desvinculación se produjere por solicitud propia, incapacidad profesional, inasistencia injustificada al servicio por más de 10 días, haber cumplido 65 años los hombres y 60 las mujeres y por conducta deficiente o destitución.

Muy a pesar de esta importante reglamentación, la Corte Constitucional consideró que resultaba ser jurídicamente imposible su aplicación, toda vez que el sustento que le daba origen adolecía del vicio de la inconstitucionalidad, por cuanto dicha normativa ostentaba como fundamentos de Derecho el Decreto Ley 41 de 1994, por lo que el Nivel Ejecutivo, a su decir, había desaparecido. Así lo estableció el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-613 de 1996, cuya ponencia fue del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.¹⁸

El 13 de enero de 1995 se profirió la Ley 180¹⁹, que modificó el artículo 6 de la Ley 62 de 1993, en el sentido de precisar que «La Policía Nacional estaría integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella [...]», revistiendo de facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la carrera policial del denominado nivel ejecutivo, al que podía vincularse personal homologado tales como suboficiales, agentes y personal no uniformado que estuviere activo en la institución y de incorporación directa; igualmente, estableció que no se podía discriminar ni desmejorar la situación actual de quienes estuvieren activos e ingresaran a dicho nivel²⁰.

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

Además esta disposición precisó que el personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se someterá al régimen prestacional y salarial que determine el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta que los

¹⁸ Mediante esta Sentencia, la Corte Constitucional decidió la demanda de inconstitucionalidad incoada contra los artículos 48 y 94 del Decreto ley 3072 de 1968, «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 54 y 113 del Decreto ley 613 de 1977, «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 82, 135 y 152 del Decreto ley 2062 de 1984, «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 149 del Decreto ley 96 de 1989, «Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional»; 107 del Decreto ley 97 de 1989, «Por el cual se reforma el Estatuto de Agentes de la Policía Nacional»; 150 del Decreto ley 1212 de 1990, «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional» y 109 del Decreto ley 1213 de 1990, «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional».

¹⁹ «Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Policial denominada "Nivel Ejecutivo", modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes».

²⁰ Artículo 7.º (parágrafo) de la Ley 180 de 1995: «La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo».





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

integrantes de este Nivel no podrán ser discriminados ni desmejorados en ningún aspecto frente a quienes estén al servicio de esa Institución.

También en desarrollo de la Ley 4.^a de 1992²¹, fue proferido el Decreto 1091 de 1995, «Por el cual se expide el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995», que concretamente dispuso para la asignación de retiro, lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

[...] cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este

²¹ «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

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 [...]"²².

Con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003²³, se otorgaron nuevamente facultades extraordinarias²⁴ al Presidente de la República entre otras, para «[...] expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía».

En ejercicio de tales facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional expidió el Decreto ley 2070 de 2003, «por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares», incluidos los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional²⁵, señalando en su artículo 25 que "Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro".

Sin embargo, este Decreto 2070 de 2003 corrió la misma suerte de sus predecesores, toda vez que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, Tribunal que mediante Sentencia C- 432 de 2004, consideró

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, acción de nulidad 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

²³ «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales».

²⁴ En la Gaceta 428 de 2002, se lee que el Gobierno adujo la siguiente exposición de motivos para solicitar las facultades extraordinarias: «El sistema no es solidario ni equitativo, por la presencia de regímenes especiales y exceptuados que permiten que una gran minoría disfrute de unos derechos pensionales diferentes a los que tiene el resto de la población Colombiana. Mientras que los afiliados provenientes de estos sistemas representan solo el 11% del total de los afiliados al régimen, los pasivos pensionales del Fondo de las Fuerzas Militares y Policía y del Magisterio, equivalen al 30% del déficit pensional de la Nación. (...). Hasta hoy, las pensiones del Presidente de la República, los congresistas, los Magistrados de las Altas Cortes, los miembros de la Fuerza Pública, los trabajadores de Ecopetrol y los docentes públicos, han tenido unos parámetros diferentes a los que rigen para la generalidad de los Colombianos, bien sea por estar exceptuados del régimen general o por estar sujetos a un régimen de transición especial. El Presidente de la República ha expresado que renunciará a estos beneficios, así mismo los congresistas que apoyaron su candidatura, están dispuestos a renunciar a los privilegios de su régimen especial de transición, en aras de un Estado más solidario y equitativo. [...] Se solicitan facultades extraordinarias igualmente para modificar el régimen de pensiones de las fuerzas militares y la policía nacional. En momentos como los que vive la Nación, un principio básico de solidaridad y equidad, es renunciar a los privilegios pensionales que durante tantos años han tenido y que los diferencian del resto de los colombianos. [...]».

²⁵ «Artículo 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto».





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

que la expedición del régimen salarial y prestacional de la fuerza pública es objeto de reserva de Ley Marco y que por tanto deviene en inconstitucionalidad cualquier reglamentación que se profiera por otra tipología legal aunque esta fuere un Decreto con fuerza material de Ley.

En ejercicio de las facultades constitucionales otorgadas al Congreso de la República en el artículo 150, numeral 19) literal e) de la Carta Política, el 30 de diciembre de 2004 se promulgó la Ley Marco 923²⁶, que reguló los objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, así como determinó los elementos mínimos que deben contener y orientar la reglamentación del régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional.

Mediante el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004²⁷, se reglamentó la Ley 923 de 2004, estableciendo en su artículo 25, respecto de las condiciones para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo a su entrada en vigencia, que este derecho se adquiere cuando quiera que el uniformado «[...] sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas».

No obstante, el 12 de abril de 2012²⁸ la sección segunda del Consejo de Estado anuló el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al estimar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al incrementar la edad para acceder a la asignación de retiro y vulnerar la cláusula de reserva legal²⁹.

²⁶ «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».

²⁷ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

²⁸ Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente Alfonso Vargas Rincón, acción de nulidad 11001-03-25-000-2006-00016-00 (1074-07).

²⁹ Dijo el referido fallo: «En consecuencia, la norma acusada, parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

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

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

Es cierto que la Ley marco establece en su artículo 3º, numeral 3.1 un tiempo mínimo de servicio de 18 años y un límite máximo de 25 años para obtener dicha asignación, sin embargo, en el presente asunto no se trata de establecer si el requisito del tiempo de servicio para la generalidad de los





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

De igual manera, el 11 de octubre de 2012³⁰, mediante Providencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en otro proceso de nulidad incoado contra el mismo parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, se declaró la cosa juzgada con base en las consideraciones de la decisión antes citada.

Asimismo, en decisión de 28 de febrero de 2013³¹ también se declaró la nulidad del artículo 11, parágrafo 2º, del Decreto 1091 de 1995 y las expresiones acusadas de los artículos 24, 25, parágrafo 2.º, y 30 del Decreto 4433 de 2004, por desbordar las facultades otorgadas en la Ley 923 de 2004, en armonía con el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política Nacional.

Luego, el 23 de octubre de 2014³² se declaró la nulidad de los artículos 14; parágrafo del 15; 24; parágrafo 1º del 25 y 30 del precitado Decreto 4433 de 2004, por quebrantar los límites que trazó el legislador en la Ley 923 de 2004 al ejecutivo y afectar con requisitos más gravosos a los beneficiarios de la asignación mensual de retiro, con nuevas y superiores exigencias.

Ante este panorama, fue así como para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional y en desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004 que se promulgó el Decreto 1858³³ de 2012.

4.2. Legalidad del Decreto 1858 de 2012.

Con fundamento en la Ley marco 923 de 2004, el Gobierno expidió el **Decreto Reglamentario 1858 del 6 de septiembre de 2012**, en el que diferenció dos regímenes en materia pensional y de asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

En el artículo 1º estableció un *régimen de transición para el personal homologado*, así: aquellos que siendo suboficiales o agentes, y que hubieran ingresado voluntariamente al nivel ejecutivo antes del 1º de enero de 2005, tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de 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 20 años de servicio, a que se les pague una asignación mensual de retiro.

En el artículo 2º fijó un *régimen común para el personal que ingresó por incorporación directa* hasta el 31 de diciembre de 2004, quienes tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con 20 años o más de servicio

beneficiarios se estableció dentro de ese límite mínimo y máximo, sino de la garantía que la Ley 923 de 2004 estableció en favor del personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, que es la inconformidad planteada en la demanda.

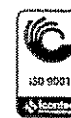
En consecuencia, se declarará la nulidad del parágrafo acusado en consideración a que desconoce las previsiones contenidas en la Ley 923 de 2004 que debió servirle de marco, careciendo en consecuencia de efecto, como lo señala el artículo 5º ibídem».

³⁰ Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00041-00 (08328-07).

³¹ Consejo de Estado, sección segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07).

³² Consejo de Estado, sección segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00077-01 (1551-07).

³³ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional».





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

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 25 años de servicio, a que se les pague una asignación mensual de retiro.

En el artículo 3º se establecieron las partidas computables para el personal del nivel ejecutivo que se vinculó con anterioridad al 1º de enero de 2005. Los factores establecidos, son:

- "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. "

En sentencia del 3 de septiembre de 2018, la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³⁴ declaró la nulidad con efectos *ex tunc* del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, esto es, el referente al régimen común para el personal que se incorporó al nivel ejecutivo de manera directa. De manera preliminar, dicha Corporación explicó lo siguiente:

"En un primer momento, con ocasión de la resolución de la solicitud de suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, el despacho del Magistrado Sustanciador mediante Auto del 14 de julio de 2014, consideró que 'a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, al 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, por cuanto los Decretos que de forma específica regulaban dicha prestación, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003³⁵ y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, perdieron vigencia por declaración judicial'³⁶.

Sin embargo, en un segundo momento, al desatar el recurso ordinario de súplica contra el Auto arriba mencionado, mediante providencia del 08 de

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Subsección B, Sentencia del 8 de septiembre de 2018. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-13) y acumulados.

³⁵ Como se señaló anteriormente, este Decreto fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 14 de julio de 2014. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

octubre de 2015 la Magistrada Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez consideró que 'a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplica las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de 2004, que era el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; aclarando que para ese entonces, ni el legislativo, ni el Gobierno podían anticipar que dicho aparte normativo, sería declarado nulo por el Consejo de Estado en 2007³⁷; Decreto cuyo contenido normativo, además, había sido ya integrado a la Ley Marco de manera tácita, siendo el querer del legislador que el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro del personal incorporado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fuera de entre 20 y 25 años, dependiendo de la causal''.

Señaló, la Sección Segunda del Consejo de Estado que si bien ambas posturas jurídicas eran respetables, lo cierto era que los aspectos relativos a la regulación de la asignación de retiro de los integrantes del nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstos en los decretos reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004 fueron anulados por el Consejo de Estado, y los establecidos sobre la materia en el Decreto Ley 2070 de 2003 fueron dejados sin efectos por la Corte Constitucional.

Bajo ese entendido destacó lo siguiente:

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

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

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

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 8 de octubre de 2015. M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

debían ser tenidos en cuenta para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro".

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

Acto seguido, indicó que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 se encontraba en abierta contradicción con los presupuestos previstos a manera de límites materiales en la ley marco, al exigirle al personal incorporado directamente al nivel ejecutivo y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, *"toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio"*. Puntualizó que con eso, además, el Gobierno se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Constitución.

Con fundamento en lo anterior, se declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, advirtiendo que los efectos otorgados a la sentencia serían de carácter *ex tunc*, es decir, desde entonces

5. El caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados

5.1.1 Conforme el extracto de hoja de vida que obra a folio 56 se encuentra probado que el demandante ingresó inicialmente a la Policía Nacional como alumno del nivel ejecutivo el 17 de enero de 1994 permaneciendo en la Institución hasta el 14 de abril de 2015, con un tiempo de servicios de 21 años, 2 meses y 28 días, así:

NOVEDAD	DISPOSICIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINO	TOTAL A M D
ALUMNO NIVEL EJECUTIVO	Resolución 000001	17 de enero de 1994	31 de enero de 1995.	01 - 00 - 14
NIVEL EJECUTIVO	Resolución 00771	01 de julio de 1995	14 de abril de 2015	20 - 02- 14
TOTAL				21- 2 - 28

5.1.2 Por medio de la Resolución No. 01216 del 6 de abril de 2015, se dispuso por solicitud propia, el retiro del servicio del demandante (fl. 54-55).





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

5.1.3 El demandante el día 11 de junio de 2015, envió por correo electrónico la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro (fl. 44-51). Sin que se diera respuesta expresa, del derecho que se reclamaba.

5.1.4 Conforme lo establecido en la hoja de servicio visible al reverso del folio 222, el demandante percibía como factores prestacionales, el sueldo básico, prima de servicio, prima de navidad, prima vacacional, prima de retorno a la experiencia y subsidio de alimentación.

5.2. Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Como quedó visto de los antecedentes de esta providencia, el demandante pretende que se le reconozca la asignación de retiro como personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por considerar que antes presentar la solicitud de baja, había prestado servicios por más de 20 años. Esencialmente, pide que se le aplique lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 en lo relacionado con el tiempo para acceder a la pensión.

Entre tanto, el A-quo negó las pretensiones de la demanda, al considerar que al demandante se le debía aplicar lo previsto en el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, que exigía un tiempo de servicios de 25 años para acceder a la asignación de retiro, cuando la desvinculación se produzca por solicitud del mismo Policía.

Conforme la normativa analizada precedentemente y contrario a lo afirmado por el A-quo, se colige que el demandante sí tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, por las siguientes razones:

Desde el ingreso a la Escuela de Formación Policial el demandante ostentó la categoría del nivel ejecutivo de la Policía Nacional y, al momento de ser dado de alta de dicha institución se incorporó directamente al nivel ejecutivo, por ende, se le aplicó el Decreto 41 de 1994³⁸.

Es decir, el demandante fue incorporado automáticamente al nivel ejecutivo por el artículo transitorio del Decreto 132 de 1995, con ocasión de la declaratoria de inexecutable del Decreto 41 de 1994 a través de la sentencia C-417 de 1994.

En dicho momento, se encontraba vigente el Decreto 1212 de 1990, el cual, en su artículo 144 señalaba un tiempo de servicio de 20 años para el reconocimiento de la asignación cuando el retiro se produjera por voluntad propia del uniformado.

También, está demostrado que al demandante lo cobija la transición prevista en el artículo 3º, ordinal, 3.1. inciso segundo de la Ley 923 de 2004, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia de dicha norma, la persona se encontrara en servicio activo de la Fuerza Pública.

³⁸ «[...] por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones [...]».





774

Conforme lo anterior y sin distingo de que el interregno de esta instancia de hubiese anulado el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, es pertinente señalar que al demandante no se le podía aplicar dicha norma para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues, ello implicaba desconocer que el régimen de transición garantizaba la expectativa para que la situación de quienes se encontraban en servicio activo de la Policía Nacional, continuara rigiéndose por el Decreto 1212 de 1990, en lo que tiene que ver con el tiempo de servicio.

Además, como quedó evidenciado el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, con efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que se expidió el referido acto. Luego entonces, debe entenderse que la situación jurídica del demandante, se debe definir con base en las normas existentes al momento en que se profirió la disposición anulada.

En ese sentido, conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación del nivel ejecutivo, se colige que en lo relacionado con el tiempo de servicio, al demandante le es aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 que exige 20 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, **cuando el retiro se produjera por voluntad propia**, requisito que cumple el demandante toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro contaba con un tiempo de servicio de 21 años, 2 meses y 28 días (folio 56).

En consecuencia, por ser el demandante miembro activo de la Policía Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004, es beneficiario del régimen de transición del artículo 3° ordinal 3.1. y, en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, el cual le es aplicable teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro como Intendente de la institución.

Por lo anterior, se concluye que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a partir del vencimiento de los tres meses de alta que la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional le reconoció en la Resolución No. 05471 del 4 de diciembre de 2019 (fl. 163-165).

Para la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta que el monto conforme el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, 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.

En lo que concierne a las partidas computables que se deben incluir en la asignación de retiro, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 numeral 23.2 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012.





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

No opera la prescripción de mesadas, en la medida que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro en el mismo año en que se produjo el retiro voluntario del servicio y presentó la demanda en ese mismo año.

5.3 Condena en costas en segunda instancia

Esta Sala, ha venido señalando que, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, se varió de un criterio "subjetivo" a uno "objetivo valorativo".

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se "dispondrá" sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del CGP; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo las siguientes reglas: i) la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), b) la complejidad e intensidad de la participación procesal; c) que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; d) que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y e) que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, de conformidad con los numerales 1 y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandada, en consideración a que esta providencia revoca íntegramente la de primera instancia.

Para las tasación de las Agencias en Derecho se tendrá en cuenta lo parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 2 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda. En consecuencia, se **DECLARA** la nulidad del acto ficto negativo que surgió como consecuencia de la falta de respuesta a la solicitud presentada el 11 de junio de 2015.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se le ordena a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR**, que reconozca y





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

pague una asignación de retiro a partir del 15 de julio de 2015, a favor del señor Jhon Erick Giraldo Camargo. Para la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta que el monto conforme el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 3º del Decreto 1858 de 2012, 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.

Las partidas computables que se deben incluir en la asignación de retiro, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 numeral 23.2 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 3º del Decreto 1858 de 2012.

TERCERO: Al monto de la condena que resulte, se le aplicarán los ajustes de valor, mes por mes, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante desde la fecha de causación del derecho, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada, comenzando por la primera mesada que se dejó de devengar y para las demás mesadas teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

CUARTO: La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandada. Como agencias en derecho se reconoce el 1% de las pretensiones reconocidas.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.





Radicado: 13001-33-33-007-2015-00488-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-007-2015-00488-01
Demandante	JHON ERICK GIRALDO CAMACHO
Demandado	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR
Tema	Reconocimiento asignación de retiro/personal del nivel ejecutivo/ tiempo de servicio exigido.
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE