



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
(Primera Instancia – Oralidad)

DEMANDANTE: LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA

DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA  
NACIONAL -en adelante CASUR-

RADICADO No.: 20001-23-33-004-2018-00133-00

MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

### I.- ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, promovido por LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA en contra de CASUR, con el objeto de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

### II.- ANTECEDENTES-

Sirven de fundamentos fácticos y jurídicos a este proceso, los que se resumen a continuación:

#### 2.1.- HECHOS.-

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, el señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA estuvo vinculado a la Policía Nacional por un periodo de 15 años, 2 meses y 11 días.

Manifestó el apoderado de la parte demandante, que el 1° de diciembre de 2017 el señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA solicitó el reconocimiento de su mesada pensional, la cual le fue negada el 6 de diciembre de la misma anualidad.

Adujo que la normatividad aplicable para resolver lo relacionado con la asignación de retiro del señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA, son los Decretos 1212 y 1213 de 1990, y no el 4433 de 2004, tal y como lo determinó CASUR.

Afirmó que el Decreto 4433 de 2004 exige un tiempo de servicio de 20 años, lo que resulta gravoso para el demandante, ya que le impide acceder a su pensión.

Expuso que el oficio No. ID 287186 del 6 de diciembre de 2017, a través del cual CASUR negó la asignación de retiro del actor, está viciado de nulidad y debe ser anulado por esta jurisdicción.

## 2.2.- PRETENSIONES.-

En primer lugar, solicitó que se declare la nulidad del oficio No. ID.287186 del 6 de diciembre de 2017, por medio del cual CASUR negó el reconocimiento de una asignación de retiro a favor del señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, requirió que se ordene a la entidad demandada reconocer una asignación de retiro a favor del señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA.

## 2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

El apoderado de la parte demandante sustenta esta demanda en lo dispuesto en las siguientes normas:

- Constitucionales: Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 21, 25, 29, 42, 48, 53, 83, 121, 122, 123, 124, 125, 209, 211, 222 y 278 de la Constitución Política.
- Otras: Artículos 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990; artículos 2 y 3 de la Ley 923 del 2004; artículos 1, 2 y 14 del Decreto 4433 de 2004, entre otros.

## III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1.- ADMISIÓN: La demanda fue admitida el 7 de junio de 2018 por reunir los requisitos legales, notificando dentro del término y en debida forma a las partes y al Ministerio Público.<sup>1</sup>

### 3.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La apoderada judicial de CASUR presentó escrito de contestación el 30 de agosto de 2018, manifestando lo siguiente:<sup>2</sup>

Indicó que la Caja de Retiro negó la asignación mensual de retiro al señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA, por no contar con el tiempo de servicio exigido legalmente para acceder a la aludida prestación social.

Señaló que el actor ingresó a la institución ocupando un cargo del nivel ejecutivo, y que por ello le es aplicable el Decreto 4433 de 2004.

Respecto del historial normativo aplicable al caso, mencionó lo siguiente:

Que la Ley 80 de 1995, reglada por el Decreto 1091 de 1995, estableció que para acceder a una asignación de retiro, el personal del nivel ejecutivo debía haber servido en la institución por un periodo no menor a 20 años.

Posteriormente, se expidió el Decreto 4433 de 2004, que señaló que para acceder a la referida prestación era necesario haber servido igualmente 20 años.

Seguidamente y en cumplimiento de una orden proferida por el H. Consejo de Estado, se profirió el Decreto 1858 de 2012, que indicó que *"el personal del nivel ejecutivo (...) que ingresó a la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, (...) tendrá derecho cuando sean retirados de la Institución*

<sup>1</sup> Folios 38-39

<sup>2</sup> Folios 75-82

*con veinte (20) años o más de servicio (...) por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro (...)*”.

Afirmó que antes de la expedición del Decreto 4433 de 2004, los oficiales y suboficiales podían acceder a una asignación de retiro prestando el servicio por 15 años, de acuerdo a lo establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990; sin embargo, con la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, se abrió la posibilidad para que los oficiales y suboficiales que venían sirviendo en la institución pudieran ingresar al nivel ejecutivo a través de la figura de la homologación, la cual, además de posibilitarles gozar de las prerrogativas que traía consigo esta nueva norma, les permitía acceder a la asignación mensual de retiro con el tiempo de servicio exigido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Concluyó que al demandante no le cobija el mencionado beneficio, por haber ingresado de manera directa al nivel ejecutivo y no por homologación.

**3.3.- AUDIENCIA INICIAL:** El 28 de marzo de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, en desarrollo de la cual se realizaron todas las actuaciones correspondientes, fijándose el día 28 de junio de 2019 para llevar a cabo audiencia de pruebas.<sup>3</sup>

**3.4.- AUDIENCIA DE PRUEBAS:** El 28 de junio de 2019 se realizó la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA. Luego de este trámite se concedió a las partes el término de 10 días para presentar sus alegatos de conclusión.<sup>4</sup>

**3.5.- PRUEBAS:** fueron allegados al proceso los elementos probatorios que se describen a continuación:

- Fotocopia simple del expediente administrativo del señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA. (v.fls.126-144 y en CDs obrantes a folios 135 y 145)
- Certificaciones de los emolumentos que el señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA recibió mientras estuvo vinculado a la Policía Nacional. (v.fls.166-284 y en CDs obrantes a folios 163 y 287a)
- Historia laboral del señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA. (En CD obrante a folio 289a)
- Constancia del tiempo de servicio prestado por el señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA a la Policía Nacional. (v.fl.289)
- Fotocopias simples de las resoluciones de nombramiento y retiro del servicio de la Policía Nacional del LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA. (v.fls.298 reverso-311 reverso)

**3.6.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-**

**3.6.1.- DEMANDANTE:** Insistió en que al señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA le asiste el reconocimiento solicitado.<sup>5</sup>

Adujo que con base en el régimen de transición, al actor le son aplicables las

<sup>3</sup> Folios 108-112

<sup>4</sup> Folios 292-293 reverso

<sup>5</sup> Folios 320-337

disposiciones establecidas en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Sostuvo que tal y como lo dispuso la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado, ninguna autoridad administrativa está facultada para desmejorar los beneficios y garantías otorgadas a los miembros de la fuerza pública.

Citó diversas providencias de esta Corporación en las cuales le fueron reconocidas asignaciones de retiro a personal de la Policía Nacional en situaciones similares a la del actor.

3.6.2.- CASUR: Reiteró lo expuesto en su contestación inicial.<sup>6</sup>

#### IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió pronunciamiento alguno.

#### V. CONSIDERACIONES.-

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia y sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente, para a partir de allí, a la luz de las normas legales pertinentes, de las pruebas legalmente solicitadas, decretadas y allegadas al mismo, adoptar la decisión que en derecho corresponda.

##### 5.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer en primera instancia el asunto de la referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>7</sup>.

##### 5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

De conformidad con los hechos expuestos en la demanda, corresponde a esta Corporación determinar le asiste derecho al señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA a que CASUR le reconozca y pague su asignación de retiro en aplicación de lo previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y la Ley 923 de 2004, toda vez que cuenta con los 15 años de servicio que le permiten acceder a la misma y se encuentra incurso en una de las causales prevista en dicha preceptiva, lo que daría lugar a la declaratoria de nulidad de Oficio No. ID 287183 de 6 de diciembre de 2017 a través de la cual se negó dicha prestación, o si por el contrario, el mismo debe mantener su legalidad por encontrarse ajustado a derecho al aplicar los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

##### 5.3.- RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS INTEGRANTES DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL.-

Al respecto, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. CESAR PALOMINO CORTES, en decisión de fecha 3 de septiembre de 2018, emitida en el proceso número: 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13), señaló:

<sup>6</sup> Folios 316-319

<sup>7</sup> Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

[...] 2.- De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...].

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

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

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

En ese sentido, el derecho de asignación de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, incluyendo por supuesto a los miembros de la Policía Nacional, deberá ser fijado y dotado de contenido a la luz de la Ley Marco que lo regula por parte del Presidente de la República, quien integrando el Gobierno Nacional, resulta ser la autoridad competente para ello por ostentar la potestad reglamentaria ampliada<sup>8</sup>; atendiendo para el efecto los siguientes límites materiales:

- (i) Tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.
- (ii) Conservar y respetar todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.
- (iii) El reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal, no podrá ser desconocido en ningún caso.
- (iv) El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.
- (v) A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al

<sup>8</sup> La jurisprudencia constitucional ha sido prolija al señalar que los decretos que reglamentan una ley marco no tienen fuerza de ley sino que son verdaderos actos administrativos derivados de una especie de "potestad reglamentaria ampliada", y por tanto deben sujetarse a los parámetros que contempla la misma ley marco. Sobre el particular ver por ejemplo, las Sentencias de la Corte Constitucional C-058 de 2010 y C-111 de 2000.

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

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

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

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

*En un primer momento, con ocasión de la resolución de la solicitud de suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, el despacho del Magistrado Sustanciador mediante Auto del 14 de julio de 2014, consideró que "a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, al 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, por cuanto los Decretos que de forma específica regulaban dicha prestación, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, perdieron vigencia por declaración judicial"<sup>9</sup>.*

*Sin embargo, en un segundo momento, al desatar el recurso ordinario de súplica contra el Auto arriba mencionado, mediante providencia del 08 de octubre de 2015 la Magistrada Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez consideró que "a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplica las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de 2004, que era el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; aclarando que para ese entonces, ni el legislativo, ni el Gobierno podían anticipar que dicho aparte normativo, sería declarado nulo por el Consejo de Estado en 2007"<sup>10</sup>; Decreto cuyo contenido normativo, además, había sido ya integrado a la Ley Marco de manera tácita, siendo el querer del legislador que el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro del personal incorporado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fuera de entre 20 y 25 años, dependiendo de la causal.*

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

*Siendo cierto que al momento de expedición de la Ley 923 de 2004, el constituyente derivado no habría podido prever que el Decreto 1091 de 1995 sería declarado nulo, también es cierto*

<sup>9</sup> Como se señaló anteriormente, este Decreto fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 14 de julio de 2014. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 8 de octubre de 2015. M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

que los efectos de la declaratoria de su nulidad son de carácter extunc, por lo que en términos claramente aceptados por la jurisprudencia de esta Corporación dichas disposiciones fueron expulsadas del ordenamiento jurídico, manteniendo tan solo incólumes las situaciones que hubieren estado consolidadas.

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

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

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

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

Así las cosas, a partir de la integración normativa que por vía de remisión interpretativa se realiza entre las disposiciones contenidas en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004 y las establecidas en los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, es posible realizar una lectura omnicomprensiva del límite material establecido para acceder al derecho de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que se encontrara en servicio activo al 31 de diciembre de 2004; de tal manera que este quedaría literalmente precisado así:

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior a 20 años cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

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

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

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

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

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

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

Es así como, esta Subsección declarará la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, no sin antes advertir que los efectos otorgados a esta sentencia serán de carácter ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia

anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome<sup>12</sup>. En tal sentido, respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las "afecta", de manera inmediata<sup>13</sup>.

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

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

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

Para la Corte Constitucional el principio de sostenibilidad fiscal "no es un fin constitucional en sí mismo considerado; sino apenas un medio para la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho. Es así como los fines esenciales del Estado, descritos en el artículo 2º C.P., no fueron objeto de reforma, de manera tal que no existe una prescripción normativa según la cual la Sostenibilidad Fiscal sea un objetivo del Estado Social de Derecho, sino que simplemente alcanza el estatus de herramienta para la consecución de los objetivos que dan identidad a la Constitución"<sup>14</sup>.

Por tanto, al ponderar en el marco de la metáfora de la balanza los derechos prestacionales laborales que se protegen por vía de esta providencia con respecto de los gastos que puede generar su cumplimiento y protección en clave de fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, es dable establecer que el sacrificio económico es menor frente al menoscabo de los Derechos Constitucionales Fundamentales involucrados y a los principios incorporados en la Carta Fundamental que dan razón de ser al andamiaje democrático sobre el que se funda la Nación, además del daño irreparable que se generaría a la tridivisión de poderes y a la autonomía e independencia de la Rama Judicial.

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

<sup>12</sup> Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

<sup>13</sup> Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-288 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

En consideración a las anteriores consideraciones, 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.

De acuerdo con las anteriores premisas, procede la Sala a realizar el análisis de fondo de las pruebas allegadas al proceso.

#### 5.4.- CASO CONCRETO.-

En el caso que nos ocupa, se pretende que se declare la nulidad del Oficio No. ID 287183 de 6 de diciembre de 2017 a través de la cual CASUR negó la asignación de retiro al señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA, al exigirle 20 años de servicio, aplicando los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

Por su parte, el demandante, alega que le asiste derecho a que CASUR le reconozca y pague la aludida prestación social, en aplicación de lo previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y la Ley 923 de 2004, toda vez que cuenta con los 15 años de servicio que requieren dichas normas.

Aclarado lo anterior, se procederá a realizar un análisis del material probatorio obrante en el plenario:

A folios 28 y 29 del expediente, obran certificaciones de tiempo de servicio expedidas por la Secretaría General y la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, en relación con el señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA, en las que se indica que estuvo vinculado a la entidad demandada durante los siguiente periodos de tiempo:

Prestando el servicio militar obligatorio: Desde el 27 de julio de 2000 hasta el 19 de marzo de 2001, es decir, por 7 meses y 22 días.

Como alumno del Nivel ejecutivo, desde el 12 de marzo de 2001 hasta el 26 de marzo de 2002, acumulando un año y 14 días.

Finalmente, ingresó al Nivel Ejecutivo en donde permaneció desde el 27 de marzo de 2002 hasta el 17 de julio de 2015.

Se resalta que el hoy demandante fue retirado del servicio miliar por voluntad de la Dirección General, como consta en el Formato de Hoja de Servicio visible a folio 29 del plenario.

De conformidad con las certificaciones referenciadas previamente, el señor LUÍS

RAFAEL PÁJARO MEJÍA acumuló un total de 15 años, 2 meses y 11 días de tiempo de servicio como miembro del nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, encontrándose activo al 31 de diciembre de 2004, fecha en que se expidió la Ley 923 de 2004.

Así las cosas, y con fundamento en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado citada previamente, al señor PÁJARO MEJÍA, para efectos de acceder a la asignación de retiro, no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente.

En consecuencia, resulta necesario mencionar los aludidos decretos, en lo que respecta a las fechas exigidas para acceder a la asignación de retiro:

Artículo 144 del Decreto 1212 de 1990:

*"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.*

*PARAGRAFO 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.*

*PARAGRAFO 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." -Sic-*

Artículo 140 del Decreto 1213 de 1990:

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

*PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Agentes 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 100, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Agentes 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." –Sic-

En conclusión, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, resultan exigibles a los agentes de la Policía Nacional 20 años de prestación de servicio, mientras que cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal, para acceder dicho beneficio se deben acreditar mínimo 15 años.

Tal como se indicó previamente, de las pruebas allegadas al plenario se concluye que el señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA acumuló un total de 15 años, 2 meses y 11 días de tiempo de servicio como miembro del nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por lo que le asiste el derecho de recibir por parte de CASUR la asignación de retiro que reclama, en los términos de los artículos 144 y 140 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, ya que se itera, la causal de retiro fue por voluntad de la Dirección General.

La referida prestación social, deberá ser cancelada a partir de la fecha de terminación de los 3 meses de alta contemplados en los artículos 144 y 140 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, es decir, a partir del 19 de octubre de 2015.

Cabe destacar, que en este caso no operó la prescripción, ya que la reclamación se presentó oportunamente, atendiendo que la desvinculación del demandante fue en 17 de julio de 2015, y en el año 2017 presentó la reclamación ante CASUR, y posteriormente el 9 de mayo de 2018 la demanda que nos ocupa.

#### 4.6.- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-

Por las razones que anteceden, esta Corporación accederá a las súplicas incoadas en la demanda promovida por el señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA, en contra de CASUR.

#### 4.7.- CONDENA EN COSTAS.-

Al respecto, la Sala de Decisión acudirá al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>15</sup>, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> «Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.»

<sup>16</sup> «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en este proceso.

#### DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** DECLARAR la nulidad del Oficio No. ID 287183 de 6 de diciembre de 2017, a través de la cual CASUR negó la asignación de retiro al señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho se ordena, CONDÉNESE a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL (CASUR), a reconocer y pagar la asignación de retiro al señor LUÍS RAFAEL PÁJARO MEJÍA en la forma y términos señalados en los artículos 144 y 140 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, y conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, a partir de la fecha de terminación de los 3 meses de alta, es decir, el 19 de octubre de 2015.

La suma que resulte será ajustada en su valor, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R=Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que R (valor presente) se determina multiplicando el valor histórico RH, que es lo que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final precios al consumidor certificado por el DANE (vigencia a la ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigencia para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula de aplicará separadamente mes por mes, para que cada mesada pensional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.
5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.
6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

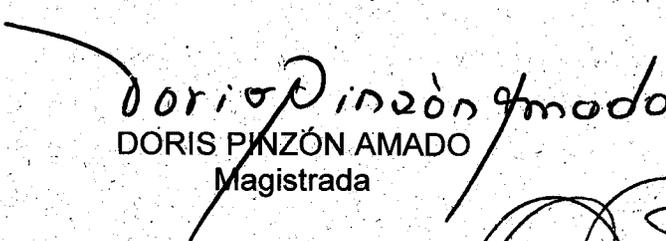
CUARTO: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría liquídese la cuenta de gastos del proceso y de ser procedente, realícese la devolución de su remanente a la parte actora.

QUINTO: A esta decisión se le deberá dar cumplimiento en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

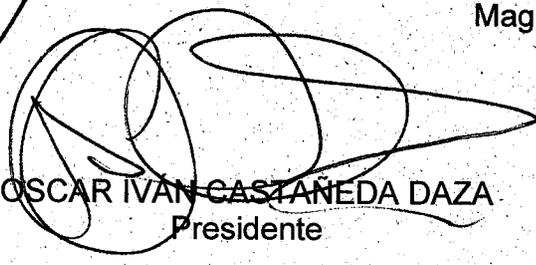
SEXTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

Anótese, Notifíquese y Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 133.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA  
Presidente