**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**Sentencia No.26**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho

**Radicado:** 110013335-017-**2014-00586**-00

**Demandante:** Jorge Eliecer Figueroa Flórez

**Demandado:** Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional

**Tema:** Retiro Voluntario

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

**Consideraciones**

**Pretensiones**

1. Que se declare la nulidad del contenido del acto administrativo documentado en el oficio No. S-2014-111225/APROP-GRURE-29 del 03 de abril de 2014, proferido por el jefe de retiros de la Policía Nacional.
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se otorgue el retiro voluntario al demandante con derecho a una asignación mensual de retiro conforme al decreto 1212 de 1990, por ser la norma aplicable según la jurisprudencia del Consejo de Estado.
3. Se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 del CPACA.

**Tesis del demandante:** Señala que la entidad demandada infringe la norma en que debía fundarse, al desconocer que el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, que dispone la prohibición de que a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, con independencia a que se hubieran incorporado al nivel ejecutivo por homologación o de forma directa.

**Tesis del Ministerio de Defensa-Policía Naciona**l: el acto administrativo demandado no debe ser anulado por cuanto fue expedido en los términos del artículo 2 del decreto 1858 de 2012 que establece que el personal del nivel ejecutivo que ingresó al escalafón por solicitud propia pueden ser retirados con derecho a una asignación de retiro después de 25 años de servicio, en la fecha que terminen los 3 meses de alta. Referente a la aplicación del decreto 1212, arguye que el decreto aplicable es el 1029 de 1994.

**Identificación del acto enjuiciado:** Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **S-2014 – 111225/APROP-GRURE del 3 de abril de 2014** suscrito por la Jefe del Grupo de Retiros de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional.

**Problema jurídico:** El problema jurídico consiste en establecer si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado por infringir una norma del orden superior, esto es, la Ley 923 de 2004, que ordena el derecho a la asignación de retiro por solicitud propia por un tiempo no superior a los 20 años de servicio para los miembros de la fuerza pública en servicio activo a la fecha de la entrada en vigencia de dicha Ley.

**Solución al problema jurídico:** Como quiera que el demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en la Ley 923 de 2004, que cobija a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los miembros del nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la citada Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, es procedente declarar la nulidad del acto demandado por infracción de una norma superior en consonancia con la nulidad del artículo 2 del decreto 1856 de 2012 ordenada por el H. Consejo de Estado en sentencia del 3 de septiembre de 2018 con ponencia del Dr. Cesar Palomino Cortes [[1]](#footnote-1) pues al demandante no se le puede exigir un tiempo de servicio superior a los 20 años de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, cuando la causal de retiro invocada sea la de solicitud propias.

**Régimen del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional[[2]](#footnote-2)**

Con ocasión de la promulgación de la Ley 62 de 12 de agosto de 1993[[3]](#footnote-3) se determinó que la Policía Nacional[[4]](#footnote-4) 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 emanó el Decreto Ley 41 de 10 de enero de 1994[[5]](#footnote-5), «*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 especialidad.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-417 de 1994, con ponencia del Doctor Carlos Gaviria Díaz, declaró la inexequibilidad 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 limite 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.[[6]](#footnote-6)

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 1992[[7]](#footnote-7), 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 53[[8]](#footnote-8) 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, 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 que esta normativa ostentaba como fundamentos de Derecho el Decreto Ley 41 de 1994, por lo que el Nivel Ejecutivo, a su decir, había desparecido. Así lo estableció el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-613 de 1996, cuya ponencia fue del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.[[9]](#footnote-9)

El 13 de enero de 1995 se profirió la Ley 180[[10]](#footnote-10), 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 nivel[[11]](#footnote-11).

En ejercicio de las facultades extraordinarias antes mencionadas, se expidió el Decreto 132 de 1995que 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 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 1992[[12]](#footnote-12), 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”.*

(Negrillas del Despacho)

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, en tanto que fue declarado nulo por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, que mediante Sentencia del 14 de febrero de 2007, cuyo ponente fue el doctor Alberto Arango Mantilla, 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 esa Corporación:

*[…] cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la* ***ley marco****, entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una* ***cláusula de reserva legal****.*

*En esas condiciones, la regulación de tales presupuestos o requisitos no puede ser diferida o trasladada ni siquiera al legislador extraordinario, esto es, al Gobierno Nacional, como se señala en la citada sentencia de la Corte Constitucional, y menos podría desarrollarse mediante decretos administrativos expedidos por el Ejecutivo con fundamento en una ley marco (Ley 4ª de 1992) que no podía habilitarlo para tal efecto […]”[[13]](#footnote-13).*

Con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003[[14]](#footnote-14), se otorgaron nuevamente facultades extraordinarias[[15]](#footnote-15) 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 Nacional[[16]](#footnote-16), 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 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C- 432 de 2004 con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil, al considerar 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.

*“Destaca la Sala que pese a la corta vida jurídica de las disposiciones mencionadas en párrafos precedentes, en lo que atañe al requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, el artículo 25 del Decreto ley 2070 de 2003, así como los 53 y 51 de los Decretos 1029 de 1994 y 1091 de 1995, en su orden, establecieron, sin hacer distinción entre el personal incorporado directamente y el homologado del nivel ejecutivo, que este sería de 20 años cuando el retiro se produjere por llamamiento a calificar servicios, voluntad de la dirección general o disminución de la capacidad psicofísica, y 25 años por solicitud propia o destitución”[[17]](#footnote-17).*

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 923[[18]](#footnote-18), 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 2004[[19]](#footnote-19), 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».*

El 12 de abril de 2012[[20]](#footnote-20) la sección segunda del Consejo de Estado anuló el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004[[21]](#footnote-21), 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 legal[[22]](#footnote-22). De igual manera, el 11 de octubre de 2012[[23]](#footnote-23), mediante Providencia de la misma Sección, 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 2013[[24]](#footnote-24) también se declaró la nulidad del artículo 11, parágrafo 2°, del Decreto 1091 de 1995[[25]](#footnote-25) y las expresiones acusadas de los artículos [24](https://app.vlex.com/vid/43217651/node/24), [25, parágrafo 2.°](https://app.vlex.com/vid/43217651/node/25.2), y [30](https://app.vlex.com/vid/43217651/node/30) del [Decreto 4433 de 2004](https://app.vlex.com/vid/43217651), 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 2014[[26]](#footnote-26) se declaró la nulidad de los artículos 14; parágrafo del 15; 24; parágrafo 1° 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.

Finalmente para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional y en desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004 se promulgó el Decreto 1858[[27]](#footnote-27) de 2012, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro para los suboficiales y agentes que se homologaron y de quienes ingresaron por incorporación directa, antes del 1º de enero de 2005.

**De la declaratoria de nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012**

El 2 de abril de 2013, el señor Julio César Morales Salazar, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 «*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*», expedido por el Presidente de la República y el Ministro de Defensa Nacional y publicado en el Diario Oficial número 48545 de septiembre 6 de 2012.

Con ponencia del H. Consejero Cesar Palomino Cortes la Sección Segunda Subsección B, mediante providencia del 3 de septiembre de 2018 declara con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”, expedido por el Gobierno Nacional.

Las razones jurídicas que llevaron a la nulidad del artículo 2º son los siguientes.

1.- 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.

2.- 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.

3.- 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 servic*io.*

**Principio de inescindibilidad - Aplicación íntegra de la norma más favorable**

El denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del principio de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.

Quienes pertenecían al nivel de agentes y suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder voluntariamente a la carrera del Nivel Ejecutivo y que, a su turno, quienes se incorporaran directamente debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, pero no podían ser desmejorados o discriminados en su situación laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sus Subsecciones A y B[[28]](#footnote-28) ya han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre controversias similares y han concluido, en reiteradas providencias, que el régimen salarial y prestacional, tanto en actividad como en retiro, de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, analizado en conjunto o de manera integral, resulta más favorable que el que cobijaba a los suboficiales y agentes de la institución, en particular, porque la asignación salarial les resultó favorable.

Adicionalmente, en aplicación del principio de inescindibilidad o conglobamiento, los miembros del nivel ejecutivo no se puede favorecer de las ventajas de uno y otro régimen para crear un tercer régimen, puesto que la norma favorable se debe aplicar en su integridad[[29]](#footnote-29).

**Caso concreto:** Conforme con la certificación visible a folio 42 el señor Jorge Eliecer Figueroa Flórez ha venido prestando sus servicios a las Fuerzas Militares - Policía Nacional como continuación se registra:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **NOVEDAD** | **DISPOSICIÓN** | **FECHAS** | | **TOTAL** | | |
| **DESDE** | **HASTA** | Años | Meses | Días |
| ALUMNO NIVEL EJECUTIVO | RESOLUCIÓN 001133 DEL 20-SEP-93 | 13-SEP-93 | 08-SEP-94 | 00-11-26 | | |
| NIVEL EJECUTIVO | RESOLUCIÓN 10303 DEL 06-SEP-94 | 09-SEP-94 | 17-MAR-14[[30]](#footnote-30) | 19-06-09 | | |
|  | | | **TOTAL** | 20-06-05 | | |

Junto con otros miembros del nivel ejecutivo, el demandante, el 27 de marzo de 2014 solicitó ante la Dirección General de la Policía Nacional, se le aceptara su retiro voluntario con derecho a una asignación de retiro por haber prestado más de 20 años de servicios conforme al Decreto 1212 de 1990 (fls.22-33).

La anterior petición fue negada por la Dirección de talento Humano de la Policía Nacional a través del Oficio No.S-2014 – 111225/APROP-GRURE del 3 de abril de 2014 en los términos del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012 (Fls.34-38)

Según el extracto de hoja de vida del Intendente Jorge Eliecer Figueroa Flórez (fls.43-45) actor ingresó de forma directa a la carrera del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, el 6 de septiembre de 1994.

De esta forma, el demandante se encuentra dentro del supuesto consagrado en el inciso 2º del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, que señala a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causa.

Con ocasión a la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, el demandante tiene derecho a retirarse a los 20 años de servicio por solicitud propia con derecho a una asignación de retiro, puesto que la mencionada disposición fundaba un trato diferencial y discriminatorio entre los homologados y los vinculados de manera directa al establecer requisitos distintos para acceder al derecho de asignación de retiro.

De esta manera, se observa que el acto administrativo demandado emanado de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, de conformidad con el precedente normativo y jurisprudencial expuesto con anterioridad, se encuentra afectado de nulidad, por lo que la pretensión anulatoria formulada está llamada a prosperar sobre los aspectos ya indicados, debiendo disponerse el consiguiente restablecimiento del derecho.

En consecuencia, se ordenará al Ministerio de Defensa – Policía Nacional expida aceptar el retiro voluntario del demandante cuando terminen los tres meses de alta con derecho a una asignación de retiro en los términos del Decreto 1858 de 2012.

**Costas:** Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso[[31]](#footnote-31), la Corte Constitucional ha dicho que esta no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto y, según el artículo 365, al momento de liquidarlas conforme al artículo 366, tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, **siempre que exista prueba de su existencia**, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Frente a este tema, Consejo de Estado[[32]](#footnote-32) ha señalado que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*[[33]](#footnote-33)”*

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han probado su causación en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ,** Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD** del Oficio No.S-2014 – 111225/APROP-GRURE del 3 de abril de 2014 conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional aceptar el retiro voluntario del demandante cuando terminen los tres meses de alta con derecho a una asignación de retiro en los términos del Decreto 1858 de 2012.

**TERCERO.-**. **ORDENAR** el cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del CPACA. El cumplimiento de la sentencia deberá ser a través de acto administrativo motivado, que se notificara a la parte interesada concediendo recursos para que resuelvan las diferencias o posibles conflictos, evitando hasta donde sea viable nuevas controversias judiciales.

**CUARTO.- NO CONDENAR EN COSTAS**, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia

**QUINTO.-**. En firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada el contenido del fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P. y ordénese el archivo del proceso previo los correspondientes registros por el sistema siglo XXI

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**

**Juez**

NB-MAC

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES, sentencia del tres (3) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13), Actor: Julio Cesar Morales Salazar y Otros, Demandado: Ministerio de Defensa, Referencia: nulidad del artículo 2 del decreto 1858 de 2012. Nulidad - ley 1437 de 2011. Sentencia de única instancia [↑](#footnote-ref-1)
2. ibidem [↑](#footnote-ref-2)
3. «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». [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 62 de 1993: «Artículo 5. º 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». [↑](#footnote-ref-4)
5. 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». [↑](#footnote-ref-5)
6. 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. [↑](#footnote-ref-6)
7. «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». [↑](#footnote-ref-7)
8. 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. [↑](#footnote-ref-8)
9. 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».   [↑](#footnote-ref-9)
10. «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». [↑](#footnote-ref-10)
11. 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». [↑](#footnote-ref-11)
12. «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». [↑](#footnote-ref-12)
13. *Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, acción de nulidad 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).* [↑](#footnote-ref-13)
14. «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». [↑](#footnote-ref-14)
15. 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 pensiónales 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 pensiónales 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. […]». [↑](#footnote-ref-15)
16. «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». [↑](#footnote-ref-16)
17. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 13 de diciembre de 2017. M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicado No. 11001-03-15-000-2017-02972-00. [↑](#footnote-ref-17)
18. «**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**». [↑](#footnote-ref-18)
19. «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública». [↑](#footnote-ref-19)
20. Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente ALFONSO VARGAS RINCÓN, acción de nulidad 11001-03-25-000-2006-00016-00 (1074-07). [↑](#footnote-ref-20)
21. Aparte normativo declarado nulo: “***Parágrafo 2°.*** *El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.*”. [↑](#footnote-ref-21)
22. 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 3°, numeral 3.1 un tiempo mínimo de servicio de 18 años y un límite máximo de 25 años para obtener dicha asignación, sin embargo, en el presente asunto no se trata de establecer si el requisito del tiempo de servicio para la generalidad de los beneficiarios se estableció dentro de ese límite mínimo y máximo, sino de la garantía que la Ley 923 de 2004 estableció en favor del personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, que es la inconformidad planteada en la demanda.

    En 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». [↑](#footnote-ref-22)
23. Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente GERARDO ARENAS MONSALVE, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00041-00 (08328-07). [↑](#footnote-ref-23)
24. Consejo de Estado, sección segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07), Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. [↑](#footnote-ref-24)
25. Aparte normativo declarado nulo: “*PARÁGRAFO 2o. De la prima de vacaciones se descontará el valor correspondiente a tres (3) días del sueldo básico, el que ingresará al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, con destino a planes de recreación.*” [↑](#footnote-ref-25)
26. Consejo de Estado, sección segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00077-01 (1551-07), Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. [↑](#footnote-ref-26)
27. «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional». [↑](#footnote-ref-27)
28. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00491-01(4517-17), Actor: Juber de Jesús Cartagena Layos, Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, sentencia del catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 44001-23-33-000-2013-00147-01(0542-16), Actor: Jhon Jairo Vélez Delgado, Demandado: Ministerio de Defensa – Policía Nacional [↑](#footnote-ref-29)
30. Fecha de expedición de la Constancia expedida por el responsable de Historias Laborales de la Policía Metropolitana de Bogotá sobre el tiempo de servicios del Intendente Figueroa Flórez Jorge Eliecer, laborando para la fecha de la constancia en el CAI San Luis MEBOG, 17/03/2014 (fl.42) [↑](#footnote-ref-30)
31. Cfr. La sentencia C-157/13 Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado. [↑](#footnote-ref-31)
32. Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y otros. *“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.* [↑](#footnote-ref-33)