

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00339-00
DEMANDANTE: AMAURY PEREA MOSQUERA
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA
NACIONAL – CASUR -

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor AMAURY PEREA MOSQUERA, identificado con C.C. N°. 82.361.566 expedida en Tadó, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“

PRIMERA: Que mediante sentencia judicial se declare LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO contenido en el oficio N° E-00003-201706174-CASUR Id: 219415 de fecha 30 de marzo de 2017, proferido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR" mediante la cual negó al demandante señor Intendente ® de la Policía Nacional AMAURY PEREA MOSQUERA el reconocimiento y pago de la ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO en el grado de INTENDENTE a que tiene derecho por haber trabajado por más de diecinueve (19) años al servicio de la Policía Nacional y de acuerdo a lo establecido en los artículos 112, 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990, Decreto Ley 1791 de 2000, entre otras normas concordantes que le asiste dicho derecho a su asignación mensual de retiro en el grado de Intendente.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración de nulidad del Acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL "CASUR" a reconocer, liquidar y pagar en forma vitalicia al demandante la asignación mensual de retiro en el grado de INTENDENTE, a que tiene derecho desde el día diecisiete (17) de febrero de 2017, fecha en que fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, mediante Resolución N°. 00128 del 20 de enero de 2017.

TERCERA: Que se condene a la demandada la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a pagar todos los dineros que el demandante ha dejado de percibir por concepto de asignación mensual de retiro en el grado de INTENDENTE, desde el día diecisiete (17) de febrero de 2017, fecha en que fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional y hasta la fecha en que se profiera el fallo definitivo que ponga fin a la presente controversia.

CUARTA: Que se condene a la parte demandada a pagar al actor la indexación de los dineros dejados de percibir mes a mes por depreciación de los mismos o según el incremento del índice de precios al consumidor año a año según lo certifique el DANE, desde la fecha de su retiro del servicio activo como Intendente y hasta la fecha en que se profiera el fallo definitivo.

QUINTA: Que se condene a la entidad demandada a indemnizar al demandante los daños morales que se le causaron por el no reconocimiento y pago de la asignación mensual de retiro.

SEXTA: Se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL "CASUR" a dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el C.P.A.C.A.

SEPTIMA: Que en su oportunidad procesal se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL "CASUR" en las costas que por todo concepto genere la demanda.

(...)"

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se transcriben:

"PRIMERO: El demandante AMAURY PEREA MOSQUERA, ingreso a la Policía Nacional desde el año 1997, cuando estaba vigente el Decreto 1212 y 1213 de 1990 normas que reglamentaban la carrera policial, habiendo ascendido hasta el GRADO de INTENDENTE, grado que ostentaba en el momento de su retiro de la Policía Nacional habiendo

laborado a esta Institución por diecinueve (19) años, nueve (9) meses y veintitrés (23) días.

SEGUNDO: Mediante Resolución N°. 00128, del 20 de enero de 2017, el señor Director General de la Policía Nacional retiro del servicio activo al demandante.

TERCERO: En el momento de su retiro, mi poderdante tenía más de diecinueve (19) años de servicio a la Policía Nacional, tal y como está certificado por la policía nacional en su respectiva hoja de servicios, documento por medio del cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional exige para realizar la respectiva asignación de retiro.

(...)

QUINTO: Durante la permanencia en la Policía Nacional el señor Intendente AMAURY PEREA MOSQUERA, sus labores las realizo en debida forma y con excelentes resultados y en razón a esa dedicación tenía estructurado la manutención de su hogar conformado por su esposa y sus tres menores hijos, quienes sin haber obtenido el derecho a su asignación de retiro, se han visto vulnerado los derechos fundamentales de su núcleo familiar, quienes igualmente eran atendido por los médicos de la Policía Nacional, servicios que en la actualidad carecen tanto mi prohijado como su núcleo familiar.

SEXTO: Cuando el hoy demandante ingreso a la Policía Nacional, es decir en el año 1997, estaba vigente el Decreto 1212 de 1990, "Por el cual se reforma el estatuto del personal de suboficiales de la Policía Nacional", reguló en el artículo 144 la asignación de retiro, y contempló esta prestación para los Suboficiales de la Policía Nacional, que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años de servicio.

(...)

DECIMO: Con motivo de su retiro de la Policía Nacional, el actor solicitó a la demandada el reconocimiento, de la ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO, conforme con lo previsto en los Arts. 112, 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990, por reunir los requisitos establecidos para tener derecho a dicha asignación, por haber sido retirado de la Policía Nacional mediante Resolución N°. 00128 del 20 de enero de 2017, y en el momento del retiro tenía más de diecinueve (19) años al servicio de la Institución, con unos derechos adquiridos.

(...)

DECIMO SEGUNDO: El día 28 marzo de 2017 fue radicado derecho de petición con N° R-01500-201710653-CASUR id control 218567 al Director de la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional del cual se obtuvo como respuesta el Acto Administrativo que hoy es demandado, quedando agotada la vía gubernativa.

(...)

DECIMO CUARTO: El último lugar de prestación del servicio a la Policía Nacional del demandante fue en la policía Metropolitana de Bogotá.

(...)"

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 6, 11, 25, 29, 48, 218 y 220 de la Constitución Nacional.

De orden Legal: Artículos artículos 112, 140 y 144 del Decreto 1212 de 1990, Decreto Ley 1791 de 2000, artículo 20, numerales 2.1 y 2.8 de la Ley 923 de 2004.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación. Al demandante le era aplicable el Decreto 1212 de 1990, precepto que contemplaba el reconocimiento de la asignación con un tiempo no inferior a 15 años de servicio. Al expedirse la Ley 923 de 2004, quedó incólume el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con 15 años de servicio; sin embargo, el Decreto 4433 de 2004, incorporó exigencias mayores respecto del tiempo de servicios necesario para el reconocimiento de la asignación de retiro, desconociendo los límites fijados en la ley.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR -, en memorial visible a folios 47-52, contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en consideración a los argumentos que se exponen de manera abreviada a continuación:

- El tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro respecto del personal del nivel ejecutivo corresponde a lo dispuesto en el Decreto 1858 de 2012. En dicho decreto se indica que la causal de retiro por destitución, debe reunir un tiempo de 25 años, los cuales conforme a la hoja de servicios del actor no reúne, puesto que cuenta con 19 años, 9 meses y 18 días.
- Al demandante no es posible aplicarle las reglas dispuestas en el Decreto 1212 de 1990 como quiera que desde su ingreso a la Policía Nacional lo hizo en el nivel ejecutivo, por tanto, debe regirse por la normatividad que regula a dicho personal.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró todos y cada uno de los hechos y pretensiones establecidos en la demanda. En consecuencia, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratificó todos los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer: si el señor AMAURY PEREA MOSQUERA tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una asignación mensual de retiro.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Amaury Perea Mosquera prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 04 de agosto de 1997 hasta el 15 de febrero de 2017, siendo su último cargo y cargo el de Intendente (folio 8).
2. El Director General de la Policía Nacional de Colombia, mediante Resolución N°. 00128 de 20 de enero de 2017¹, retiró del servicio, por destitución, al señor Amaury Perea Mosquera.
3. El día 28 de marzo de 2017, el demandante presentó derecho de petición² ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. En aquel, el actor pretendió el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.
4. La entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro pretendida por el demandante, mediante el oficio N°. E-00003-201706174 de 30 de marzo de 2017³.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1. Del reconocimiento de la asignación de retiro

Para resolver el problema jurídico planteado considera pertinente el Juzgado, referirse a la normatividad que regula lo relativo al reconocimiento de la asignación de retiro del personal retirado de la Policía Nacional, en especial del personal del Nivel Ejecutivo, para luego, y de acuerdo a la situación fáctica del actor, determinar si el mismo tiene derecho o no al reconocimiento de la mencionada prestación, y por tanto, determinar la legalidad del acto administrativo demandado.

En primer lugar el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, preceptúa:

“ARTÍCULO 144. ASIGNACION 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

¹ Folios 6-7.

² Folios 3-5.

³ Folio 2.

servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

(...)"

Por su parte, la Ley 180 de 1995, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar, entre otros aspectos, la carrera de la Policía denominada "Nivel Ejecutivo". Dicha ley en el parágrafo 2º del artículo 7º señala:

"(...) PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando a) servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo."

Con base en las facultades otorgadas en la Ley 180 de 1995, el ejecutivo profirió el Decreto 132⁴ de la misma anualidad. Este decreto en su artículo 82, reguló el ingreso al Nivel Ejecutivo de quienes estaban al servicio de dicha institución, contemplando:

"Artículo 82. Ingreso al nivel ejecutivo. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional,"

En este orden de ideas, resulta claro que las normas que crearon y desarrollaron la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, señalaron que la creación del Nivel Ejecutivo no podría discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación de quienes estaban al servicio de la Policía Nacional y optaron por ingresar a ese nuevo nivel.

El 30 de diciembre de 2004, el Congreso de la República expidió la Ley 923⁵, y en lo pertinente dispuso:

"ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia,

⁴ "Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional".

⁵ "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"

universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán 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.

(...)

ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE** *exequibles*> *El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

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

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

(...)" Negrillas del Despacho

El Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004⁶, reglamenta la ley 923 de 2004. En dicho decreto frente al tema que nos convoca, señala:

"ARTÍCULO 2o. GARANTÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. *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 Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, **conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.***

ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. *El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.*

(...)

ARTÍCULO 25. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL. *Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años*

⁶ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública".

de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

(...)

PARÁGRAFO 2o. 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.

(...)"

De lo expuesto es posible concluir que al personal vinculado a la Policía Nacional con anterioridad a la expedición de la Ley 923 de 2004, y homologado al Nivel Ejecutivo, no se le puede exigir un mayor tiempo de servicio para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, que el exigido en las normas que regulaban la materia con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004. Por ello, lo indicado en el artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, resultaría inaplicable para dicho personal. Lo contrario implicaría una vulneración de la referida ley, bajo el entendido que el Decreto contiene un mayor tiempo de servicio para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

Sobre el particular, es preciso indicar que el Consejo de Estado, por sentencia del 12 de abril de 2004, declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, conllevando con ello la existencia de un vacío normativo respecto del tiempo de servicio que debía acreditar el personal del nivel ejecutivo para tener derecho a la asignación de retiro.

El Gobierno Nacional, con el ánimo de suplir dicho vacío normativo, expidió el Decreto 1858 de 2012, por medio del cual se fijó el régimen de pensión y de asignación de retiro para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. En el artículo primero del referido decreto, respecto al régimen de transición del personal homologado, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1. Régimen de transición para el personal homologado del nivel ejecutivo. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional antes del 01 de enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la dirección general o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a

*solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional de retiro se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3° del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta cumplir diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobre pase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.
(...)"*

Así las cosas, la precitada norma no sólo despeja las dudas respecto de la normatividad aplicable a los miembros de la Policía Nacional que fueron homologados al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional con anterioridad al 1 de enero de 2005, sino que también, recogió los postulados indicados en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, el cual pretende el accionante le sea aplicado. Sin embargo, en el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo que ingresaron por incorporación directa, así:

“Artículo 2°. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3° del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas”

Así, se encuentra que el régimen pensional de los miembros del cuerpo ejecutivo que ingresaron directamente está previsto en el artículo segundo del Decreto 1858 de 2012, mientras que el régimen del personal homologado al nivel ejecutivo será el establecido en el artículo 1° del referido decreto.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado, mediante sentencia de 03 de septiembre de 2018, declaró la nulidad del artículo 2° del Decreto 1858 de 2017, al considerar que la referida norma “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"⁷.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. CASO CONCRETO

Del material probatorio allegado al expediente, en especial, la hoja de servicios, se tiene que el señor Amaury Mosquera Perea ingresó a prestar sus servicios a la Policía Nacional el día 04 de agosto de 1997, como alumno del nivel ejecutivo, siendo retirado el día 15 de febrero de 2017, cuando se desempeñaba el grado de intendente.

Asimismo, se encontró acreditado que el demandante ingresó directamente al nivel ejecutivo, es decir, que no fue homologado a dicho nivel, razón por la cual, en principio respecto del reconocimiento de la asignación de retiro le eran aplicables las reglas previstas en los Decretos 1091 de 1995 (art. 51), 4433 de 2004 (Parágrafo 2º del art. 25) y 1858 de 2002 (art. 2º); sin embargo, con la nulidad de aquellas, declaradas mediante las sentencias proferidas por el Consejo de Estado los días de 14 de febrero de 2007⁸, 12 de abril de 2012⁹ y 03 de septiembre de 2018¹⁰, el régimen ejecutivo, respecto de los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, quedó sin un marco normativo aplicable.

En consecuencia, y de acuerdo a lo indicado por el Consejo de Estado en sentencia de 03 de septiembre de 2018, a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional debe aplicársele las reglas previstas en los artículos 144 del decreto 1212¹¹ y 104 del Decreto 1213 de 1990, bajo el entendido que no puede exigírseles un tiempo mayor de servicio al allí previsto respecto del reconocimiento de la asignación de retiro.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Rad. N°. 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-2013), Actor: Julio César Morales Acosta.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad., N°. 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04)

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad., N°. 11001-03-25-000-2006-00016-00 (1074-07).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Ras. N°. 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-2013)

¹¹ "Artículo 144. ASIGNACION 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, 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 los 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. (...)"

Ahora bien, las disposiciones normativas antes indicadas determinan que los miembros de la Policía Nacional tendrán derecho al reconocimiento a la asignación de retiro cuando hayan prestado el servicio durante 15 años de servicios y el retiro se haya producido por las causales de llamamiento a calificar servicios, por mala conducta, por no asistir al servicio durante 5 días con causa justificada, y demás allí contempladas; mientras que cuando el retiro se produzca por separación o por retiro voluntario deberán haberse prestado el servicio durante 20 años.

En concordancia con lo expuesto, se tiene que los artículos 123 del Decreto 1212 de 1990 y 84 del Decreto 1213 de 1990, establecen que la separación absoluta del cargo se deriva de la imposición de una sanción penal cuando aquella se derive de un delito culposo, o cuando así determine el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional.

La Ley 1015 de 2006¹², en el artículo 38¹³, determina que la destitución consiste en la terminación de la relación del servidor público con la institución policía, lo que conlleva la exclusión del escalafón o la carrera, y por consiguiente la separación absoluta del servicio.

Asimismo, el Decreto 1091 de 1995¹⁴, en el artículo 78, estableció que la separación absoluta o la destitución eran semejantes, por tanto, estableció que el funcionario del nivel ejecutivo que fuere separado en forma absoluta o destituido tendría derecho a las prestaciones a que hubiere lugar, pero no tendría derecho al reconocimiento de los tres meses de alta.

Con fundamento en lo expuesto, se tiene que el demandante tiene derecho a que se tengan en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, respecto del tiempo de servicios. Sin embargo, no le asiste el derecho a que se le reconozca la asignación de retiro, por cuanto, su retiro se produjo por destitución, con anterioridad al cumplimiento de los 20 años de servicio. En efecto, se evidenció en el proceso, que el señor Amaury Mosquera fue retirado del servicio y para tal fecha había prestado sus servicios durante 19 años, 9 meses y 23 días.

¹² "Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional."

¹³ ARTÍCULO 38. DEFINICIÓN DE SANCIONES. Son sanciones las siguientes:

1. Destitución e Inhabilidad General:

La Destitución consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial; la Inhabilidad General implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

¹⁴ "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."

Lo anterior permite concluir que el demandante no cumplió con el requisito de tiempo de servicio establecido en el Decreto 1212 de 1990, toda vez que la causal de su retiro fue la destitución, por tanto, debía haber prestado el servicio durante por lo menos 20 años de servicio, toda vez que dicha sanción implica no sólo la **separación absoluta del servicio sino la pérdida del grado.**

Decisión

En concordancia con lo aquí expuesto, y al no haberse acreditado que el acto administrativo demandada incurrió en las causales de nulidad alegadas en la demanda, se desestimarán las pretensiones de la demanda. En consecuencia, la presunción de legalidad del acto administrativo demandado permanecerá incólume.

Así, se concluye que el señor Amaury Perea Mosquera no tiene derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconozca y pague una asignación de retiro de conformidad con lo previsto en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

COSTAS

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"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."*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹⁵ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "B", Consejero Ponente: Cesar

mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por el demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.

De igual forma, en lo que concierne a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

Palomino Cortes, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

* Subsección "B", Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez, Demandado: Administradora Colombiana De Pensiones (COLPENSIONES).

* Subsección "B", Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia de 1) de enero de 2017, Rad. N°. 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez