

**JUZGADO TRECE (13) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCION SEGUNDA**



Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente No.:	11001-33-35-013-2015-00460-00
Proceso:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	YOVANY TRUJILLO CARO
Demandada:	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR -
Asunto:	Fallo – Reconocimiento asignación de retiro – Nivel ejecutivo

*Procede el Despacho, una vez agotadas las etapas procesales pertinentes, a emitir sentencia dentro del proceso de la referencia, adelantado por el señor **YOVANY TRUJILLO CARO**, a través de apoderado, contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR-**, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en lo siguiente:*

ANTECEDENTES

1. DECLARACIONES Y CONDENAS.

“(…)

PRIMERA: Declarar **LA NULIDAD** del acto administrativo contenida (sic) oficio 2627 de fecha 5 de marzo de 2015 notificada el 10/03/2015, proferido por el señor Brigadier General (RA) **JORGE ALIRIO BARON LEGUIZAMON** Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se negó otorgarle la asignación de retiro al señor **YOVANY TRUJILLO CARO**

SEGUNDA: Como consecuencia de declaratoria de **LA NULIDAD** del Acto Administrativo señalado, acordar a título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** a favor del Intendente retirado **YOVANY TRUJILLO CARO**, identificado con cédula de ciudadanía No 89.007.451 expedida en Armenia-Quindío, se le reconozca la asignación de retiro a la cual tiene derecho y el reconocimiento y pago de todos los sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar, desde la fecha de retiro es decir el 12 de Noviembre de 2014 más los intereses moratorios y la indexación a que hubiere lugar desde la fecha de retiro, más los emolumentos, mejoras, y la indexación o actualización monetaria a que hubiere lugar.

(…)

TERCERA: Que se dé cabal cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011.

(…)”.

2. Hechos.

Los relatados en la demanda se resumen así:

- Que el señor Intendente YOVANY TRUJILLO CARO ingresó a la Policía Nacional como alumno del Nivel Ejecutivo el 6 de febrero de 1995 y fue dado de alta como Patrullero a través de la Resolución N° 00214 del 1° de febrero de 1996 y a partir de ese momento laboró en diferentes unidades policiales.

- Que mediante Resolución N° 03824 del 19 de septiembre de 2014, el Director General de la Policía Nacional ejecutó la sanción disciplinaria de destitución impuesta al demandante y lo retiró del servicio con un tiempo de 20 años y 15 días.

- Que a través del oficio N° 2627 del 5 de marzo de 2015, la entidad demandada negó al demandante el reconocimiento de la asignación de retiro, argumentando que no cumplía con 25 años de servicio.

3. Normas violadas y concepto.

En el libelo se señalan como vulneradas las siguientes:

De rango Constitucional. Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 21, 25, 29, 42, 48, 53, 83, 121, 122, 123, 124, 125, 209, 211, 218, 222 y 278 numeral 1°, de la Constitución Política.

De rango legal. Artículos 2 y 3, inciso 3°, Ley 923 de 2004; artículos 1, 2 y 14 párrafo, del Decreto 4433 de 2004; Decreto 1213 de 1990; artículo 12 de la Ley 153 de 1887; Ley 640 de 2001; Ley 1395 de 2010.

El apoderado judicial de la parte demandante, luego de efectuar un sucinto resumen de las disposiciones normativas que han regulado el régimen de carrera de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, estima que la intención del legislador con la expedición de la Ley 923 de 2004 fue reconocer un régimen de transición consistente en la posibilidad de aplicar la norma anterior (Decreto 1213 de 1990) en forma ultractiva a los miembros de la Fuerza Pública que ingresaron al servicio en vigencia de dicho decreto, y que fueron retirados mientras regía el Decreto 4433 de 2004, habiendo cumplido con el tiempo de servicio establecido en la normativa existente al momento en que se vincularon, sin que se les pudiese exigir más de 15 años de servicio.

Manifiesta no entender cómo la entidad demandada, en el acto administrativo acusado, cita el artículo 25, párrafo 2° del Decreto 4433 de 2004

que establecía un tiempo de 20 y 25 años de servicio para acceder a la asignación de retiro, si el mismo fue declarado nulo por el Consejo de Estado.

Estima que al haberse vinculado su poderdante en la Policía en el año 1996 y retirado del servicio en el grado de Subintendente con “15 años, 2 meses y 5 días”, se le debe reconocer y pagar una asignación de retiro teniendo en cuenta el 50% del sueldo devengado al momento de su retiro y las partidas computables consagradas en el Decreto 1213 de 1990.

4. TRAMITE PROCESAL

4.1. Mediante providencia del 20 de agosto de 2015 (fls. 29 a 31), el Despacho admitió la presente demanda formulada por el señor **YOVANY TRUJILLO CARO** contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL –CASUR-**, la cual fue notificada personalmente a través de correo electrónico a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica y al Ministerio Público (fls. 33).

4.2. La entidad demandada contestó la demanda de forma extemporánea.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se pronunció en relación con la presente demanda.

El Ministerio Público no conceptuó.

4.3. En audiencia pública inicial llevada a cabo el 17 de agosto de 2016 (fls. 78 a 81), el Despacho no adoptó medida de saneamiento alguna, fijó el litigio, declaró fallida la conciliación, decretó las pruebas allegadas y solicitadas, prescindió de la audiencia de práctica de pruebas y corrió a las partes traslado para que presentaran sus alegatos de conclusión.

En virtud de ello, el **apoderado del demandante** se ratificó en los hechos, pretensiones y fundamentos jurídicos expuestos en la demanda. Asimismo, manifestó que mediante sentencia de tutela proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca “se protegieron los derechos de su representado”, disponiendo su reintegro.

Por su parte, la **apoderada de la entidad demandada** solicitó se verificara “la veracidad de los documentos” arrimados por el demandante, los cuales

estaban constituidos por la sentencia de tutela que había protegido los derechos del señor TRUJILLO. Igualmente, señaló que el demandante se incorporó directamente a la Policía Nacional en el año 1995, como miembro del nivel ejecutivo, por lo que nunca ha tenido la expectativa de que se le aplique el régimen de oficiales, suboficiales o agente. Que por ello, al demandante para efectos de la asignación de retiro se le debe aplicar el Decreto 1858 de 2012, en virtud del cual no reúne los requisitos para acceder a la asignación de retiro reclamada, toda vez que no cumple con el tiempo allí establecido cuando la causal de retiro es la destitución.

Escuchados los alegatos de las partes, el despacho decretó varias pruebas de oficio, indicando que una vez fueran arrimadas se volvería a correr traslado para que las partes complementaran sus alegatos de conclusión, y luego se emitiría la sentencia correspondiente.

4.4. Complemento de los alegatos de conclusión.

Con auto del 21 de septiembre de 2016, se ordenó incorporar al expediente las pruebas documentales debidamente recaudadas y correr traslado para alegar de conclusión (fl. 114).

Tanto la **parte demandante** (fls. 118 a 123) como la **demandada** (fls. 116 a 117) presentaron en término escrito de alegatos de conclusión, sin embargo, ninguna adujo nada distinto de lo señalado en la audiencia que se adelantó el 17 de agosto de 2016.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público no intervinieron en esta etapa.

4.5. Mediante auto del 15 de noviembre de 2016 (fls. 127 a 131), el despacho decretó la suspensión del sub lite por prejudicialidad, teniendo en cuenta que en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca cursaba demandada de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por el demandante contra el acto administrativo mediante el cual fue retirado del servicio por destitución, cuya principal pretensión era el reintegro de la parte actora, que, de llegara concederse, incidiría en la decisión que se debería proferir en este caso.

4.6. Con proveído del pasado 6 de marzo de 2020 (fl. 168), se ordenó la reanudación del presente proceso en atención a que habían transcurrido más de

dos años desde que se había decretado su suspensión por prejudicialidad, sin que se hubiese emitido decisión definitiva en el proceso que el demandante instauró contra el acto administrativo que dispuso su destitución.

CONSIDERACIONES

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho procede a adoptar la decisión que en derecho corresponda.

De conformidad con el litigio fijado en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., quedó establecido que en el presente proceso se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 2627 GAG-SDP del 5 de marzo de 2015, con el objeto de que se reconozca y pague al demandante la asignación de retiro en los términos del Decreto 1213 de 1990, con los valores debidamente indexados e intereses moratorios a que haya lugar.

1. Situación fáctica y hechos probados.

- Obra a folio 7 del expediente, hoja de servicios N° 89007451 del 10 de febrero de 2015, correspondiente al Intendente ® YOVANY TRUJILLO CANO, en donde consta que fue retirado del servicio el 12 de noviembre de 2014 por destitución, y que prestó sus servicios en la Policía Nacional por un tiempo de 20 años y 15 días, así:

Novedad	Inicio	Terminación	Total
Alumno Nivel Ejecutivo	6 de febrero de 1995	31 de enero de 1996	11 meses y 25 días
Nivel Ejecutivo	1º de febrero de 1996	12 de noviembre de 2014	18 años, 9 meses y 11 días
Diferencia año laboral Dto. 1091 de 1995			3 meses y 14 días
Total			20 años y 15 días

- Obra a folio 8 del expediente, copia de la Resolución N° 03824 del 19 de septiembre de 2014, a través de la cual el Director General de la Policía Nacional retiró del servicio activo por destitución, entre otros, al Intendente YOVANY TRUJILLO CANO, en cumplimiento de la sanción disciplinaria que le había sido impuesta.

- Con derecho de petición enviado radicado el 29 de diciembre de 2014, el demandante, a través de apoderado, solicitó a CASUR el reconocimiento de su asignación de retiro, por haber laborado en la Policía Nacional por 19 años, 10 meses y 18 días (fls. 4 a 5, anexo I).

- Mediante oficio N° 2627/GAG del 5 de marzo de 2015, el Director General de CASUR negó la anterior solicitud argumentando que el demandante no acreditaba los 25 años de servicio que exigían los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, para acceder a la asignación de retiro cuando la causal de retiro fuese la separación absoluta o destitución (fl. 6).

- Obra a folios 86 a 103 del expediente copia autenticada de la sentencia de tutela proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", el día 6 de abril de 2016, por medio de la cual se amparó de forma transitoria los derechos fundamentales del señor YOVANY TRUJILLO CARO hasta tanto se emitieran las decisiones judiciales definitivas en este proceso y en el adelantado ante la Sección Segunda de esa Corporación bajo el radicado N° 11001333500920150039900. En virtud de ello, ordenó a la Policía Nacional reintegrar al señor TRUJILLO.

- A folio 108 del plenario se halla oficio N° PET-SGT-0558/16 del 1° de septiembre de 2016, con el cual la secretaria general de la Corte Constitucional informó que la anterior acción de tutela impetrada por el señor TRUJILLO CARO había sido excluida de revisión.

- Se halla a folio 125 del expediente copia de la certificación emitida el 26 de octubre de 2016 por la Policía Nacional, donde consta, entre otras cosas, que el señor YOVANY TRUJILLO CARO fue reintegrado al nivel ejecutivo de esa institución el 25 de mayo de 2016.

2. Problema jurídico.

Consiste en determinar si el demandante como miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, vinculado de manera directa antes de la Ley 923 de 2004, tiene derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro, en los términos de los Decretos 1213 o 1212 de 1990, o si por el contrario, no le asiste tal derecho por no cumplir los requisitos dispuestos en el Decreto 1858 de 2012.

3. Marco normativo.

3.1. Del régimen de asignación de retiro aplicable a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Establecida la situación fáctica del demandante, corresponde realizar un análisis del marco normativo que ha regido el reconocimiento y pago de la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional desde su creación, con el fin de determinar cuál es la normatividad aplicable en este caso.

*El presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 35, numeral 1º de la Ley 62 de 1993, expidió el **Decreto Ley 41 de 1994** “Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”, disponiendo la creación del Nivel Ejecutivo como un nuevo cuerpo de personal en esa Institución, en virtud de lo cual determinó su forma de ingreso, el ascenso y el retiro, entre otros tópicos.*

La Corte Constitucional en sentencia C-417 de 1994 declaró la inexequibilidad de todo lo relacionado con el nivel ejecutivo contenido en el Decreto 41 de 1994, en razón a que el Gobierno había excedido las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 62 de 1993, al regular materias no establecidas allí.

Luego, con la expedición de la Ley 180 de 1995¹, el Congreso de la República modificó la Ley 62 de 1993, estableciendo en su artículo 1º que la Policía Nacional estaría integrada por oficiales, personal del nivel ejecutivo, suboficiales y agentes; asimismo, confirió al Presidente de la República facultades extraordinarias para regular los siguientes aspectos:

“(…)

ARTÍCULO 7o. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades

¹ “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 Polcial 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.”

extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:

1. **Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo** a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado **y de incorporación directa**. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:

a) Disposiciones preliminares;

b) Jerarquía, clasificación y escalafón;

c) Administración de personal:

- Selección e ingreso

- Formación

- Grados, ascenso y proyección de la carrera

- Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales

- Sistemas de evaluación

- Destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos

- Suspensión, retiro, separación, reincorporación

- Reservas

- Disposiciones varias

- Normas de transición.

(...)

PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo. (...) – Negrillas y subrayas fuera de texto –

En desarrollo de dicha facultad extraordinaria, el Presidente de la República expidió el Decreto 132 de 1995, mediante el cual se desarrolló el régimen aplicable a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, contemplando su ingreso, formación, ascensos, sistema de evaluación, traslados, suspensión, retiro, reincorporación, así como un régimen de transición para quienes se encontraban incorporados a ese nivel al momento de declararse inexecutable el Decreto Ley 41 de 1994; sin embargo, al fijar tal régimen el Gobierno no realizó ninguna precisión respecto a las asignaciones o pensiones de los miembros del nivel ejecutivo.

En tal virtud, el Presidente de la República promulgó 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 en su artículo 51 dispuso 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 psicofísica 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 y subrayas fuera de texto -

El mencionado artículo 51 fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2007², bajo los siguientes fundamentos:

“(…)

En tales casos, **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,

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA

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.

Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - parágrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido³ sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.

(...)” – Negrillas y subrayas fuera de texto –

El Presidente de la República en ejercicio de facultades legislativas extraordinarias, esta vez conferidas por el numeral 3º, artículo 17 de la Ley 797 de 2003, profirió el Decreto Ley 2070 de 2003 "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares", en cuyo artículo 25, sobre la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, dispuso lo siguiente:

“(...

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 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:

25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo

23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.

25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

³ Los derechos se adquieren en tanto se reúnan los dos (2) elementos que exige el artículo 58 de la C.P., como son: el objetivo y el subjetivo.

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

Parágrafo 1º. 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 cien por ciento (100%) de tales partidas.

Parágrafo 2º. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren o sean retirados por una causal distinta a las establecidas en el presente artículo, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y haya cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres. (...) – Negritillas fuera de texto -

Tanto el anterior Decreto Ley 2070 de 2003, como el numeral 3º, artículo 17 de la referida Ley 797 de 2003 fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C - 432 de 2004, en atención a que la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública tiene reserva de ley marco, y por ende, solo pueden regularse a través de una Ley de ese tipo, en los términos del numeral 19º del artículo 150 superior. En la parte final de esa providencia, la Corte precisó:

“(…)

24. Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que “la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta”⁴.

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

⁴ T-024Ade 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que **las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia.** (...) – Negrillas y subrayas fuera de texto -

En el año 2004, el Legislador expidió la Ley marco 923, destinada exclusivamente a señalar los objetivos y criterios que debía seguir el Ejecutivo al momento de fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, dentro de los que se encuentran los siguientes:

“(…)

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, 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.

(…)

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse 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. (...) - Negrillas y subrayas fuera de texto –

De igual modo, en el artículo 3º de dicha normatividad se consagraron unos elementos mínimos, que debía tener el régimen pensional de la Fuerza Pública, así:

“(…)

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

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

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

(…)

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

En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley. (...)"
– Negritillas y subrayas fuera de texto -

Posteriormente, el Gobierno Nacional, en desarrollo de lo dispuesto en la reseñada Ley marco 923 de 2004, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", en cuyo artículo 25 estableció:

"(...)

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 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:

25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.

25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

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

Parágrafo 1°. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

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. (...) – Negritillas y subrayas fuera de texto –

El Consejo de Estado mediante sentencia del 12 de abril de 2012⁵, declaró nulo el parágrafo segundo de la citada disposición, con el siguiente argumento, que por su importancia se cita in extenso:

(...)

El nivel ejecutivo en la Policía Nacional fue creado mediante la Ley 180 de 1995, disposición en la cual se permitió el ingreso a este nuevo nivel del personal de suboficiales y Agentes al servicio de la Policía Nacional y por Decreto 1091 de 1995 de junio 17 de 1995, se expidió su régimen de asignaciones y prestaciones en desarrollo de la Ley 4ª de 1992. Concretamente tratándose de la asignación de retiro esta norma la reguló en el artículo 51 que como ya tuvo oportunidad de señalarse, fue declarado nulo por esta Corporación.

La Ley que creó el nivel ejecutivo, en su artículo 7º, parágrafo, expresó que el ingreso al nivel ejecutivo de personal de la policía nacional no podía discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes estando al servicio de la Policía Nacional, decidieran incorporarse a él.

(...)

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

- El tiempo de servicio será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso podrá ser superior a 25 años.
- **A quienes se encuentren en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al 30 de diciembre de 2004, cuando el retiro sea por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por otra causal.**
- Un régimen de transición que reconozca las **expectativas legítimas** de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro, el cual debe mantener como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la misma Ley para acceder al derecho a la asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública en servicio activo a diciembre 30 de 2004.

Además de lo anterior, señaló unos principios entre ellos el del respeto por los derechos adquiridos, textualmente expresó:

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.

(...)

Los objetivos, criterios y elementos mínimos para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública los debía observar el Gobierno Nacional, a quien en virtud de lo consagrado en el artículo 189 de la Carta Política, como suprema autoridad administrativa, se le confiere, entre otras, la función de ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes y aunque para la expedición de los decretos dictados en desarrollo de una Ley marco, goza de una mayor amplitud, ello no constituye autorización para desbordar o desconocer el mínimo de los elementos que la Ley ordena tener en cuenta para su perfeccionamiento.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00016-00(0290-06 / 1074-07), Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón

Lo anterior quiere decir que el Congreso en la Ley marco no agota la materia de que se trate y se circunscribe a fijar unas pautas generales y señalar unos lineamientos que al ejercer la función de reglamentación, no puede desconocer el Gobierno Nacional.

Se precisa, en consecuencia, que el decreto acusado tiene por límite la Ley marco y que so pretexto de desarrollarla no puede modificar sus elementos.

(...)

En el caso objeto de estudio, observa la Sala que el Gobierno Nacional se encontraba facultado por la Ley 923 de 2004 para **reglamentar** lo relacionado con el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En virtud de esa facultad expidió el Decreto 4433 de 2004.

El cargo que la parte actora hace en relación con la disposición acusada, parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, se circunscribe al hecho de que no respeta los derechos de los agentes y suboficiales que se incorporaron al **nivel ejecutivo de la Policía Nacional**, concretamente porque aumentó el tiempo en que podían acceder a una asignación de retiro, así:

- De 20 a 25 años si el retiro era por solicitud propia
- De 15 a 20 años si el retiro se presentaba por otra causal.

Como la nulidad que se alega tiene su fundamento en que se aumentó el tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro a pesar de que la Ley 923 de 2004 estableció un límite mínimo y máximo y la prohibición de que a quienes se encontraran en servicio activo se les exigiera un tiempo de servicio superior al que regía al 30 de diciembre de 2004 cuando la causal del mismo era la solicitud propia, ni inferior a 15 años por otra causal, es necesario determinar cuál era el régimen vigente para dicha época con el fin de establecer si el Gobierno al ejercer la potestad reglamentaria, varió las condiciones señaladas en la Ley marco.

Al haber sido declarado inexecutable el Decreto Ley 2070 de 2003 y nulo el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que regulaba lo atinente al régimen pensional del nivel ejecutivo, quedaron vigentes tratándose de suboficiales, el Decreto 1212 de 1990 y de Agentes el Decreto 1213 de 1990.

Se aclara que el estudio se centrará sólo en el régimen de asignación de retiro vigente cuando entró a regir la Ley 923 de 2004, para los grados de suboficial y agente, teniendo en cuenta que de conformidad con la Ley 180 de 1995 que creó el nivel ejecutivo, a él únicamente podían acceder quienes tuvieran dicha calidad y aunque también estableció que personal no uniformado y otros por incorporación directa podían hacerlo, lo cierto es que la demanda se refiere a la desmejora en materia de asignación de retiro del personal de suboficiales y agentes.

(...)

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

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

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. (...)

Luego, con sentencia calendada el 23 de octubre de 2014, el Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez⁶, declaró la nulidad del párrafo 1º del plurimencionado artículo 25 del Decreto 4433 de 2004; en esta oportunidad se indicó:

“(…)

Así las cosas y por las mismas razones por las cuales se declaró la nulidad del párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, habrá de declararse también la nulidad del párrafo 1º de la norma que ahora se analiza, por cuanto en ella se exige “como requisito para tener derecho al pago de la asignación mensual de retiro en las condiciones previstas en este artículo a los Oficiales y Miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte 20 años de servicio a la Policía Nacional y hayan cumplido 55 años de edad si es hombre o 50 años de edad si es mujer, **sin que esa variación desfavorable se encuentre autorizada por la Ley 923 de 2004, que traza el marco competencial que el Gobierno Nacional tiene como límite de obligatoria observancia para desarrollarla.**

Con respecto al resto del contenido normativo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, no se encuentra por esta Corporación que se hubiere incurrido en violación del marco competencial del Gobierno Nacional conforme a las normas generales, objetivos y criterios a los que ha de someterse según lo dispuesto por la Ley 923 de 2004.

En efecto el artículo 25 inciso 1º del Decreto objeto de análisis y sus tres numerales, de manera expresa regulan lo atinente a la asignación de retiro para 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”, lo que significa que si apenas ingresan a ese escalafón no tienen entonces amparo alguno en normas de transición, pues estas fueron establecidas para quienes ya se encontraban en servicio activo y para quienes desde luego estuviesen escalafonados en el Nivel Ejecutivo, pues, sin estarlo, no eran sujetos a quienes se les pudieran aplicar las normas anteriores, pues al momento de entrar en vigencia las normas nuevas carecían de la calidad de destinatarios de las preexistentes. (...) – Negritas y subrayas fuera de texto –

Cabe resaltar que los argumentos hasta aquí utilizados por el Consejo de Estado para declarar la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, y de los párrafos 1º y 2º del artículo 25 del Decreto 4433, son principalmente dos, a

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00077-01(1551-07)

saber: (i) la falta de competencia del Ejecutivo para desbordar los parámetros establecidos en las diferentes leyes marco (4ª de 1992 y 923 de 2004), y (ii), el respeto por los derechos adquiridos de los uniformados, que debían estar consagrados en un régimen de transición normativo.

Más adelante, el Gobierno Nacional, con el fin de garantizar el régimen de transición de quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo (ya sea por homologación o de manera directa) antes de la vigencia de la Ley marco 923 de 2004⁷ y de unificar el régimen pensional y de asignaciones de retiro de dicho personal, expidió el Decreto 1858 del 6 de septiembre de 2012, en cuyo artículo 2º consagró:

“(…)

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 cien por ciento (100%) de tales partidas. (...)”
– Negrillas y subrayas fuera de texto –

Tal disposición fue en un primer momento, suspendida provisionalmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 14 de julio de 2014⁸, en la cual se argumentó lo siguiente:

“(…)

El Despacho reitera que el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, en su calidad de ley marco dispone una limitación que a la vez constituye una prohibición consistente en 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, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.”**⁹

Se destaca, que esta disposición cubre a todos los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, **entendiendo que la expresión servicio activo hace referencia a todos los servidores que se encuentren con vínculo vigente con las Instituciones que**

⁷ Publicada en el Diario Oficial 45777 de diciembre 30 de 2004

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub – sección “B”, Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00850-00(1783-13)

⁹ Sobre la vigencia de esta ley se destaca que según el “ARTÍCULO 7o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” De otro lado, la promulgación es decir, desde la publicación oficial de la ley se realizó en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004.

conforman dicha Fuerza, por lo que esta norma cubre a los integrantes de la Policía Nacional.

Así se insiste, en que la prohibición consagrada a favor de los miembros de la Fuerza Pública en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 se estableció para el personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y **concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, sin que se hiciera distinción a la forma de vinculación, es decir con independencia a que se hubieran incorporado a dicho nivel por homologación o de forma directa.**

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 2003¹⁰ y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25), perdieron vigencia por declaración judicial como se anotó anteriormente.

(...)

Teniendo claro lo expuesto, reafirma el Despacho que los Decretos 1212 y 1213 de 1990, era la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro a favor de los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo, **sin importar su vinculación**, en los cuales se establecía como requisito que los policiales **contaran con mínimo quince (15) años de servicio activo, en el evento del retiro 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 psicofísica, o por inasistencia al servicio** y los que se retiren a solicitud con veinte (20) años de servicio.

Entonces, por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se encuentran **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 superior al establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.**

(...)

Respecto a la solicitud de nulidad y suspensión provisional del artículo 2 del Decreto acusado, es dable concluir que al cotejarse el texto del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, con lo establecido en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional desconoce las previsiones contenidas en la Ley marco respecto a la prohibición de exigírsele al personal en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos adicionales, como es el de permanecer vinculado a la institución por un término superior al previsto en los Decretos que les eran aplicables, es decir en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que fijan como tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro como mínimo de 15 años de servicio y un máximo de 20 años.

Corolario de lo anterior, se accederá a la suspensión provisional solicitada del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, por cuanto en este artículo, el Gobierno Nacional desconoce las previsiones contenidas en la Ley marco respecto a la prohibición de exigírsele al personal en **servicio activo** al 31 de diciembre de 2004, entre los cuales se encontraban los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo vinculados voluntariamente e incorporados directamente, requisitos adicionales, como es el de permanecer vinculado a la institución por un término superior al previsto en los Decretos que les era aplicables, es decir en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

(...)” – Negrillas y subrayas fuera de texto -

¹⁰ Decreto declarado inexecutable mediante la sentencia C-432 de 2004.

No obstante lo anterior, esa misma Corporación, con auto del 8 de octubre de 2015¹¹ revocó la citada providencia del 14 de julio de 2014, en virtud del recurso de súplica interpuesto, exponiendo el siguiente criterio:

“(…)

Por otra parte reitera la Sala, que el personal uniformado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional ha estado integrado por dos categorías de policías:

i) por el personal uniformado que ingresó por vez primera a la carrera policial, a quienes se les llamó de “incorporación directa”; y iii) por los Suboficiales y Agentes que voluntariamente ingresaron al nuevo Nivel, a quienes se les llamó personal homologado.

Esta precisión es de la mayor importancia, puesto que el régimen de asignación de retiro de unos es diferente al de los otros, ya que por orden del párrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995 que crea el Nivel Ejecutivo, los Suboficiales y Agentes que ingresaron voluntariamente a dicha carrera policial, no podían ser desmejorados, y por ello, como para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, exigieron un tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro, al personal homologado se le tenía que respetar el régimen consagrado en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, cuyos artículos 144 y 104, respectivamente sólo exigen 15 y 20 años, dado que evidentemente este último les es más favorable.

Fue esa la razón por la cual, el Consejo de Estado mediante fallos de 4 de febrero de 2007¹² y 12 de abril de 2012¹³, anuló el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, puesto que dichos apartes normativos al regular lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo, no diferenciaron entre el personal incorporado directamente y el homologado a dicha carrera profesional de la Policía Nacional, exigiéndoles a ambos un tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro.

Así las cosas, tenemos que a la fecha de entrar en vigencia la Ley Marco 923 de 2004, esto es 31 de diciembre de ese año, las disposiciones que regulaban lo relacionado con la asignación de retiro del personal uniformado del Nivel Ejecutivo eran las siguientes:

i) Al personal uniformado homologado, es decir a los Suboficiales y Agentes que voluntariamente se trasladaron al Nivel Ejecutivo, les eran aplicables los artículos 144 y 104 de los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990¹⁴, respectivamente, los cuales exigían un requisito de tiempo de servicio de 15 y 20 años, según la modalidad de retiro; y

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, radicado No.:110010325000201300543 00, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04). “... al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.”

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Expediente No. 0290-06 (1074-07), Radicación: 110010325000200600016 00. “La norma acusada, párrafo 2º 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.”

¹⁴ Que, se insiste, regulan, entre otros aspectos, los relacionados con la asignación de retiro del personal uniformado de Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional.

ii) **Al personal uniformado incorporado directamente**, les era aplicable el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, que exigía un requisito de tiempo de servicio de 20 y 25 años, según la modalidad de retiro.¹⁵

Entiende la Sala, que son estos los requisitos o “elementos mínimos” a que alude el artículo 3º, numeral 3.1., inciso 2º, de la Ley Marco 923 de 2004, para que sean tenidos en cuenta por el Gobierno Nacional al reglamentar o “fijar” lo concerniente a la asignación de retiro del personal de uniformados del Nivel Ejecutivo vinculado antes del 31 de diciembre de 2004. Elementos mínimos que no fueron observados por el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, pues, en su artículo 25, parágrafo 2º, se estableció, sin hacer distinción entre el personal del Nivel Ejecutivo incorporado directamente y el homologado, que quienes estuvieran activos a 31 de diciembre de 2004, se les exigiría para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, un tiempo de servicio de 20 y 25 años según la modalidad de retiro; desconociendo que al personal homologado, al tener a su favor una especial protección consagrada en el parágrafo del artículo 7º de la Ley 180 de 1995¹⁶, que ordena que no sean desmejorados, no se les puede exigir más de 15 y 20 años, que es el requisito de tiempo de servicio contemplado en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990¹⁷, que consagran el régimen de asignación de retiro de los Suboficiales y los Agentes.

(...)

Para responder a este cuestionamiento, es preciso tener en cuenta que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 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”*, en cumplimiento de los fallos pluricitados, mantuvo para el personal homologado al Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, el requisito de tiempo de servicio de 15 y 20 años para acceder a la asignación de retiro, requisito que era el que les exigían a dicho grupo de uniformados los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, en sus artículos 144 y 104, respectivamente, como arriba se pudo demostrar.

Y en el artículo 2º se regula lo atinente a la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo que ingresó directamente hasta el 31 de diciembre de 2004, estableciendo para ellos el mismo requisito de tiempo de servicio que se ha consagrado en la normatividad que les ha sido aplicable desde que se creó esta carrera especial al interior de la Policía Nacional: Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, es decir, 20 y 25 años de servicio, según la modalidad de retiro.

Ahora bien, no ignora la Sala, que el artículo 51 Decreto Reglamentario 1091 de 1995 fue anulado por el Consejo de Estado mediante fallo 4 de febrero de 2007¹⁸, y que el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, también lo fue mediante sentencia de 12 de abril de 2012¹⁹.

Sin embargo se hace la claridad, que dichas providencias anularon estos apartes normativos porque al reglamentar lo relacionado con el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en ellos no se diferenció entre el personal incorporado directamente y el homologado, y le impusieron a ambos la misma exigencia de 20 y 25 años de servicio, cuando a estos últimos no podía desmejorarlos en ese aspecto.

¹⁵ Téngase en cuenta, que para ese entonces, 31 de diciembre de 2004, el Decreto Ley 2070 de 2003 ya había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 2004.

¹⁶ 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.

¹⁷ Por los cuales se establecen los estatutos del personal de Agentes, Suboficiales y Oficiales de la Policía Nacional.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla, Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, CONSEJERO PONENTE: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, Expediente No. 0290-06 (1074-07), Radicación: 11001032500020060001600.

En ese orden de ideas, la *ratio decidendi*, o la *razón* (fundamento) de dichos fallos, no resulta aplicable al caso concreto, pues, mientras las citadas providencias analizaron la legalidad de los apartes normativos reseñados de los Decretos Reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, a partir del estudio de la situación legal del personal de Suboficiales y Agentes **homologados** al Nivel Ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, que ahora se acusa, regula lo atinente al régimen de asignación de retiro del personal **incorporado directamente** a dicha carrera policial hasta el 31 de diciembre de 2004, categorías de uniformados del Nivel Ejecutivo respecto de los cuales desde sus inicios se establecieron claras y precisas diferencias en materia de asignación de retiro.

Así las cosas, en el caso sub exámine no se configura el tradicional principio del derecho según el cual *donde caben las mismas razones, caben las mismas disposiciones*, que es el que justifica la aplicación de figuras como la analogía y el respeto por la *ratio decidendi* de los antecedentes y/o precedentes jurisprudenciales vinculantes, pues, los mencionados fallo del Consejo de Estado que decretaron la nulidad del artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, aluden a hipótesis diferentes a la que es objeto de estudio en el presente proceso.

Pero además, si nos atenemos al criterio de interpretación hermenéutico según el cual las zonas grises del derecho se superan si se logra identificar la *voluntad o intención del legislador*²⁰, el *espíritu - alma de la ley*, o en ultimas, la *racionalidad de la norma*²¹, podría sostenerse que la intención primigenia e inalterada²² del artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, de la Ley Marco 923 de 2004, fue la de mantener, respecto de los miembros del Nivel Ejecutivo incorporados directamente hasta el 31 de diciembre de 2004, la exigencia del requisito de tiempo de servicio de 20 y 25 años de servicio, para acceder a la asignación de retiro, requisitos que son los que desde un principio contempló el ordenamiento jurídico en el Decreto Reglamentario 1029 de 1994 para ser exigidos a esta categoría de uniformados que se incorporaron de manera directa, y que fueron conservados por las normatividades posteriores, es decir, por el Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el Decreto Ley 270 de 2003 (sic).
(...)

Ello lo que demuestra es que la intención, la voluntad, el espíritu de la Ley Marco 923 de 2004, su racionalidad misma²³, consiste en que al personal uniformado

²⁰ El ordenamiento jurídico colombiano tradicionalmente ha tenido como criterio de interpretación normativa, el recurso de indagar por la *voluntad del legislador* o el *espíritu de la ley*, así por ejemplo, en el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, se señala que "Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador". Al respecto se resalta, que la Corte Constitucional, en varias oportunidades ha reconocido la voluntad del legislador o espíritu de la norma, como criterio de interpretación y aplicación de la ley, así se expuso en las sentencias C-281 de 2004, C-551 de 2003, C-760 de 2001, C-093 de 2001, C-1011 de 2008, C-536 de 1997, C-511 de 1994, entre otras.

²¹ Al respecto, CALVO, Manuel, LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: GENEALOGÍA DE UNA FICCIÓN HERMENEUTICA, Revista DOXA, 1986.

²² El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la aplicación de este criterio de interpretación normativa, así por ejemplo, en fallo de 2 de octubre de 2014, proferido en el expediente 11001-33-31-019-2007-00735-01-(AP)REV, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, citando el texto de 2005 LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO (Ed. Palestra de Lima), de Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, se dijo: "Para su determinación se puede apelar, entre otras cosas, a la **voluntad del órgano de producción normativa** expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos, a los considerandos del texto normativo, e incluso a las disposiciones legales que expresan los respectivos objetivos. (...). La jurisprudencia constitucional ha señalado la trascendencia de este criterio en la interpretación constitucional, esto explica la frecuencia con la que se utiliza, tanto para definir el alcance de las disposiciones constitucionales, como el de las normas que son objeto de control." Este criterio de interpretación normativa también fue expuesto en los fallos de **21 de octubre de 2010**, expediente 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), M.P.: Alfonso Vargas Rincón; de **29 de junio de 2011**, expediente 25000-23-25-000-2007-01039-01(1751-09), M.P.: Gustavo Gómez Aranguren; y de 2 de marzo de 2001, expediente 11001-03-24-000-1999-5830-01(5830), M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otros.

²³ En el texto EL NUEVO GOBIERNO COSTITUCIONAL, editado por la Universidad del Rosario en 2003, los profesores Rodolfo Arango y Carlos Molina, citando al tratadista francés Paul Amsélek y su texto de 1995 *Interpretation et droit*, señalan que "según la teoría moderna de la interpretación, la intervención judicial tiene por principal objetivo el **descubrimiento de la intención del legislador, esto es, el sentido que le imprime a la norma. El sentido que se busca es aquel que quiso darle el legislador a la ley en la época en que la adoptó.** (...). Nos preguntamos entonces en derecho constitucional colombiano ¿Quién posee el monopolio del sentido de la ley: el legislador, que hace la norma, o el juez constitucional, que la revisa? (...). Si al legislador le corresponde crear el sentido de la ley, correspondería al interprete, una vez identifique dicho sentido, tratar de recomendar su perfeccionamiento. (...). Por ello (...) el texto debe ser mirado

homologado hasta el 31 de diciembre de 2004, se les aplican las normas del régimen propio de su antiguo escalafón de Agentes y Suboficiales, es decir, los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990, mientras 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.

(...)

En criterio de la Sala, si bien el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 fue anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el año 2007, lo cierto es que la Ley Marco 923 de 2004, expedida por el legislador en ejercicio de su libertad o poder de configuración de las leyes, ya había integrado a su contenido normativo, de manera tácita, el requisito material de tiempo de servicio de 20 y 25 años exigido en dicho decreto a los uniformados que ingresaron directamente al Nivel Ejecutivo, pues, en su artículo 3, numeral 3.1., inciso 2, estableció que a quienes estuvieran activos al momento de entrar en vigencia dicha norma, se les exigiría el mismo tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro consagrado en las normas vigentes, y en ese momento, 31 de diciembre de 2004, para el personal incorporado directamente, la norma vigente era el Decreto Reglamentario 1091 de 1995, mientras que para el personal homologado el estatuto vigente lo constituían los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990.

Esa era la voluntad o la intención del legislador para ese entonces, esto es, para el momento de expedir la Ley Marco 923 de 2004²⁴, sin poder anticipar que en el 2007 el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 sería decretado nulo por el Consejo de Estado. Para la Sala esta intención o voluntad primigenia constituye la racionalidad misma de dicha ley marco, y fue la que desarrolló el Ejecutivo en el Decreto Reglamentario 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”*.

(...)”

Finalmente, con sentencia calendada el 3 de septiembre de 2018²⁵, el Consejo de Estado declaró, con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, para lo cual se sirvió de estos argumentos:

“(…)”

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.

(...)

en su contexto de elaboración, más no en el de su aplicación porque sobrepasa la misma competencia del interprete. (...). Aquí es donde reside el meollo del problema de la libertad que tiene el intérprete de los textos: saber quedarse en los límites de su competencia sin invadirla del autor del texto (...). Cualesquiera que sean los métodos o las técnicas utilizadas, el intérprete deberá siempre tener presente tres parámetros que coartan su libertad de interpretación: el principio de separación de poderes, el principio de la supremacía legislativa y el principio de la medida o del autocontrol que guía todo trabajo de interpretación.” (Negritas fuera de texto).

²⁴ “... mediante la cual se señalan 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...”.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, rad. 11001-03-25-000-2013-00543-00, Cp. César Palomino Cortés.

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 encuentra 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 los máximos de 15 a 20 años de servicio.

Al desbordar a través de la emancipación 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 persona 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.

(...)

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 esta última se tome. 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.

(...)

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 todo lo anterior, se puede colegir que pese a que el nivel ejecutivo de la Policía Nacional fue creado a través de la Ley 41 de 1994, lo cierto es que el régimen aplicable en lo que respecta al reconocimiento de asignaciones de retiro no ha sido constante, pues cada uno de los Decretos (con fuerza de ley o netamente administrativos) que desde 1995 regularon dicho tópico, han sido declarados inexecutable o nulos, inclusive el Decreto 1858 de 2012, cuya anulación data del 3 de septiembre de 2018. Ergo, al no existir normas que regulen la asignación desde retiro de los miembros del nivel ejecutivo desde que este fue creado (1994), para efectos de resolver sobre esta prestación por vacío normativo, se debe acudir a lo dispuesto en la normatividad que se encontraba vigente cuando se creó dicho nivel, la cual está representada en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

3.2. Del régimen de asignaciones de retiro aplicable al personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004.

El Decreto 1212 de 1990, establecía que los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional debían cumplir los siguientes requisitos para acceder a la asignación de retiro:

“(…)

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, 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 sico-física, 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. (...)” – Negrillas y subrayas de texto -

Igualmente, el artículo 140 ibídem señaló qué partidas computables se tendrían en cuenta para liquidar las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales, así:

“(…)

ARTÍCULO 140. BASES DE LIQUIDACION. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas, así:

1. Sueldo básico.
 2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
 3. Prima de antigüedad.
 4. Prima de Oficial Diplomado en Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Estatuto.
 5. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.
 6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
 7. Gastos de representación para Oficiales Generales.
 8. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
 9. La bonificación de los Agentes del Cuerpo Especial, cuando sean ascendidos al grado de Cabo Segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como Agentes, sin contar los tiempos dobles.
- Bonificación por compensación <Partida adicionada por el artículo 1 de la Ley 420 de 1998 (...)

A su turno, el Decreto 1213 de 1990 consagraba los siguientes requisitos para que los Agentes de Policía se hicieran acreedores de la asignación de retiro:

“(…)

ARTÍCULO 104. ASIGNACION 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 sicoofísica, 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. (...)” – Negrillas y subrayas fuera de texto –

El artículo 100 del citado decreto establecía como partidas computables para los Agentes las siguientes:

“(…)

ARTÍCULO 100. BASES DE LIQUIDACION. A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

- a. Sueldo básico.
 - b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
 - c. Prima de antigüedad.
 - d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.
 - e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
- Bonificación por compensación <Partida adicionada por el artículo 1 de la Ley 420 de 1998. (...)”

4. Caso Concreto.

De conformidad con las disposiciones normativas que regulan la materia y las distintas posiciones jurisprudenciales asumidas por el Consejo de Estado sobre el tema, procede el Despacho a decidir si hay o no lugar a reconocer al demandante la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en los Decretos 1213 o 1212 de 1990, como miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, vinculado de manera directa antes de entrar en vigencia la Ley 923 de 2004.

*De las pruebas recaudadas en el proceso, se tiene que el señor YOVANY TRUJILLO CANO ingresó como alumno del nivel ejecutivo a la Policía Nacional el **6 de febrero de 1995** y fue retirado del servicio por la causal de **destitución** el día **12 de noviembre de 2012**, con un tiempo total de servicio de **20 años y 15 días**.*

incluidos los 3 meses y 14 días de la diferencia del año laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 del Decreto 1091 de 1995²⁶.

Igualmente, se demostró que con derecho de petición radicado el 29 de diciembre de 2014 el demandante solicitó a CASUR el reconocimiento de su asignación de retiro, la cual fue negada por dicha entidad a través del oficio N° 2627/GAG del 5 de marzo de 2015, argumentando que el señor TRUJILLO no acreditaba el tiempo de servicio establecido en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012, para acceder a tal prestación por tratarse de causal de retiro separación absoluta o destitución.

*Pues bien, para determinar si al demandante le asiste el derecho a la prestación pretendida, en primer lugar, debe precisarse que el mencionado Decreto 1858 de 2012 fue publicado en el Diario Oficial N° 48.545 del **6 de septiembre de 2012**, por lo que al haberse producido su retiro el **12 de noviembre de 2012**, en principio le resultaría aplicable tal disposición. En tales condiciones, se podría afirmar que al señor TRUJILLO no le asistía el derecho a percibir la asignación de retiro, pues el artículo 2° ibidem determinó que el personal del nivel ejecutivo que ingresó a la Policía Nacional de manera directa hasta el 31 de diciembre de 2004, debía acreditar un tiempo de servicio de 25 años para acceder a esa prestación cuando el retiro se produjese por destitución.*

No obstante lo anterior, el Despacho debe realizar las siguientes precisiones:

1. Los actos administrativos, como manifestación de la voluntad de la administración encaminada a buscar el beneficio de la colectividad, gozan desde su expedición de presunción de legalidad, y por ende, una vez notificados y/o publicados, y debidamente ejecutoriados, tiene vocación para ser ejecutados por la autoridad competente, aún en contra de la voluntad de quienes son sujetos pasivos de estos. Esta ejecutividad está respaldada por lo que se ha designado como la “auto-tutela administrativa”²⁷.

Sin embargo, la característica de la ejecutividad de los actos administrativos no es absoluta, pues la misma se puede ver truncada por una serie de circunstancias, que según el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, son las siguientes:

²⁶ **ARTÍCULO 105. LIQUIDACIÓN TIEMPO DE SERVICIO.** El tiempo de servicio será liquidado computando trescientos sesenta (360) días por cada año, treinta (30) días por mes, el residuo, si lo hubiere, por días de servicio, aumentando el tiempo que resulte de la aplicación del año laboral.

²⁷ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I.

(i) Cuando sean suspendidos sus efectos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

(ii) **Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.**

(iii) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

(iv) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

(v) Cuando pierdan vigencia.

Precisamente, es en desarrollo de la mencionada causal segunda donde se presenta el fenómeno que la jurisprudencia ha denominado como el decaimiento de los actos administrativos, el cual, en palabras de la Corte Constitucional, se “produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparece del escenario jurídico”²⁸.

El decaimiento implica que el acto administrativo pierde fuerza de ejecutoria, es decir, que se torna inejecutable por la administración. No obstante esa inejecutabilidad no altera los presupuestos de validez del acto, los cuales, se presume, fueron observados por la administración al momento de su expedición. De allí que ese decaimiento no puede ser declarado por el juez contencioso administrativo, ya que este realiza un análisis de los elementos de validez de los actos administrativos, los cuales, se reitera, no se ven afectados necesariamente por ese decaimiento²⁹.

Además, el decaimiento no implica que el acto administrativo que decidió una situación particular a la luz de una disposición normativa que fue declarada inexequible o anulada, desaparezca de la vida jurídica, pues su presunción de legalidad no ha sido rebatida. De allí que sea posible realizar un control de legalidad de actos administrativos afectados por la figura del decaimiento.

Entonces, teniendo en cuenta que el oficio N° 2627/GAG del 5 de marzo de 2015 se fundamentó, entre otros, en el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, y

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara

²⁹ Cfr., al respecto, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de mayo de 2010, rad. 2005-1869, Cp. Rafael Ostau De Lafont Planeta; sentencia del 15 de marzo de 2018, rad. 13001-23-31-000-2004-01385-01, Cp. Roberto Augusto Serrato Valdés.

comoquiera que dicho artículo fue anulado por el Consejo de Estado con sentencia del 3 de septiembre de 2018, resulta claro que operó el decaimiento del referido acto. Decaimiento que no impide a este despacho pronunciarse sobre la legalidad del referido acto, de acuerdo a lo reseñado en precedencia, pues no afectó sus elementos de validez.

(ii) El oficio N° 2627/GAG del 5 de marzo de 2015, mediante el cual la entidad demandada negó al señor TRUJILLO el reconocimiento de la asignación de retiro, se sustentó en que no reunía el requisito de 25 años de servicio para acceder a dicha prestación, cuando la causal de retiro fuera la destitución, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

Los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 no podían ser aplicados al caso del demandante, pues tanto el artículo 51 de aquel, como el parágrafo 2°, artículo 25 de este último, que establecían los presupuestos que debían cumplir de los miembros del nivel ejecutivo para acceder a la asignación de retiro, habían sido declarados nulos por el Consejo de Estado en sentencias del 14 de febrero de 2007 y 12 de abril de 2012, respectivamente, esto es, antes de que se expidiera el acto administrativo aquí demandado.

En relación con el Decreto 1858 de 2012, se debe mencionar que en el caso del señor TRUJILLO le fue aplicado el artículo 2°, el cual establecía que los miembros del nivel ejecutivo incorporados de manera directa antes del 31 de diciembre de 2004, que fuesen destituidos, debían acreditar 25 años de servicio para acceder a la asignación de retiro.

Este último artículo se encontraba vigente al momento en que se expidió el acto administrativo acusado (5 de marzo de 2015). No obstante, para esta dependencia judicial dicho decreto no debía ser aplicado en el sub lite, pues aunque el presidente de la República en el artículo 1°, en aras de salvaguardar las expectativas legítimas del personal homologado al nivel ejecutivo antes de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 creó un régimen de transición para ese personal, y a su turno, en el artículo 2°, determinó que quienes ingresaron a ese nivel de manera directa antes de la referida ley, para acceder a esa prestación, debían acreditar 20 o 25 años de servicio, según el caso, lo cierto es que no consagró una verdadera transición normativa para este último personal, pues solo estableció que tendrían el mismo régimen de los nuevos miembros del nivel ejecutivo, vinculados de manera directa después del 1° de enero de 2005,

desconociendo de esta manera la garantía de sus expectativas legítimas, prevista en la Ley marco 923 de 2004.

Nótese que en el Decreto 1858 de 2012, el presidente de la República no hizo otra cosa que replicar los requisitos para acceder a las asignaciones de retiro para los miembros del nivel ejecutivo establecidos en los artículos 51 del Decreto 1091 de 1995, 25 del Decreto 2070 de 2003 y 25 del Decreto 4433 de 2004, incurriendo de nuevo en los yerros que dieron lugar a la declaratoria de nulidad e inexecuibilidad de la totalidad de las normas que habían regulado los requisitos para acceder a las asignaciones de retiro por parte de los miembros del nivel ejecutivo.

Resulta oportuno mencionar que esta dependencia judicial siempre ha sostenido la tesis de que a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, vinculados de forma directa antes de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no les resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, pues a juicio de este despacho este último precepto no sólo excedía la potestad reglamentaria otorgada en la mencionada ley marco, sino que desconocía el precedente jurisprudencial sentado por el Consejo de Estado respecto a la garantía de las expectativas legítimas de estos uniformados para acceder a la asignación de retiro, independientemente que su ingreso a la Fuerza hubiese sido de forma directa u homologada³⁰.

Por consiguiente, resulta claro que el demandante, por haberse vinculado al nivel ejecutivo de manera directa antes del 1º de enero de 2005, tenía derecho a que su asignación de retiro se analizara a la luz de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, tal como se explicó de manera amplia en el numeral 3.1 reseñado en precedencia.

Una vez establecido que en el caso del demandante no se podía aplicar lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, y que a los miembros del nivel ejecutivo vinculados de manera directa antes del 31 de diciembre de 2004 les resultaban aplicables las disposiciones contenidas en los Decretos 1213 o o 1212 de 1990 para afectos de reconocer su asignación de retiro, el Despacho verificará si el señor TRUJILLO cumple con los requisito consagrados para dicho reconocimiento.

³⁰ Cfr. entre otras, sentencias del 30 de noviembre de 2016 (rad. 2015-00417), 22 de junio de 2017 (rad. 2016-00207) y 31 de julio de 2018 (rad. 2017-00209).

En este caso, debe aplicarse el Decreto 1212 de 1990 por dos razones: (i) en primer lugar, en aplicación del principio in dubio pro operario consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, pues pese a que el Decreto 1212 de 1990 estipula los mismos requisitos temporales del Decreto 1213 de 1990, contempla una mayor cantidad de partidas computables para calcular dicha prestación. (ii) En segundo término, porque como lo indicó el Consejo de Estado en sentencias del 5 de octubre de 2017³¹ y 11 de abril de 2018³², los miembros del nivel ejecutivo de la Policía son jerárquicamente superiores a los suboficiales, y por ende, a los agentes, y por esta razón, su prestación se debe analizar a la luz del Decreto 1212 de 1990.

El artículo 144 del mencionado Decreto 1212 de 1990 dispuso que para acceder a la asignación de retiro se deben acreditar los siguientes tiempos:

- 15 años de servicio por cualquier causal de retiro, incluida la **mala conducta**³³.*
- 20 años de servicio cuando fueran separados de forma absoluta.*

En tales condiciones, y comoquiera que el demandante fue retirado de servicio por destitución, luego de 20 años y 15 días de servicio, no queda duda de que cumple con el requisito temporal consagrado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, y por ende, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro en los términos allí establecidos, pues acreditó los 15 años exigidos para acceder a dicha prestación cuando el retiro obedeciera a la mala conducta.

Así las cosas, se logra desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba el oficio N° 2627/GAG del 5 de marzo de 2015, mediante el cual CASUR negó al señor YOVANY TRUJILLO CANO el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, pues al sustentar la negativa en el incumplimiento de los requisitos consagrados en los Decretos 1091 de 1995 (artículo 51) y 4433 de 2004 (parágrafo 2º, artículo 25), y en la aplicación irrestricta del artículo 2º del Decreto

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", rad. 18001-23-33-000-2014-00085-01(3034-16), Cp. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", rad. 25000-23-42-000-2015-01949-01(5126-16), Cp. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

³³ Sobre la asimilación a la causal de retiro por "destitución" con la causal que otrora se denominaba "mala conducta", Cfr. entre otras sentencias. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 19 de julio de 2019, rad. 25000-23-25-000-2017-00227-01(5445-18), Cp. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

1858 de 2012, se desconoció, por una parte, que los primeros dos decretos, en lo atañe al tema aquí debatido, habían sido declarado nulos por el Consejo de Estado a la fecha de emitir dicho acto, y por otra, que el demandante tenía unas expectativas legítimas garantizadas por el artículo 3° de la Ley marco 923 de 2004, en virtud de la cual le resultaba aplicable el Decreto 1212 de 1990, defraudando de contera, su confianza legítima, siendo entonces procedente decretar su nulidad.

Ahora, en lo que respecta a la orden de restablecimiento del derecho en el sub lite, se deben abordar dos temas: (i) las partidas computables que se deben incluir en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, y (ii) el porcentaje de asignación dicha prestación a tener en cuenta y la efectividad temporal de la orden, teniendo en cuenta que existe una sentencia de tutela que ordenó el reintegro del demandante.

1. Frente al primer punto, resulta necesario mencionar que desde que este despacho profirió la primera sentencia sobre el tema aquí debatido, ha considerado que las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro de los miembros del nivel ejecutivo vinculados de forma directa a la Policía Nacional antes de la entrada en vigor de la Ley marco 923 de 2004, eran las establecidas en artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, lo cual fue confirmado en varias oportunidades por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia.

Sin embargo, en reciente proveído del 11 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”³⁴, al estudiar en segunda instancia el fallo proferido por este despacho el 22 de junio de 2017, señaló que si bien los miembros del nivel ejecutivo vinculados a la Policía Nacional de forma directa antes de que la Ley 923 de 2004 entrara en vigencia, tenían derecho a que su asignación de retiro se analizara conforme al Decreto 1212 de 1990, lo cierto era que para efectos de las partidas computables no podía aplicarse lo establecido en dicho decreto, pues estos uniformados solo habían percibido los emolumentos consagrados para su nivel, por lo que para tasar dicha prestación debían tenerse en cuenta las partidas establecidas en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012. El sustento de esa decisión fue el siguiente:

³⁴ Rad. 11001-33-35-013-2016-00207-01, demandante: Freddy Ernesto Mondragón Peña, demandado: CASUR, Ms. Jaime Alberto Galeano Garzón.

“(…)

Además, se establecerá que las partidas computables para tal reconocimiento son las contenidas en el artículo 3.º del Decreto 1858 de 2012, y no como lo señaló la juez de primera instancia, con las partidas computables del Decreto 1213 de 1990, pues al haber pertenecido al nivel ejecutivo, solamente devengó las prestaciones correspondientes a este nivel, no siendo posible computar partidas que no fueron devengadas en actividad (…). ”.

En este escenario, pese a que se respeta la decisión adoptada por el superior funcional en la referida sentencia respecto a las partidas computables a tener en cuenta, en casos como el sub examine, se considera necesario apartarse de la misma por la siguiente razón:

El principio protector constituye la columna vertebral de la resolución de los conflictos jurídicos laborales. A través de él se reconoce la situación de debilidad en que se encuentra el trabajador frente al empleador, por lo que constituye un parámetro básico de interpretación para compensar tal desequilibrio³⁵.

Este principio tiene como manifestaciones tres “subprincipios” denominados: (i) favorabilidad; (ii) in dubio pro operario, y (iii) la condición más beneficiosa³⁶.

*El principio de favorabilidad se encuentra establecido en el artículo 53 de la Constitución Política³⁷ y el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo³⁸, y se aplica “(…) en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho (…)³⁹. En esos eventos “(…) los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social **ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social**’, respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece (…)⁴⁰.*

³⁵ JARAMILLO JASSIR, D., *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 156.

³⁶ *Ibidem*, p. 158.

³⁷ **ARTÍCULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(…) – Negrillas fuera de texto -

³⁸ **ARTÍCULO 21. NORMAS MÁS FAVORABLES.** En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad.

³⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-267 del 12 de junio de 2019, Mp. Alberto Rojas Ríos.

⁴⁰ *Ibidem*. Negrilla fuera de texto.

*Por su parte, el principio in dubio pro operario, cuya positivización también se encuentra en el artículo 53 de la Constitución, implica que “(...) una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, hipótesis bajo la cual el operador jurídico **debe escoger aquella** que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador (...)”⁴¹.*

*A su turno, la condición más beneficiosa “(...) no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que **se extiende a todo esquema normativo anterior** bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia (...)”⁴².*

Nótese que los tres “subprincipios” del principio protector operan en escenarios en los que existe más de una disposición normativa que aplicar, en virtud de lo cual se aplicará al trabajador la norma que le resulte más favorable, ya sea por su aplicación exegética, por su interpretación disímil o en aras de garantizar las expectativas legítimas de un sector de la población, ante la inexistencia de un régimen de transición establecido por el legislador. Pese a que dichos “subprincipios” se aplican en diferentes escenarios, todos tienen en común el respeto por el principio de inescindibilidad consistente en que “(...) las normas jurídicas bajo las cuales debe regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate (...)”⁴³.

Así las cosas, como en el sub lite se aplicó al demandante, para efectos de reconocer la asignación de retiro, lo establecido en el Decreto 1212 de 1990 y no lo previsto en el Decreto 1858 de 2012, resulta claro que aquel decreto debe aplicarse en su integridad, independientemente de que no todas las partidas computables allí establecidas hubiesen sido percibidas por el actor, pues de lo contrario, se rompería el principio de inescindibilidad, creando un tercer régimen para los miembros del nivel ejecutivo vinculados de manera directa antes de que la Ley 923 de 2004 entrara en vigor, lo que además, implicaría invadir las competencias constitucionalmente establecidas para el legislador y el Ejecutivo Nacional en el artículo 150, numeral 19 de la Constitución Política.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-442 de 2016.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 6 de diciembre de 2018, rad. 25000-23-42-000-2013-02750-01(2579-17), Cp. William Hernández Gómez.

Por lo anterior, el despacho mantendrá su criterio respecto a las partidas computables a tener en cuentas en casos como el presente.

2. En lo que respecta al segundo punto, se observa que al 12 de noviembre de 2014, fecha para la cual fue retirado del servicio, contaba con 20 años y 15 días de servicio, razón por la cual, de conformidad con el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, se le debería pagar el 70% de las partidas de que trata el artículo 140 ibidem. Por ende, el demandante tendría derecho a que se le pagara la asignación de retiro en ese porcentaje a partir del 13 de febrero de 2015, es decir, luego de los tres meses de alta de que trata el aludido artículo 144.

Sin embargo, no se puede perderse de vista que el señor TRUJILLO fue reintegrado al servicio de la Policía Nacional el día 25 de mayo de 2016⁴⁴, en cumplimiento de la orden de tutela proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", el día 6 de abril de 2016, la cual hizo tránsito a cosa juzgada constitucional al ser excluida de revisión por parte de la Corte Constitucional (fl. 108).

*En este orden de ideas, se colige que el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea pagada por CASUR en un porcentaje del 70% de las partidas computables de que trata el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, por el periodo comprendido entre el **13 de febrero de 2015 y el 24 de mayo de 2016**. A partir del **25 de mayo de 2016** no hay lugar a pagar al señor TRUJILLO ningún emolumento por concepto de asignación, pues desde ese momento fue nuevamente vinculado al servicio de la Policía Nacional, percibiendo el respectivo salario en actividad.*

No obstante lo anterior, y comoquiera que el señor TRUJILLO está actualmente vinculado con la Policía Nacional, acumulando nuevos tiempos de servicio, se dispondrá que una vez sea retirado del servicio, CASUR proceda a reajustar su asignación de retiro con base en esos nuevos tiempos.

La anterior orden queda supeditada a la decisión que adopte el Consejo de Estado en la segunda instancia del proceso que el señor TRUJILLO incoó contra el acto administrativo que lo retiró del servicio por destitución, pues de acceder a las pretensiones allí debatidas, desaparecería esta causal de retiro.

⁴⁴ Tal como consta en el documento visible a folio 125 del expediente.

Ergo, si las pretensiones incoadas en aquel proceso por el demandante le son despachadas de forma desfavorable, CASUR deberá reajustar la asignación de retiro aquí reconocida con base en los nuevos tiempos laborados por el demandante en la Policía Nacional.

*Precisado lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL –CASUR-, reconocer al demandante una asignación de retiro en un porcentaje del 70% por los 20 años y 15 días de servicio en la Policía Nacional, como miembro del nivel ejecutivo vinculado de manera directa antes del 31 de diciembre de 2004, la cual se liquidará con las partidas computables establecidas en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, por el periodo que va del **13 de febrero de 2015 al 24 de mayo de 2016**, cuyo pago se condiciona al retiro efectivo del servicio y/o la decisión que se profiera por el Consejo de Estado en el proceso en que se está controvirtiendo la legalidad del acto administrativo de destitución, lo que ocurra primero.*

*Aquella prestación será reajustada por CASUR teniendo en cuenta los nuevos tiempos laborados por el demandante en la Policía Nacional desde **25 de mayo de 2016**, siempre y cuando las pretensiones incoadas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 25000-23-42-000-2016-01830, que en la actualidad conoce en segunda instancia el Consejo de Estado, sean despachadas desfavorablemente al señor YOVANY TRUJILLO CANO.*

Finalmente al total de los valores que se debían pagar y no lo fueron oportunamente, se les ajustara su valor, según el inciso 4° del artículo 187 del C.P.A.C.A. y la fórmula establecida por la Sección Tercera del Consejo de Estado y aplicada por la Sección Segunda de la alta Corporación y por este Juzgado, a saber:

$$R = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte actora desde la fecha en que se debió pagar la asignación de retiro, por el guarismo que resulta de dividir el Índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de

esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

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

5. Prescripción.

La pensión de jubilación o el **derecho** a gozar de asignación de retiro es una prestación imprescriptible, razón por la cual su reconocimiento puede ser solicitado en cualquier tiempo, pero no ocurre lo mismo con las mesadas pensionales que no se hallan amparadas por esta excepción, y por el contrario, se subsumen dentro del régimen **prescriptivo** establecido para los derechos laborales, que para el presente caso, conforme al artículo 155 del Dcto.1212 de 1990, es de 4 años.

En este aspecto, debe advertir el Despacho que por mandato del artículo 53 de la Carta Política, en materia laboral, se debe aplicar la situación más favorable consagrada en la Ley; siendo que para el caso en concreto resulta más favorable la prescripción señalada en el Decreto 1212 de 1990.

En tales condiciones, comoquiera el derecho a percibir la asignación de retiro se hizo efectivo para el demandante a partir del 13 de febrero de 2015, y este elevó solicitud de reconocimiento y pago de la misma el día 29 de diciembre de 2014, encuentra el Despacho que no ha operado el fenómeno de la prescripción, pues contados cuatro años antes de la referida solicitud (29 de diciembre de 2010), el actor aún no había causado tal derecho.

6. De la solicitud de perjuicios inmateriales a título de daño moral.

Frente a los perjuicios inmateriales, a título de daño moral, solicitados en la pretensión segunda, numeral 2º, de la demanda, resulta importante mencionar que, en principio, la jurisdicción de lo contencioso administrativa consideró que el reconocimiento de perjuicios morales no era procedente en los procesos de nulidad y restablecimiento. Empero, posteriormente varió esa posición, en el entendido que pese a tratarse de un acto administrativo cuestionado por este medio de control, lo que en últimas se persigue con el mismo es la reparación del daño antijurídico ocasionado por esa manifestación de la voluntad de la administración, y por ende resultaba viable tal pedimento.

Por lo tanto, quien alega que un acto administrativo de carácter particular y concreto le ha causado un perjuicio inmaterial, concretado en un daño moral, debe demostrar el acaecimiento del mismo, de acuerdo con el principio general del derecho “Onus probandi incumbit actori”⁴⁵, materializado en nuestra legislación actual en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012⁴⁶.

En tales condiciones, para el despacho no hay lugar al reconocer la indemnización solicitada por el apoderado judicial de la parte actora por concepto de daños morales, pues aunque la solicitó de forma expresa, no demostró el acaecimiento de los mismos, sin que en casos como el presente operen las presunciones de la existencia de perjuicios inmateriales, a título de daño moral.

7. Cumplimiento se sentencia e intereses.

La entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia y reconocer intereses en los términos de los artículos 187, inciso 4°, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

8. Costas y agencias en derecho.

Sobre la condena en costas y agencias en derecho, el Despacho considera que, de acuerdo a la evaluación realizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, en el presente caso resulta improcedente, en razón a que no se evidenció su causación ni comprobación dentro la actuación surtida en este proceso que amerite la imposición de la misma.

*En mérito de lo expuesto, **JUZGADO TRECE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,*

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del **oficio N° 2627/GAG del 5 de marzo de 2015**, expedido por la el Director General de CASUR, a través del cual se negó

⁴⁵ La carga de la prueba incumbe al actor.

⁴⁶ Artículo 167. Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)

al señor **YOVANY TRUJILLO CANO**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 89.007.451, el reconocimiento de la asignación de retiro, de conformidad con el Decreto 1212 de 1990.

SEGUNDO.- CONDENAR a título de restablecimiento del derecho a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR -**, a reconocer al señor **YOVANY TRUJILLO CANO** una asignación de retiro en un porcentaje del 70% por los 20 años y 15 días de servicio en la Policía Nacional, como miembro del nivel ejecutivo, vinculado de manera directa antes del 31 de diciembre de 2004, la cual se liquidará con las partidas computables establecidas en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990, por el periodo que va del **13 de febrero de 2015 al 24 de mayo de 2016**, cuyo pago se condiciona al retiro definitivo del servicio y/o la decisión que se profiera por el Consejo de Estado en el proceso en que se está contravirtiendo la legalidad del acto administrativo de destitución, lo que ocurra primero, de acuerdo con las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

En caso de que las pretensiones incoadas por el señor **YOVANY TRUJILLO CANO** dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho N° 25000-23-42-000-2016-01830 sean despachadas de forma desfavorable, la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR –** deberá reajustar su asignación de retiro teniendo en cuenta los nuevos tiempos laborados por el demandante en la Policía Nacional desde **25 de mayo de 2016**.

La suma correspondiente deberá ser reajustada y actualizada en la forma indicada en la parte motiva, aplicando para tal fin la fórmula allí consignada.

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO.- NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

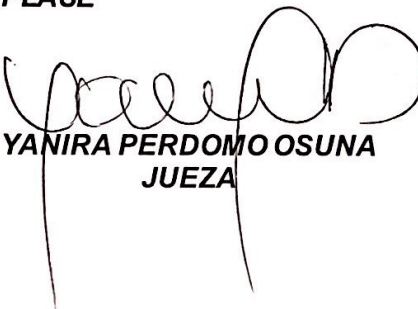
QUINTO.- NOTIFICAR la presente providencia, conforme a lo expuesto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

SEXTO.- ORDENAR el cumplimiento de esta sentencia dentro del término y condiciones del artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO.- LIBRAR por Secretaría de Juzgado, para los fines previstos en el citado artículo 192 ibidem, las comunicaciones respectivas ante la entidad demandada, enviando copia de la presente sentencia una vez en firme la misma.

OCTAVO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría del Juzgado, procédase a **DEVOLVER** a la parte demandante el remanente de la suma consignada para gastos ordinarios del proceso si lo hubiese; **EXPEDIR** las copias respectivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del Código General del Proceso; **DEJAR** las constancias de rigor y; **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



YANIRA PERDOMO OSUNA
JUEZA