

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.15

Bogotá D.C., 09 mayo de 2022

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado: 110013335-017-2020-00362-00¹.

Demandante: Alver Alcides Tabares Ospina.

Demandado: CASUR.

Tema: Reconocimiento de asignación de retiro conforme a la Ley 923 de 2004 y Art. 144 del Decreto 1212 de 1990.

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

Consideraciones

Pretensiones

1. Que se declare la NULIDAD del Acto Administrativo contenido en el Oficio con número de radicado 202021000169831 – Id: 586702 de fecha agosto 25 de 2020, expedido por el señor Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional Jorge Alirio Barón Leguizamón, mediante el cual se niega de plano el reconocimiento de la Asignación Mensual De Retiro al demandante señor Subintendente (R) Alver Alcides Tabares Ospina.
2. A título de restablecimiento del derecho se ordene a CASUR, el reconocimiento y pago de la asignación mensual de retiro al accionante, conforme a lo establecido en el Decreto 1212 de 1990 en su artículo 144 equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional por haber laborado por 15 años, 03 meses al interior de la Institución Policial, siendo esto concordado con la Ley 923 de 2004 por ser beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 30 numeral 3.1 inciso segundo, desde el 30 de enero de 2015, fecha en que se causó el retiro.
3. Se ordene a CASUR, reconocer todas las sumas correspondientes a las mesadas, primas semestrales y de navidad, prima de antigüedad, prima de actividad, subsidio familiar incluyendo el valor de los aumentos respectivos que se hubieren decretado debidamente indexados y en los porcentajes que para el grado estén reglamentados de acuerdo a lo establecido en el artículo 140 del Decreto 1212 de 1990 que habla sobre las bases de liquidación del personal que sea retirado del servicio activo de la Policía Nacional.
4. Se declare la excepción de inconstitucionalidad y/o de ilegalidad del Decreto 754 de fecha 30 de abril del año 2019 para que produzca efectos en este proceso, al haberse expedido con desconocimiento de las normas, objetivos y criterios de la Ley 923 de 2004 que trata del régimen de transición que establece el artículo 30 numeral 3.1 inciso segundo; por consiguiente, declarar que el Acto Administrativos demandado se encuentra viciado de nulidad.
5. Indexar las sumas reconocidas de acuerdo a la variación del IPC certificado por el DANE.
6. El cumplimiento de la sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.
7. Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios, como lo ordena el Artículo 195 del CPACA.
8. La condena en costas y agencias en derecho.

Hechos:

- El accionante ingresó como alumno al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el 25 de julio de 1998, y fue retirado por destitución el 30 de enero de 2015, acumulando un tiempo total de servicios de 15 años y 03 meses. (FI.09 PDF "03Anexos").
- El día 21 de julio de 2020, solicitó ante CASUR, el reconocimiento y pago de la asignación de retiro. (FI.29-33 PDF "03Anexos").

¹ judiciales@casur.gov.co; santiago.2050.sr@gmail.com; handres.london@gmail.com;

.- La entidad accionada despachó desfavorablemente su solicitud mediante Oficio con número de radicado 202021000169831 – Id: 586702 de fecha agosto 25 de 2020 (Fl.04-05 PDF “03Anexos”).

Tesis del Demandante: Afirma que el acto administrativo debe ser declarado nulo por haber sido expedido con falsa motivación, debido a que su fundamento contrarió lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, respecto a los derechos adquiridos y expectativas legítimas, y por tanto no es cierto que el accionante deba acreditar 20 años de servicio para ser beneficiario de la prestación económica reclamada. Considera que de forma arbitraria se le aplicó un régimen pensional improcedente exigiéndole un tiempo superior al requerido en la ley que le debe ser aplicada, pues a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004) el accionante se encontraba vinculado a la institución, siendo beneficiario del régimen de transición dispuesto por la misma y como consecuencia siéndole exigibles solamente un tiempo de servicios superior a 15 años, como lo establece el Art. 144 del Decreto 1212 de 1990.

Afirma que la accionada desconoce tanto la fecha de retiro del accionante, como lo dicho en la Sentencia del H. Consejo de Estado de fecha 03 de septiembre del 2018, pues el único condicionamiento que la Ley 923 del 2004 consagró para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3º numeral 3.1 inciso segundo, es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encontrara en servicio activo, situación probada en el asunto de marras. Considera que la administración vulnera los principios de seguridad jurídica igualdad, el debido proceso, la aplicación de la norma más favorable al trabajador, el principio de progresividad, no regresividad y el principio *pro - homine*, pues la norma que debe regir actualmente la asignación mensual de retiro del actor, retirado del servicio activo de la Policía Nacional por destitución, es lo contemplado en el Decreto 1212 de 1990 en su artículo 144 y con las partidas computables del artículo 140 *ibidem*, por haber sido un mando medio en la Institución Policial en concordancia con la Ley marco 923 de 2004 según el régimen de transición establecido en el artículo 30 numeral 3.1 inciso segundo.

Tesis de la Demandada – CASUR: Expresó que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho. Pese a lo anterior, manifestó que en el evento en el que se aplique el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 para resolver la tesis del demandante, (que es un régimen al que nunca perteneció por ser siempre del nivel ejecutivo,) tampoco tendría derecho porque por la causal de destitución, es decir retiro, debe cumplir 20 años, que tampoco acredita.

Dice que el demandante pretende el reconocimiento y pago de la asignación mensual de retiro, con fundamento en el Decreto 1212 de 1990, que es la norma que regula el sistema del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía, y pide inaplicar el Sistema del Nivel Ejecutivo al cual ingresó directamente, situación que resulta improcedente y que evidencia que el actor no fue homologado, de lo que deviene, necesariamente que el señor Bastidas Rojas, no tenía aspiración de acceder a una asignación mensual de retiro diferente, de la del nivel ejecutivo.

Que si bien, el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2 del decreto 1858 de 2012, no es menos cierto que no declaró la nulidad de todo el decreto referido ni del nivel ejecutivo en general, el cual existe, está vigente y contiene disposiciones validas tomadas por el legislador y el ejecutivo en su potestad constitucional de configuración normativa en materia del régimen de la fuerza pública.

Afirma que el espíritu de la Ley Marco 923 de 2004, y su racionalidad misma, consiste en que al personal uniformado 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 al nivel ejecutivo, se les aplican las normas vigentes al momento de entrar a regir dicha ley, 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.

Concluye entonces que para el personal incorporado directamente al nivel ejecutivo, 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 y como consecuencia las pretensiones deben ser negadas .

Formula la excepción denominada “*Prescripción trienal de las mesadas*”.

Alegatos:

Parte demandante (PDF “21AlegatosDemandante”): Dentro del término legal otorgado, el apoderado judicial de la parte accionante alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y poniendo de presente lo expuesto por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 03 de septiembre del

año 2018 con el radicado número 11001032500020130054300, número interno 1060 – 2013, Consejero Ponente Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, por medio del cual la alta corporación DECLARÓ con efectos EX – TUNC la nulidad del artículo 20 del Decreto 1858 del año 2012.

Afirma que en asunto de la referencia se encuentran probados los elementos necesarios para que se acceda a las pretensiones de la demanda en atención a que el actor estuvo vinculado por un periodo de 15 años y 03 meses desde el 25 de julio de 1998, tras ser retirado por destitución. Conforme lo establecido en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 en concordancia con el régimen de transición del artículo 30 numeral 3.1 inciso segundo de la Ley 923 de 2004, considera que el accionante tiene derecho a una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas legalmente computables para su correspondiente nivel jerárquico. Que el demandante por ser miembro activo de la Policía Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3º ordinal 3.1.º

Solicita se despachen desfavorablemente las excepciones de mérito propuestas pues a su consideración resultan ser abiertamente incongruentes con el litigio planteado haciendo incurrir en error al despacho afectando entre otros el principio de inescindibilidad normativa. Respecto a la prescripción afirma que en caso de prosperar, deberá aplicarse desde el 16 de julio de 2016 mas no desde la fecha de retiro del accionante.

Parte demandada - CASUR: Guardó silencio.

Identificación del Acto Enjuiciado: Se pretende la nulidad del siguiente acto administrativo:

.-Oficio con número de radicado 202021000169831 – Id: 586702 de fecha agosto 25 de 2020, expedido por el señor Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional Jorge Alirio Barón Leguizamón, mediante el cual se niega de plano el reconocimiento de la Asignación Mensual De Retiro al demandante.

Problema Jurídico: Consiste en establecer si al actor le asiste o no el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con fundamento en el Decreto 1212 de 1990 que exige acreditar un tiempo mínimo de 15 años de servicio, a pesar de que a la fecha de su retiro se encontraba vigente el Decreto 4433 de 2004, que aumentó ese requisito.

Solución al Problema Jurídico: Prosperarán las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que, el actor al haber sido miembro activo de la Policía Nacional, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3º ordinal 3.1. ibidem y, en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años), el cual le es aplicable teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro como Subintendente, de la institución.

Entonces, el demandante tiene derecho a que se le conceda la asignación de retiro, postura aceptada por el H. Consejo de Estado, al concluir que para respetar la expectativa de quienes se encontraban vinculados a la fuerza pública, el legislador en la Ley 923 de 2004 dispuso un marco general que estableció que quienes se hallaren en servicio activo al momento en que cobró vigencia, no se les podía exigir tiempo de servicio mayor al previsto en el régimen anterior.

Por consiguiente, para el caso concreto la norma aplicable es el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 que requiere un tiempo de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro de 15 años, el que fue completado por el actor según hoja de servicios obrante en el folio 09 del PDF "03Anexos" que demuestra un total de 15 años, 3 meses. Por lo anterior, el Despacho concluye sin hesitación alguna que se acreditaron los presupuestos para acceder a aquella.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Marco normativo y jurisprudencial: La asignación de retiro se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos

de los artículos 482 y 533 de la Constitución Política. Es así como, una vez observados los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), tendrán derecho a su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales.

Por disposición de la misma Constitución Política, los miembros de la Fuerza Pública gozan de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas⁴ que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial⁵. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 19936 y en la Ley 797 de 2003.

El Decreto 1212 de 1990, *“Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”*, respecto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales en su artículo 144, estableció:

“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 sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”

Por otro lado, el Decreto 1213 de 1990, *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional”*, en cuanto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro de los Agentes en su artículo 104, señaló:

“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 sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 100 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por

² «(...) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.»

³ En el inciso segundo de esta disposición, se consagran principios mínimos fundamentales, el de la «(...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. (...)»

⁴ (i) Defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216); (ii) velar por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217); y (iii) mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz (art. 218).

⁵ «(...) es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.» (Sentencia C-432/04).

⁶ Artículo 279.

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.”

Posteriormente, a través de la Ley 923 del 30 de diciembre del 2004⁷ se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política.

La mencionada ley marco o cuadro, estipuló para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, lo siguiente:

“Artículo 2°. 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.

(...)

Artículo 3°. 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. (Subraya fuera de texto original)

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

A partir de lo anterior, se colige que la norma transcrita fijó los siguientes aspectos:

- Como tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro un mínimo de 18 años y un máximo de 25 años de servicios.
- Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza

⁷ «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.»

Pública, el Gobierno Nacional indicó que a los miembros en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 no se les exigirá un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores, sin que pueda ser superior a 20 años de servicios cuando el retiro se produzca a solicitud propia, ni inferior a los 15 años de servicios cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

- Lo anterior, en concordancia al tiempo de servicios señalados en los artículos 144 del Decreto 1212 de 1990 y 104 del Decreto 1213 del mismo año.

Por tanto, el único condicionamiento que la Ley 923 del 2004 estableció para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3° era que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en la Fuerza Pública (Policía Nacional), toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro, al margen de la causal de retiro.

Esta ley, fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 del 2004, el cual, en el artículo 25, señaló:

“Artículo 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. (...)

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.”

Es pertinente señalar, que el parágrafo 2° del artículo transcrito fue declarado nulo por la Sección Segunda de Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 12 de abril del 2012⁸, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón y radicado interno 1074 - 2007, por considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro y vulnerar la cláusula de reserva legal; tal como en su oportunidad, mediante sentencia del febrero 28 del 2013 número interno 1238 - 2007⁹, esta misma Sección, declaró la nulidad parcial de los artículos 24 y 30 del Decreto 4433 del 2004. Así razonó la Sala:

“La nulidad de las normas acabadas de mencionar tiene como fundamento común la invocación de violación de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, en cuyo artículo 3° se establecieron los elementos mínimos que habrán de ser incluidos en el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, elementos entre los cuales se encuentra la regla establecida en el numeral 3.1 del artículo citado en la cual se preceptúa que:

‘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

⁸ »En consecuencia, la norma acusada, parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

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

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

Es cierto que la Ley marco establece en su artículo 3°, numeral 3.1 un tiempo mínimo de servicio de 18 años y un límite máximo de 25 años para obtener dicha asignación, sin embargo, en el presente asunto no se trata de establecer si el requisito del tiempo de servicio para la generalidad de los beneficiarios se estableció dentro de ese límite mínimo y máximo, sino de la garantía que la Ley 923 de 2004 estableció en favor del personal en servicio activo vinculado a la Policía Nacional y concretamente del personal perteneciente al nivel ejecutivo, que es la inconformidad planteada en la demanda.

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

⁹ Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

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.

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

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones”.

Como puede observarse, en la norma acaba de transcribir se hace la distinción entre miembros de servicio de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, y quienes para entonces no se encontraran en servicio activo.

Respecto de quienes se encontraban en servicio activo a la iniciación de la vigencia de la ley acabada de mencionar dispuso el legislador que: ‘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 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’.

Es decir, el ámbito de competencia del Presidente de la República en cuanto al contenido de los Decretos que expida para desarrollar esta Ley Marco quedó así expresamente delimitado por el legislador. Ello significa, entonces, que si no obra el Ejecutivo dentro de tales linderos competenciales, el decreto que se dicte fuera de ellos será violatorio no sólo de la Ley Marco, sino también del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política.

En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado. (...)

Surge como consecuencia del análisis en precedencia que las normas acusadas y que ahora son objeto de análisis quebrantaron entonces lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dentro de cuyo marco deberían haber sido expedidas, lo cual acarrea como consecuencia que también se quebrantó el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política y, por consiguiente se encuentran viciadas de nulidad.» (Negritas y subrayas fuera de texto original).

En torno a los efectos que produce la declaración de nulidad y haciendo una comparación con los efectos que genera la inexecutableidad, esa Corporación señaló:

“En este punto, es bueno recordar la distinción entre los efectos de la nulidad de los actos administrativos respecto de la declaración de inexecutableidad de una ley. Aquella produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o “ex tunc”, pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la segunda, la cual como regla general tiene

consecuencias a futuro o “ex nunc”, sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron (...)”¹⁰

Así pues, resulta claro que al quedar en firme las sentencias que declararon la nulidad del artículo 51 del Decreto 1991 de 1995 y el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 del 2004, se debe entender que desaparecieron del ordenamiento jurídico, desde el mismo momento en que fueron expedidos; razón por la que las condiciones establecidas para la asignación de retiro deben examinarse de conformidad a lo dispuesto en la Ley 923 de 2004.

Sin embargo, también es importante tener en cuenta, con sustracción de las sentencias de nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y del párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 del 2004, anteriormente referidos, que la ley cuadro en virtud de la cual fuere expedido el último acto general, previó de manera inequívoca que la normativa que debiera expedir el ejecutivo sobre el particular de la asignación de retiro, no podría contener requisitos para los miembros de la fuerza pública en servicio activo mayores en cuanto a tiempo de servicio, a los previstos en las normas anteriores; y además, debía disponer de un régimen de transición que respetara las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a la consolidación del estatus pensional.

Es evidente, que los Decretos 1091 de 1995 y 4433 del 2004, establecieron para percibir una asignación de retiro un tiempo mayor al que se encontraba previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que era de 15 años. De este modo, se desconoció el marco general dispuesto por el legislador, cuando estableció los parámetros que debía observar el ejecutivo al momento de expedir la regulación pertinente para el goce de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban vinculados.

Debe afirmarse también, que ése marco general no impidió que se hicieran más rígidos los requisitos para optar por la asignación de retiro, en cuanto a tiempo de servicio se refiere, pero lo que sí hizo, fue prohibir que para quienes se encontraran en servicio activo al momento de su entrada en vigencia, se les exigieran mayor tiempo del contemplado en el régimen anterior.

La anterior interpretación, es la que resulta apropiada de acuerdo con la naturaleza de la materia en estudio, pues además de ser evidente que el gobierno no dispuso el régimen de transición en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 del 2004, que obedece a la necesidad de regular situaciones en consolidación pero que no se hallan perfeccionado, simplemente dispuso en dicha normativa el reconocimiento de la existencia jurídica de un derecho que se consolidó por reunir los requisitos en su vigencia, al margen que materialmente el beneficiario no lo hubiere recibido aún; lo cual no compensó la intención del legislador, pues de ser así, no se requeriría de un tránsito normativo, ya que sería suficiente la aplicación de la ley en el tiempo.

La anterior postura ha sido acogida por el Consejo de Estado, tal y como se puede observar en la providencia del 8 de septiembre del 2017¹¹, cuando señaló:

“(...) En conclusión, tal como fuere decidido por el a quo, el actor por ser miembro activo del Ejército Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3.º ordinal 3.1.º de dicha normativa y, en esa medida para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 (15 años por ser retirado en forma absoluta), imponiéndose razones para confirmar el fallo apelado sin consideración adicional. (...)”

En un asunto similar al ahora debatido, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 24 de agosto de 2018¹², expresó:

“Corresponde a la Sala determinar si al actor le asiste o no el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con fundamento en el Decreto 1212 de 1990 que exige acreditar un tiempo mínimo de 15 años de servicio, a pesar de que a la fecha de su retiro se encontraba vigente el Decreto 4433 de 2004, que aumentó ese requisito a 18 años. (...)”

Pues bien, de acuerdo con el derrotero normativo y jurisprudencial realizado en el acápite anterior, se tiene que las condiciones para la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública deben verificarse bajo lo prescrito en la Ley marco 923 de 2004, que previó que la reglamentación no podía

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 1948-09.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 8 de septiembre del 2017, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, número interno: 3473 – 2014, demandante: Wilson Javier Chaparro Ladino, demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

¹² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION “B” - Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER - Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciocho (2018) - Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00097-01(4409-14)

contener para quienes estuvieran en «servicio activo» requisitos mayores a los previstos en las disposiciones anteriores en cuanto al tiempo de servicio; y, además, debía incluir un régimen de transición que respetara las expectativas legítimas de quienes se encontraran vinculados a la institución policial.

En este sentido, al 30 de diciembre de 2004, fecha en que entró en vigor la Ley marco 923 de 2004, las disposiciones que regulaban lo relacionado con la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional era el artículo 144 y siguientes del Decreto 1212 de 1990.

Cabe señalar que las subsecciones A y B de la sección segunda de esta Corporación han concluido que la Ley marco 923 de 30 de diciembre de 2004 fijó los siguientes parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública:

- i) Como tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro un mínimo de 18 años y un máximo de 25.*
- ii) Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro, el Gobierno nacional indicó que a los miembros en servicio activo a la fecha de entrada en vigor de la aludida ley (923 de 2004) no se les exigirá un tiempo de servicio superior al preceptuado por las disposiciones anteriores, sin que pueda ser superior a 20 años cuando el retiro se produzca a solicitud propia, ni inferior a los 15 años de servicios cuando el retiro sea por cualquier otra causal.*

Por lo anotado se concluye que no resulta dable exigir como requisito para el mencionado reconocimiento un tiempo de servicio superior al previsto en el régimen anterior (Decreto 1212 de 1990) y desde esa perspectiva, la Sala no comparte los argumentos consignados por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en el acto acusado para negar el reconocimiento de la asignación de retiro al reclamante, al exigir 18 años de prestación de servicio; tampoco es admisible el sustento de la imposibilidad de ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el Decreto 4433 de 2004, que requiere 15 años laborados a 31 de diciembre de 2004 (el actor a dicha fecha completó 11 años y 29 días), ya que contrario a dicha interpretación, ni siquiera le es dable a la Administración aplicar de manera exegética la prerrogativa transicional, sin tener en cuenta que la normativa que la consagra surge como consecuencia de la expedición de la Ley 923 de 2004, y por tanto, debe analizarse en armonía con las preceptivas contenidas en esta última, que fueron ampliamente expuestas.

A manera de corolario, el demandante tiene derecho a que se le conceda la asignación de retiro, postura aceptada por esta Corporación al concluir que para respetar la expectativa de quienes se encontraban vinculados a la fuerza pública, el legislador en la Ley 923 de 2004 dispuso un marco general que estableció que quienes se hallaren en servicio activo al momento en que cobró vigencia, no se les podía exigir tiempo de servicio mayor al previsto en el régimen anterior.

Por consiguiente, para el caso concreto la norma aplicable es el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 que requiere un tiempo de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro de 15 años, el que fue completado por el actor según hoja de servicios obrante en el folio 41 que demuestra un total de 17 años, 6 meses y 4 días. Por lo anterior, la Sala concluye sin hesitación alguna que se acreditaron los presupuestos para acceder a aquella.”

Posteriormente, reafirmó su posición al respecto, en sentencia del 07 de septiembre de 2018¹³ indicando:

“(…) le corresponde a la Sala determinar como problema jurídico:

33. Si para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro del señor José Gabriel Ángel Ojeda Villamizar en su condición de Intendente de la Policía Nacional vinculado al servicio al entrar en vigencia la Ley 923 del 2004, le es dable aplicar la norma anterior, concretamente, el Decreto 1212 de 1990.

34. Para resolver lo anterior, la Sala analizará, I) el régimen de la asignación de retiro en las Fuerzas Militares; y II) del caso en concreto (...)

Si bien la entidad demandada se fundamentó en el parágrafo del artículo 25 del Decreto 4433 del 2004 para negar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, lo cierto es, que

¹³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B - Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ - Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01064-01(4247-17)

mediante sentencia proferida el 12 de abril del 2012 por esta Corporación, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón y radicado interno 1074 – 2007, este artículo fue declarado nulo.

66. Así las cosas, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, los efectos de la sentencia de nulidad se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada. Igualmente, la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

67. Por tanto, la declaratoria de nulidad del párrafo del artículo 25 del Decreto 4433 del 2004 afecta la situación jurídica del demandante en la medida que al proferirse la sentencia (12 de abril del 2012), no se encontraba consolidada su situación, toda vez que precisamente está en discusión su derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con base en el artículo declarado nulo.

68. La consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y del párrafo del artículo 25 del Decreto 4433 del 2004 es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante la ley reglamentada, es decir, la Ley 923 del 2004 tal como lo ha señalado en asuntos similares esta Corporación.

69. En ese sentido, a la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 (30 de diciembre del 2004) el demandante se encontraba en servicio activo en la Policía Nacional y por tanto no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores.

70. En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3º, ordinal, 3.1. inciso segundo de la Ley 923 del 2004, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 la persona se encuentre en servicio activo de la Fuerza Pública, al margen de la causal de retiro.

71. Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante resulta entonces aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro, esto es Intendente, que señala para el caso concreto 15 años de servicios para su reconocimiento, cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia, requisito que cumple toda vez que según la hoja de servicios y el acto acusado, al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 18 años, 2 meses y 12 días.

72. En conclusión, el actor al haber sido miembro activo de la Policía Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3º ordinal 3.1. ibídem y, en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años), el cual le es aplicable teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro como Intendente de la institución.

73. Es de anotar, que debido a que el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional es jerárquicamente superior al de Suboficiales de la institución, en casos como el presente se debe dar aplicación directa al Decreto 1212 de 1990 en su artículo 144, para el reconocimiento de la asignación de retiro. (...)"

Establecido lo anterior, el Despacho procederá al estudio de los cargos formulados contra el acto administrativo demandado, los cuales serán resueltos de conformidad con la normativa que regula el asunto y con apoyo en los lineamientos jurisprudenciales establecidos por la Corporación previamente referenciada.

Caso concreto: Pretende el accionante se declare la nulidad del Oficio con número de radicado 202021000169831 – Id: 586702 de fecha agosto 25 de 2020, mediante el cual CASUR, negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al accionante y como consecuencia se ordene a la accionada reconocer y pagar la asignación mensual de retiro al actor, por haber laborado mas de 15 años al servicio de la Policía Nacional, conforme lo establece el Art. 2 numerales 2.1, 2.7 y 2.8 y el Art. 3 numeral 3.1, 3.2 y 3.9 de la Ley 923 de 2004 y el Art. 144 del Decreto 1212 de 1990.

Conforme a la hoja de servicios número 96634716 del 16 de agosto del 2013, que obra a folio 09 del PDF "03Anexos", se encuentra probado que el señor Alver Alcides Tabares Ospina, ingresó por incorporación como Auxiliar de Policía el 25 de julio de 1998 y posteriormente fue dado de alta como Alumno Nivel Ejecutivo, de la Policía Nacional, en marzo del 2000 y se desempeñó hasta el 30 de enero

del 2015, fecha en que fue retirado de la institución por destitución; es decir que acreditó un tiempo de servicios de 15 años y 03 meses.

A través de petición del 21 de julio de 2020, solicitó a CASUR, el reconocimiento y pago de una asignación de retiro (FI.29-33 PDF "03Anexos"), la cual fue negada a través del acto administrativo acusado, argumentando que no cumplió con los requisitos establecidos en los Decretos 4433 del 2004¹⁴ y 754 del 2019¹⁵, esto es, 20 años de servicios cuando el retiro del servicio activo se produce por destitución (FI.04-05 PDF "03Anexos").

Con fundamento en las pruebas que obran en el expediente y lo señalado en el acápite anterior se puede concluir que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, por las siguientes razones:

Al 30 de diciembre de 2004, fecha en que entró en vigor la Ley marco 923 de 2004¹⁶, las disposiciones que regulaban lo relacionado con la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional era el artículo 144 y siguientes del Decreto 1212 de 1990, que señalaba un tiempo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación **cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia**. Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 11 de octubre del 2011, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve y con radicado interno 0832 – 2007, dijo:

"(...) Ahora bien, 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."¹⁷

Esta disposición al cobijar a todos los miembros de la fuerza pública incluye a los integrantes de la Policía Nacional, y entre ellos a los del nivel ejecutivo (incluidos los de incorporación directa y los que estando al servicio de la Policía Nacional ingresaron al nivel ejecutivo). (...)

*Al ser declarado nulo el parágrafo dos del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, norma cuyos destinatarios eran los miembros del nivel ejecutivo que habían ingresado antes de la vigencia del referido decreto, esto es el 30 de diciembre de 2004, (sin que se discrimine entre los homologados y los de incorporación directa), se tiene que **para determinar la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo hay que en primer lugar descartar las normas que perdieron vigencia, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004, par. 2 del art. 25, como se explicó anteriormente, y en segundo lugar hay que remitirse a la normas vigentes que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional, es decir, los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que por disposición del parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995¹⁸, constituían para ese momento los mínimos para quienes estando al servicio de la Policía Nacional decidieron ingresar al Nivel Ejecutivo. (...)**" (Resaltado fuera del texto original).*

A la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 (30 de diciembre del 2004) el demandante se encontraba en servicio activo en la Policía Nacional y por tanto no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores.

No resulta dable exigir como requisito para el mencionado reconocimiento un tiempo de servicio superior al previsto en el régimen anterior (Decreto 1212 de 1990) y desde esa perspectiva, el Despacho, no comparte los argumentos consignados por CASUR, en el acto acusado para negar el reconocimiento de la asignación de retiro al reclamante, al exigir 20 años de prestación de servicio.

¹⁴ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.»

¹⁵ Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro de personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004.

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial 45777 de 30 de diciembre de 2004.

¹⁷ 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.

¹⁸ «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.»

El demandante tiene derecho a que se le conceda la asignación de retiro, postura aceptada por el Consejo de Estado¹⁹ al concluir que para respetar la expectativa de quienes se encontraban vinculados a la fuerza pública, el legislador en la Ley 923 de 2004 dispuso un marco general que estableció que quienes se hallaren en servicio activo al momento en que cobró vigencia, no se les podía exigir tiempo de servicio mayor al previsto en el régimen anterior.

En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3º, ordinal, 3.1. inciso segundo de la Ley 923 del 2004, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 la persona se encuentre en servicio activo de la Fuerza Pública, al margen de la causal de retiro.

Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante resulta entonces aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro, esto es, subintendente que señala para el caso concreto 15 años de servicios para su reconocimiento, cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia, requisito que cumple toda vez que según la hoja de servicios y el acto acusado, al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 15 años y 03 meses. Por lo anterior, el Despacho, concluye sin hesitación alguna que se acreditaron los presupuestos para acceder a aquella.

En conclusión, el actor al haber sido miembro activo de la Policía Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3º ordinal 3.1. ibídem y, en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años), el cual le es aplicable teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro.

Por lo anterior, se deberá declarar la nulidad del acto administrativo demandado y como consecuencia, se ordenará como restablecimiento del derecho reconocer al Subintendente (R) Alver Alcides Tabares Ospina, la asignación de retiro de conforme lo establece el Art. 144 del Decreto 1212 de 1990 a partir de la fecha en que fue retirado del servicio.

Las mesadas causadas, deberán actualizarse con fundamento el inciso 4º del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 y deberán indexarse conforme a la siguiente formula:

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

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecución de la presente sentencia certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente mes por mes.

Prescripción Trienal: la parte demandada expuso dentro de sus excepciones la denominada prescripción trienal de las mesadas, frente a esta posición es necesario traer a colación lo expuesto en el artículo 43 de Decreto 4433 de 2004, el cual regula el termino de prescripción trienal para las asignaciones y pensiones el cual indica lo siguiente:

“Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente

al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

¹⁹ Sentencias de 12 de noviembre de 2014, sección segunda, subsección A, con ponencia del consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno: (2283-12); 8 de septiembre del 2017 y 5 de octubre del mismo año, sección segunda, subsección B, con ponencia de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicados internos: 1159-15 y 3803-16, respectivamente.

Con el objetivo de resolver el interrogante que se analiza en torno al fenómeno prescriptivo contenido en el Decreto 4433 de 2004, es importante indicar que según lo dispone el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción es un modo de i) adquirir las cosas ajenas y ii) extinguir las acciones o derechos ajenos. La prescripción es una figura jurídica que se presenta como un modo de crear o extinguir obligaciones.

En razón de lo anterior, se declara la prescripción trienal de las mesadas pensionales, causadas tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, esto es, a partir de 21 de julio de 2020 fecha en la cual se elevó la solicitud por parte de la demandante el reconocimiento y pago de la asignación de retiro (FI.29-33 PDF "03Anexos"), es decir, quedan prescritas las mesadas pensionales a partir del 21 de julio de 2017 hacia atrás.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas..."*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²⁰, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra."* (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado²¹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley"

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación">>²²

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia.

²⁰ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

²¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

²² Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

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

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de “*prescripción trienal de las mesadas*” anteriores al 21 de julio de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del Oficio con número de radicado 202021000169831 – Id: 586702 de fecha agosto 25 de 2020, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor, conforme con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **Ordenar** a CASUR, reconocer y pagar la asignación de retiro al Subintendente (R) Alver Alcides Tabares Ospina, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 98.634.716, desde la fecha de su retiro, con fundamento en lo dispuesto en el Art. 144 del Decreto 1212 de 1990.

La entidad demandada deberá efectuar la liquidación desde la fecha de retiro y utilizar las bases para los incrementos posteriores.

Las sumas de dinero que la entidad accionada resulte adeudar a la parte actora deberán de ser indexadas de acuerdo a la siguiente formula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En el que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecución de la presente sentencia certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Por ser pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada deberá efectuar la reliquidación a partir del 30 de enero de 2015 y utilizar las bases para los incrementos posteriores, pero solo está obligada a pagar las mesadas resultantes desde el 21 de julio de 2017.

TERCERO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

QUINTO.- No condenar en costas, por no aparecer probadas, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEXTO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado **COMUNÍQUESE** a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, **EXPÍDASE** copia de conformidad con lo normado en el artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Radicado: 110013335-017-2020-00362-00
Demandante: Alver Alcides Tabares Ospina.
Demandado: CASUR

Jara

Firmado Por:

**Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **115d1960a6b4633de534f31ee87a8da801030658473bc78c09c72e27f24d184b**
Documento generado en 10/05/2022 11:20:04 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>