



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Proceso : 81001 2339 000 2018 00056 00
Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Aglael Estívenson Berrío Macea
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional,
CASUR
Providencia : Sentencia

Decide de fondo el Tribunal Administrativo de Arauca el proceso de la referencia, luego de adelantado todo el trámite de primera instancia.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Aglael Estívenson Berrío Macea instauró demanda contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- (fl. 1-27), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dentro de los **hechos** que se invocan, señala que ingresó a la Policía Nacional en agosto de 1996, ascendió al grado de Intendente, y fue retirado el 4 de julio de 2012 con Resolución 02243 de ese año por la causal de destitución, y había prestado sus servicios a la Institución durante 16 años, cinco meses y 11 días. Y expresa que ante petición que radicó, mediante oficio sin número del 30 de mayo de 2017, la Caja le negó el reconocimiento de la asignación de retiro manifestando que no cumple los requisitos para tal efecto.

Como **pretensiones** solicita que se declare la nulidad del Oficio del 30 de mayo de 2017, por el cual se le niega el reconocimiento de la asignación de retiro, y como consecuencia a título de restablecimiento del derecho, que se ordene reconocerla, entre otras.

En respaldo de las pretensiones, presenta como **normas violadas** la Constitución Política (Artículos 2, 5, 13, 47, 48 y 53), la Ley 923 de 2004 y el Decreto 1212 de 1990. Y como **concepto de la violación**, manifiesta luego de referirse a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro para el personal de la Fuerza Pública, que con el acto acusado la Caja transgrede la Ley 923 de 2004 en sus artículos 3.1. y 5, no debió aplicar el artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y que ante dos regímenes de transición que estableció dicha Ley, por el momento de su ingreso a la Policía Nacional estaba cobijado por el artículo 144 del Decreto 1212 de



1990, que era el aplicable para efectos del reconocimiento de la prestación en virtud del mandato superior en sus artículos 48 y 53 sobre derechos que no pueden renunciarse y del principio de favorabilidad en materia laboral.

Expresa que en su condición de Intendente retirado de la Policía Nacional tiene el derecho que pide al cumplir los 15 años de servicio y ser desvinculado por destitución, el cual se le debe reconocer porque al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004, las únicas normas vigentes en materia pensional para todo el personal eran los Decretos 1212, artículo 144 y 1213 de 1990 en el 104, que establecían tiempos de servicio de 15 y 20 años para acceder a la asignación de retiro, como era su caso, y cita en su respaldo sentencias del Consejo de Estado.

2. La contestación de la demanda

La entidad contestó la demanda (fl. 69-77); se opone a las pretensiones, se pronuncia frente a los hechos, y como razones de defensa se refiere a los requisitos exigidos al personal del Nivel Ejecutivo por incorporación directa para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro; expresa que con el Decreto 1091 de 1995 se respetan los derechos como lo indica la Ley 923 de 2004 y no se debe inaplicar el Decreto 1858 de 2012 porque el debate de su constitucionalidad se realiza en el Consejo de Estado, que levantó las medidas cautelares decretadas.

Manifiesta que el demandante ingresó por incorporación directa al Nivel Ejecutivo y en consecuencia, la normativa para la prestación son los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012, que para la causal de destitución exige haber laborado 25 o más años de servicio, tiempo que aquel no reúne, ni tampoco se le puede extender la decisión del Consejo de Estado en el proceso 0290-2006 teniendo en cuenta que se refiere al personal que ingresó al nivel ejecutivo estando en el servicio como suboficiales y agentes, caso distinto al presente, y que *"cabe aclarar que en las causales de separación absoluta y destitución, lo que ocurre es que por fallo proferido por autoridad competente, el policial queda en imposibilidad de realizar las funciones siendo consecuencia la separación del cargo"*.¹

Plantea la excepción de *"Inexistencia del derecho"*.

3. Trámite procesal surtido

3.1. Las partes: La demandante está integrada por Aglael Estívenson Berrío Macea; y la demandada, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-.

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.



3.2. La demanda fue radicada (fl. 28), se admitió (fl. 605), y efectuadas las notificaciones y surtido el traslado (fl. 65-68), la entidad contestó (fl. 69-77); se dio traslado de las excepciones (fl. 85) y el demandante no se pronunció (fl. 86); se citó a audiencia inicial (fl. 87), la que se realizó y a continuación se celebró la de pruebas, que concluida, se ordenó correr traslado para alegatos y concepto del Ministerio Público (fl. 99-101).

4. Los alegatos de conclusión

4.1. La parte demandante presentó alegatos de conclusión (fl. 111-118), en los que expresa que la Policía Nacional no ha sido ajena a un devenir de cambio normativo el cual resume, considera que se le debe aplicar lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 por ser la norma vigente al momento en que entró en vigencia el Decreto 4433 de 2004, al ser retirado con más de 15 años de servicios y cita sentencias del Consejo de Estado sobre nulidades, la naturaleza de la asignación de retiro y el otorgamiento de la prestación en casos similares.

4.2. La Policía Nacional en su escrito (fl. 119-135) manifiesta que el demandante se incorporó en forma directa al Nivel Ejecutivo con lo que aceptó las condiciones planteadas para ese personal, las que en aplicación estipulan que por la causal de destitución se debe acreditar para el reconocimiento de la asignación 25 años de servicios y él solo los prestó durante 16 años, 5 meses y 7 días. Expone que al no existir la causal de destitución en el Decreto 1212 de 1990, se asimila a la separación que exige 20 años de servicios, tiempo que tampoco lo cumple.

5. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público emitió concepto (fl. 136-139), en el que considera que el demandante está dentro del régimen de transición de la Ley 923 de 2004 y al ser desvinculado cuando tenía más de 16 años de servicios, por mala conducta comprobada, se hace acreedor al beneficio de la asignación de retiro en los términos de la normativa aplicable, los artículos 144 y 104 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Es ilegal el acto administrativo contenido en el Oficio con radicado No. E-00003-201711018-CASUR ID: 233964 del 30 de mayo



2017, por el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le negó al demandante el reconocimiento y pago de la asignación de retiro? si la respuesta es afirmativa, ¿tiene derecho el demandante a que se le reconozca y pague la asignación de retiro y las consecuencias que se deriven de ella?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. La demandada propuso la de "Inexistencia del derecho", que no se tiene como excepción propiamente dicha, pues no constituye un hecho que se oponga a las pretensiones; es un aspecto sustancial de derecho y argumento de defensa, por cuanto precisamente, es tema objeto del debate judicial; por lo tanto, conforme con lo que se expondrá en estas Consideraciones, se tendrá la respuesta al planteamiento efectuado. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 187, CPACA)³.

3. Principales pruebas recaudadas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

- a. El acto administrativo demandado: Oficio 23857 del 23 de diciembre de 2015 (fl. 14).
- b. Solicitud del demandante (fl. 21-23).
- c. Documentos laborales del demandante (fl. 15-20, 25-26, 77, 102-104, 117).

4. Caso concreto

4.1. Mediante el presente proceso, el demandante reclama que se ordene el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, a la que considera

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos procesales, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

³ CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; CGP es el Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, y "a" es Anexo. Al indicar *a quo*, se trata de la primera instancia, y *ad quem*, es la segunda.



tiene derecho. En el oficio de CASUR que se cuestiona, no se accedió a la petición radicada, decisión que fue impugnada en esta vía judicial.

4.2. Consagración constitucional. El derecho a la pensión, calidad a la que se asimila la asignación de retiro de la Fuerza Pública, es de estirpe constitucional, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política (C. Po); en el primero de ellos se establece entre otros aspectos, que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, la que puede ser prestada por entidades públicas o privadas, el derecho a la pensión exige cumplir requisitos de edad, tiempo de servicio, semanas de cotización o capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, y que en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos, y el segundo prescribe que *"el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales"*.

Por su parte, respecto del régimen de derechos en la Institución, la Constitución Política prescribe, además del artículo 150, numeral 19, literal e), sobre la forma de ingreso y de retiro en el artículo 218 de la C.Po. que *"La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario"*.

Concreción legislativa. La Ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, consagró en su artículo 10 que *"el Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones"*.

También estableció en el artículo 279 que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 de la C. Po, en los que se ordenó que la Ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para ellos, en razón de las actividades que cumplen.

Para el caso, la normativa que pretende regular la asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional ha padecido de serias vicisitudes y reveses jurídicos, que se expondrán más adelante.



Sin embargo, se destaca que la Ley 923 de 2004 señaló 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, y estableció elementos mínimos, garantía de no exigir tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores y un régimen de transición para reconocer las expectativas legítimas de quienes se encontraran próximos a acceder a este derecho prestacional, cuya única condición para favorecerse del mismo era encontrarse en servicio activo a la fecha de su entrada en vigencia.

4.3. Las causales de nulidad. De las que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 137, el demandante invoca la siguiente:

- Violación de las normas en que debió fundarse.

El debate judicial que plantean las partes se concentra en las normas jurídicas que deben aplicarse al caso, pues de ello depende que se le exija al demandante un lapso de 15 o de 20 o de 25 años para tener derecho a la asignación de retiro.

4.4. La evolución normativa

4.4.1. El Consejo de Estado (M. P. César Palomino Cortés, 3 de septiembre de 2018, rad. 1100103-25-000-2013-00543-00, 1060-2013, Acumulados) la recopila sobre el régimen jurídico de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que su propio texto enseguida se resume.

La prestación fue reglamentada por el Decreto 1212 de 1990, «*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional*», que la estableció en su artículo 144 y por el Decreto 1213 de 1990, «*Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional*» en el artículo 104.

Con la Ley 62 de 1993 se determinó que la Policía Nacional estaría compuesta por oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes prestaran el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella. Con las facultades extraordinarias dadas, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 41 de 1994, que consagró el llamado Nivel Ejecutivo que comprende los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador, según la especialidad; pero de este, la Corte Constitucional (Sentencia C-417 de 1994), declaró la inexecutable de las expresiones y artículos que se referían al nivel ejecutivo, pues consideró que dicha normatividad excedía el límite material fijado por el legislador en la Ley de facultades extraordinarias.



En consonancia con lo señalado y con ocasión de la creación del referido nivel ejecutivo por el Decreto Ley 41 de 1994, se expidió en desarrollo de la Ley 4 de 1992, el Decreto reglamentario 1029 de 1994, que a pesar de su importante reglamentación, la Corte Constitucional consideró que resultaba ser jurídicamente imposible su aplicación, toda vez que el sustento que le daba origen adolecía del vicio de la inconstitucionalidad, por cuanto que esta normativa ostentaba como fundamento de Derecho el Decreto Ley 41 de 1994, por lo que el Nivel Ejecutivo, a su decir, había desaparecido (Sentencia C-613 de 1996).

El 13 de enero de 1995 se profirió la Ley 180, que modificó el artículo 6 de la Ley 62 de 1993, en el sentido de precisar que *«La Policía Nacional estaría integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella [...]»*, revistiendo de facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la carrera policial del denominado Nivel Ejecutivo, al que podía vincularse personal homologado tales como suboficiales, agentes y personal no uniformado que estuviere activo en la institución y de incorporación directa; igualmente, estableció que no se podía discriminar ni desmejorar la situación actual de quienes estuvieren activos e ingresaran a dicho nivel, lo que se concretó en el Decreto 132 de 1995 que reglamentó este sistema de carrera.

También en desarrollo de la Ley 4 de 1992, se profirió 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 dispuso en el artículo 51 reglas para la asignación de retiro, pero mediante sentencia del 14 de febrero de 2007 se declaró la nulidad del decreto por el Consejo de Estado.

En tanto el Decreto 132 de 1995 fue derogado por el artículo 95 del Decreto 1791 de 2000 *«Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional»*.

Con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, se otorgaron nuevamente facultades extraordinarias al Presidente de la República entre otras, para *«[...] expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía»*.

En ejercicio de tales facultades extraordinarias, el Gobierno Nacional emanó el Decreto Ley 2070 de 2003, *«por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares»*, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, pero corrió la misma suerte de sus predecesores, toda vez que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C- 432 de 2004).



Luego se promulgó la Ley Marco 923 de 2004, que reguló los objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, así como determinó los elementos mínimos que deben contener y orientar la reglamentación del régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, que sea fijado por el Gobierno Nacional.

Mediante el Decreto 4433 de 2004 se reglamentó dicha Ley, que estableció en su artículo 25 las condiciones para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo a su entrada en vigencia; no obstante, el 12 de abril de 2012⁴ la Sección Segunda de esta Colegiatura anuló el parágrafo segundo de dicho artículo 25, al estimar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al incrementar la edad para acceder a la asignación de retiro y vulnerar la cláusula de reserva legal.

Asimismo, el 28 de febrero de 2013⁵ también se declaró la nulidad del artículo 11, parágrafo 2, del Decreto 1091 de 1995 y las expresiones acusadas de los artículos 24, 25, parágrafo 2, y 30 del Decreto 4433 de 2004, por desbordar las facultades otorgadas en la Ley 923 de 2004, en armonía con el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución.

Después, el 23 de octubre de 2014⁶ se declaró la nulidad de los artículos 14; parágrafo del 15; 24; parágrafo 1 del 25 y 30 del Decreto 4433 de 2004, por quebrantar los límites que trazó el legislador en la Ley 923 de 2004 al ejecutivo y afectar con requisitos más gravosos a los beneficiarios de la asignación mensual de retiro, con nuevas y superiores exigencias.

Ante este panorama sobrecogedor, fue así como para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en desarrollo de las facultades conferidas por la Ley 923 de 2004, se promulgó el Decreto 1858 de 2012, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro para los suboficiales y agentes que se homologaron (Artículo 1) y de quienes ingresaron por incorporación directa (Artículo 2), antes del 1 de enero de 2005. Pero el segundo de ellos, también fue anulado mediante la sentencia que aquí se resume.

Se agrega que el Decreto 41 de 1994, derogado parcialmente por el Decreto 1791 de 2000, a su vez también había derogado algunas disposiciones del Decreto 1212 de 1990, pero de este quedaron a salvo varios artículos, dentro de ellos el 144, fundamental para decidir el caso.

4.4.2. De manera que para cada caso particular de personal perteneciente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, como consecuencia de la proliferación de normas jurídicas, la fallida expedición de muchas de ellas, y de los efectos (Retroactivos o hacia el futuro) que producen las

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, acción de nulidad 11001-03-25-000-2006-00016-00 (1074-07).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00077-01 (1551-07).



declaratorias de nulidad y de inexecutable que ya se citaron, se deben precisar aspectos como:

- Estado de la situación jurídica del demandante frente a la asignación de retiro, ante lo que se analiza si aún es dable discutirla o pudo quedar ya consolidada durante la vigencia de normativa que rigió en un tiempo determinado.
- Forma de ingreso, ya que se diferencia la que se hizo por homologación a la que se efectuó por vinculación directa.
- Fecha de vinculación, pues el trato es distinto si ocurrió antes o después del 31 de diciembre de 2004.
- Causal de retiro, por la fijación de lapsos especiales en varias de ellas.

4.5. La Caja aduce que le es aplicable al demandante el artículo segundo del Decreto 1858 de 2012, bajo cuya vigencia se expidió el acto administrativo que se demanda.

Como quiera que la sentencia del Consejo de Estado a través de la cual se anuló dicha norma jurídica se expidió el 3 de septiembre de 2018 (M. P. César Palomino Cortés, rad. 1100103-25-000-2013-00543-00, 1060-2013, Acumulados), cuando el actual proceso donde se discute el derecho se encontraba en curso, se establece que para entonces aún no se había consolidado la situación jurídica del demandante referida a la asignación de retiro, por lo que procede definirla.

4.6. En cuanto a la forma de ingreso, el demandante lo hizo por incorporación directa (fl. 14-16).

4.7. El demandante se encontraba en servicio activo al 31 de diciembre de 2004 (fl. 15-16, 117).

4.7.1. Significa que para tener derecho a la asignación de retiro le son aplicables dos normas jurídicas:

i). La Ley 923 de 2004, que fijó nuevos requisitos, no distinguió entre Nivel Ejecutivo por homologación ni por vinculación directa, y también estableció unas reglas de transición en el artículo 3.1:

- 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 Ley (31 de diciembre de 2004), no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de su



expedición cuando el retiro se produzca por solicitud propia (20 años), ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

ii). El artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, vigente para el 31 de diciembre de 2004, el cual establece:

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

Resaltado fuera del original.

4.7.2. Para aplicar la norma jurídica transcrita, se debe tener en cuenta la causal de retiro, porque de ello depende el lapso de 15 o 20 años que se requiere como tiempo mínimo de servicio.

El hoy demandante fue desvinculado de la Institución policial por destitución (fl. 15, 117).

Dicha causal no aparece de manera expresa y de forma autónoma e independiente en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

4.7.2.1. En un **primer escenario**, el Consejo de Estado adopta el criterio de asimilar la destitución a la causal de mala conducta, con lo que el tiempo mínimo que se le exigiría al demandante sería de 15 años.

Así lo estableció nuestra Alta Corte para un caso similar (M. P. William Hernández Gómez, 14 de septiembre de 2017, rad. 76001-23-31-000-2006-02942-01, 2201-07), cuando consagró que *“Tales motivos hacen preciso entender que cuando el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990 prevé la «mala conducta comprobada» como una de las causales de la asignación de retiro, el verdadero supuesto que contempla la norma para hacerse a dicha prestación económica es la verificación de una falta disciplinaria sancionable con el retiro del servicio, como lo es la sanción de destitución prevista en el actual régimen disciplinario de la Policía Nacional o la de separación absoluta en los casos en que dicha falta disciplinaria constituye también un delito judicialmente sancionado con la imposición de una pena principal de prisión o arresto”*.

Dicho criterio ya lo había acogido el Consejo de Estado (M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 18 de febrero de 2010, rad. 19001 23 31 000



2004 00666 01, 0910-09) y lo reiteró (M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 11 de abril de 2018, rad. 250002342000201501949 01, 5126-2016) cuando consideró que *"Ahora bien y clarificado el aspecto atinente a la norma aplicable al actor para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, debe proceder la Sala a señalar que el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 no hace referencia a la "destitución" como causal de retiro del servicio, siendo necesario precisar si la misma se puede enmarcar dentro de alguna de las causales que contempla dicha disposición.*

"En tal sentido, debe precisar la Sala que, como el demandante estuvo vinculado durante toda su vida laboral al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, hasta que se produjo su retiro por destitución, que como se indicó no se encuentra prevista dentro del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, lo cierto es que dicha situación puede ser enmarcada dentro de la causal de mala conducta, razón por la cual, al hacer una interpretación amplia de la norma, debe entenderse tal causal como un tipo en blanco en donde se encuentran incluidos acontecimientos que al verse cuestionados pueden culminar en una sanción bien sea de carácter penal, fiscal o disciplinario, y que al ser llevadas al caso concreto, evidencian que el retiro del servicio se realizó con fundamento en la existencia de mala conducta sin que ello implique la negativa al reconocimiento de la asignación de retiro una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos legales del interesado.

"Así las cosas, y como quiera que la figura de la destitución puede enmarcarse dentro de la causal de retiro del servicio por mala conducta, lo cual resulta procedente en el caso bajo análisis, en la medida en que de acuerdo con la hoja de servicios del demandante, su retiro del servicio de produjo por destitución, lo cual constituye un hecho indicador de que su dimisión se dio por mala conducta, por lo que será ésta la causal bajo la cual se verificará el cumplimiento del tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro⁷".

4.7.2.2. En un **segundo escenario**, la Sala del Tribunal Administrativo de Arauca establece que el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 contempla dos situaciones precisas, que según el lapso de servicio activo dan derecho a la asignación de retiro⁸:

Primera: Quienes sean retirados después de quince (15) años, por alguna de las siguientes causales:

- Llamamiento a calificar servicios, o

⁷ Al respecto debe señalarse que la Subsección A de esta sección mediante sentencia del 14 de septiembre de 2017 dentro del proceso 760012331000200602942-01 consideró que "los conceptos de retiro por «separación absoluta» y «destitución» previstos en las disposiciones disciplinarias de la Policía Nacional son equiparables a la causal de «mala conducta comprobada» contenida en el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, ello en virtud de la evolución normativa que ha tenido tal régimen".

⁸ Esta discusión, en la que se planteó que el precedente era el segundo escenario, se presentó en nuestra Corporación Judicial desde el 11 de diciembre de 2014, con salvamento de voto del actual Ponente, dentro del expediente 81001 2333 003 2013 00101 00.



- Mala conducta, o
- No asistir al servicio por más de 10 días sin causa justificada⁹, o
- Voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o
- Sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o
- Disminución de la capacidad sicofísica, o
- Incapacidad profesional, o
- Por conducta deficiente, y

Segunda: Con más de veinte (20) años, en caso de dos situaciones:

- Los que se retiren -Voluntad propia-, o
- Sean separados

Como se observa, para tener derecho con 15 años se debe estar dentro de las causales expresas; si no se está en alguna de ellas, y la desvinculación fue por cualquier otra causa -incluso por comisión de faltas disciplinarias o delitos o responsabilidad fiscal-, se debe acreditar al menos 20 años de servicios¹⁰.

El demandante no fue retirado por alguna de las causales que otorgan el derecho con 15 años; y sí fue desvinculado por sanción disciplinaria.

La Sala encuentra entonces, que la destitución se enmarca dentro de la causal de separación que exige 20 años, con los fundamentos que a continuación se expresan en respaldo de la decisión.

4.7.2.3. La Sala acoge el segundo escenario por considerarlo, además de las plausibles razones que se exponen en el presente acápite de las consideraciones, con sólido respaldo normativo, ajustado al fin de la norma jurídica y a su objeto útil, diferenciador de las conductas irregulares e inapropiadas de servidores públicos que propician su retiro, máxime cuando en este caso son separados por decisión de un órgano distinto a su entidad (Fiscalía o Juez, Contraloría, Procuraduría) o por uno suyo pero en ejercicio de función ajena a la mera administrativa, pues se trata de la fiscalizadora (Control Interno Disciplinario), todo lo cual

⁹ El artículo 1 de la Ley 14 de 1992 amplió el término de 5 a 10 días.

¹⁰ En el expediente 81001-2339-000-2018-00065-00, que terminó el 20 de marzo de 2019 con auto aprobatorio de la conciliación que convinieron las partes, no hubo necesidad de abordar esta distinción, toda vez que el demandante si bien fue desvinculado por destitución, acreditó un lapso de servicio superior a los 20 años, luego en cualquiera de los escenarios previstos tenía el derecho a la asignación de retiro.



permite justificar el distanciamiento de los criterios del Consejo de Estado sobre el tema específico de que aquí se trata.

Se parte de considerar que si bien es cierto la "mala conducta" podría tenerse en principio como una norma de "tipo en blanco", no es menos cierto que en nuestro ordenamiento jurídico están expresa y taxativamente consagradas las causales que deben tenerse como aquella; por ejemplo, la Constitución Política (arts. 127, 180, 242), la Ley 100 de 1993 (arts. 23, 221, 281), la Ley 136 de 1994 (arts. 36, 45, 91, 126, 131, 142, 179, 198), la Ley 472 de 1998 (arts. 27, 83, 84), el C.C.A (arts. 7, 76, 177, 242), la Ley 80 de 1993 (arts. 22.1, 22.7, 41, 43, 58.5), la Ley 734 de 2002 (arts. 48.49, 49), CPACA (art. 128), la Ley 1952 de 2019 (arts. 66, 170), entre otras disposiciones legales.

De ahí que el artículo 48.49 de la Ley 734 de 2002 (CDU) diferencia en forma expresa y trata de manera distinta a las dos figuras jurídicas que se analizan, pues se refiere a "Las demás conductas que en la Constitución o en la ley hayan sido previstas con sanción de remoción o **destitución**, o como causales de **mala conducta**". Resaltado fuera de texto original. Esta disposición se incluyó con igual redacción en la Ley 1952 de 2019, artículo 55.12.

Luego aquella -La destitución-, no es asimilable a esta -La mala conducta-.

Por lo tanto, las causales de "mala conducta", que en algunos casos tiene como sanción la destitución, deben estar catalogadas como tales de manera expresa y taxativa por la Constitución y la Ley, y son aquellas actuaciones u omisiones que no alcanzan a constituirse o no han sido tipificadas en faltas disciplinarias, ni delitos, ni detrimento patrimonial.

También de manera concreta lo establece el párrafo del artículo 37 de la Ley 1015 de 2006, precisamente, el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional: "Para efectos de determinar la gravedad o levedad de la falta, por vía de remisión, constituye falta gravísima la que está taxativamente señalada en la ley o aquella que constituya causal de mala conducta".

Así lo corrobora el artículo 50 del CDU, cuando establece que "**Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta** constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima". Resaltado no es del original.

Sobre el tema, la Corte Constitucional al analizar el mencionado artículo 37 de la Ley 1015 de 2006, lo declaró exequible y precisó que "Del texto del artículo 50 de la Ley 734 de 2002 se concluye, sin mayor duda, que la causal de mala conducta a que se refiere la norma es aquella "descrita como tal por la Constitución o la ley", con lo cual se quiere significar que para dichos efectos el legislador exige una descripción típica de la



conducta, y de lo cual se sigue también que la disposición legal no deja al arbitrio de la autoridad sancionadora la determinación de las conductas que a su juicio pueden denominarse como causales de mala conducta" (Sentencia C-545 de 2007).

Se destacan de este aparte de la sentencia, dos aspectos concretos:

- "se concluye, **sin mayor duda**, que **la causal de mala conducta** a que se refiere la norma **es aquella "descrita como tal por la Constitución o la ley"**.

- "la disposición legal **no deja al arbitrio de la autoridad** sancionadora **la determinación de las conductas** que a su juicio **pueden denominarse como causales de mala conducta"**.

De manera puntual también agregó la Corte Constitucional, para deslindar los conceptos de "mala conducta" y "destitución":

"Así las cosas, es claro que no todo comportamiento objetivo que haya sido catalogado por el legislador como causal de mala conducta constituye una falta de esta naturaleza, pues existe la posibilidad de que una conducta que califique como tal, y haya sido cometida con culpa grave o leve, admita la imposición de sanciones distintas a la destitución. Por ello, cuando el artículo acusado de la Ley 1015 de 2006 hace referencia a las causales de mala conducta, para asimilarlas a las faltas gravísimas, sólo se refiere a los comportamientos descritos como tales que han sido cometidos con dolo o culpa gravísima.

A este respecto, la Corte resalta que el legislador es en principio autónomo para determinar cuáles comportamientos configuran causal de mala conducta, pues tal definición es propia de su libre potestad de configuración. En ese sentido, es también posible que en ejercicio de dicha facultad, el legislador señale que para una causal de mala conducta no se impondrá una sanción de destitución. En la Constitución Política no existe ninguna disposición que obligue a que determinados comportamientos –además de los expresamente consignados en ella- deban catalogarse como causales de mala conducta, así como tampoco impone que todas los comportamientos que hayan sido catalogados como tales deban tener como sanción final la destitución del cargo. (...)

La consecuencia evidente respecto del cargo de la demanda es que sólo los comportamientos descritos como causales de mala conducta que han sido cometidos dolosamente o mediante culpa gravísima pueden ser asimilados a faltas gravísimas. A su paso, las conductas que, siendo descritas objetivamente como causales de mala conducta, se cometen con culpa grave o leve, no pueden asimilarse a faltas gravísimas en cumplimiento de la orden de remisión del artículo acusado".

De ahí, que no sería dable asimilar por analogía, una causal de "mala conducta" a actuaciones que por otras circunstancias no catalogadas de tal condición, condujeron a declarar la responsabilidad penal, o disciplinaria o fiscal, con lo que estos tres factores de sanción sí dan lugar a tenerlos dentro de la causal de separación del cargo, en este caso, en la Policía Nacional.



Por ello el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 también distingue la magnitud, la calidad y la naturaleza jurídica del comportamiento para separar los dos escenarios: para quien incurra en causal de "mala conducta", se le piden 15 años de servicio; pero a quien es "separado", que sería el que cometió un delito, una falta disciplinaria o un detrimento del erario, se le exigen 20 años, pues dicha disposición no los priva del derecho, pero sí diferencia la magnitud de la acción o la omisión irregular.

Y es que no es razonable ni proporcionado, brindarle al destituido una condición más favorable que al retirado por voluntad propia para acceder a la asignación de retiro, o equiparlo a quien es desvinculado por situaciones de salud, edad, rendimiento, falta menor o decisión de la Institución, con las causales y sus definiciones que establecieron los entonces artículos 112 a 123 del Decreto 1212 de 1990. Otorgar esa posibilidad puede generar incluso que se cometan faltas disciplinarias gravísimas o graves con dolo o culpa gravísima, con el único objeto de alcanzar la prestación en menor tiempo que el exigido a quienes son leales a la entidad.

Otro respaldo jurídico lo brinda el inicial artículo 123 del Decreto 1212 de 1990, coetáneo del 144 que establece la asignación prestacional que aquí se analiza.

En efecto, con la distinción entre "retiro" y "separación" que consagra el artículo 144 para tener derecho con 20 años a la prestación, el 123 definió en qué consiste la separación absoluta:

"Cuando el Oficial o Suboficial de la Policía Nacional sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional. **También será separado** en forma absoluta **cuando así determine el Reglamento de Disciplina** para la Policía Nacional. El Oficial o Suboficial que sea separado en forma absoluta no podrá volver a pertenecer a la Policía Nacional". Resaltado fuera del original.

Significa que son dos las causales de separación: La condena penal y la sanción disciplinaria. Y de éstas es la destitución, que contempla el "Reglamento de Disciplina", ya el CDU, ya la Ley 1015 de 2006, ya la nueva Ley 1952 de 2019.

Por ello no la incluyó el artículo 144 como una causal independiente o autónoma. Ni quedó tampoco un vacío normativo. Ya estaba dentro de las de "separación".

4.7.3. En consecuencia y en este caso, para tener derecho a la asignación de retiro se le exige al demandante acreditar en el proceso un lapso de servicio superior a 20 años, pues la destitución se enmarca dentro de la causal general de haber sido "separado".



En el expediente se probó que el demandante tiene certificado por la propia entidad estatal en la Hoja de Servicio, un tiempo computable para asignación de retiro de 16 años, 5 meses y 11 días (fl. 16).

De ahí que no se causó en su favor el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro que pidió, pues su vinculación a la Policía Nacional fue por un lapso de servicio menor a los 20 años que le exige el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

Significa que no prospera la petición de nulidad que se radicó.

4.8. Por lo tanto, ante el problema jurídico planteado se responde que no es ilegal el acto administrativo contenido en el Oficio con radicado No. E-00003-201711018-CASUR ID: 233964 del 30 de mayo 2017, por el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le negó al demandante el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

De conformidad con lo expuesto y probado, se negarán las pretensiones de la demanda.

5. Costas

No se produce condena en costas por el trámite de la presente instancia, ya que conforme con el artículo 188 del CPACA, la obligación de condenar a la parte vencida no lo es en forma inexorable u objetiva.

Y desde el punto de vista de apreciación subjetiva, no se encuentra conducta reprochable de alguna de las partes en el proceso para aplicarlas, como acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, que si fuera el caso, sí operaría la remisión a los artículos 365 y 366 del CGP, como lo ha indicado el Consejo de Estado (Entre otras sentencias, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 19 de enero de 2017, rad. 76001-2333-000-2013-00015-01; y M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, 17 de febrero de 2017, exp. 81001 2333000 2013 00116 01).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

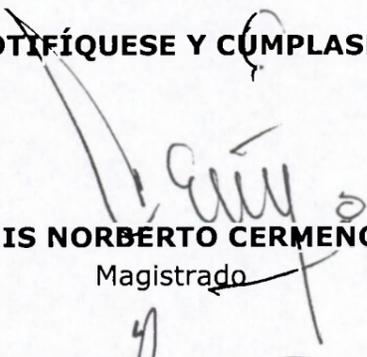


TERCERO. ORDENAR que por Secretaría se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver al demandante el saldo respectivo.

CUARTO. ORDENAR que en firme la presente decisión, se archive el expediente, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMENO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia