



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

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

Proceso : 81001 3331 001 2016 00175 01
Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Wilbert Saúl Aguas Cañón
Demandado : Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional,
CASUR
Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, mediante la cual accedió a las pretensiones.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Wilbert Saúl Aguas Cañón instauró demanda contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- (fl. 1-90), 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 el 17 de febrero de 1997 y fue retirado el 19 de mayo de 2015 con Resolución 02056 de ese año con la causal de destitución, cuando era Subintendente y había cumplido en la entidad 18 años, seis meses y dos días. Y mediante oficio 23857/231215, la Caja le negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro con apoyo en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012, pero debe reconocerse la prestación de conformidad con lo contemplado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

Como **pretensiones** solicita que se declare la nulidad del Oficio 23857 del 23 de diciembre de 2015, 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 1, 2, 4, 5, 6, 13, 21, entre otros), las Leyes 153 de 1887 y 923 de 2004, y los Decretos 1212 de 1990, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 1157 de 2014.

Y como **concepto de la violación**, manifiesta que con el acto acusado la Caja incurrió en falsa motivación y vulneración sistemática del debido



proceso por violación directa de la Ley, al desconocer e inaplicar varias normas en clara vulneración del artículo 53 constitucional y en cambio recurrir al artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 que incrementó en cinco años el derecho a la asignación de retiro contrariando el espíritu de la Ley 923 de 2004 y los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados que hacen parte de la legislación interna.

Expresa que al encontrarse activo al 31 de diciembre de 2004, las normas que lo cobijan son las del Decreto 1212 de 1990, en su artículo 144, y al ser la causal de retiro la destitución, es decir por mala conducta, por el tiempo de servicios se le deben respetar sus derechos y no exigirle uno superior al establecido en dicha norma, y se refiere a la excepción de inconstitucionalidad y de ilegalidad.

2. La contestación de la demanda

La entidad contestó la demanda (fl. 116-119); se opone a las pretensiones, se pronuncia frente a los hechos, y como razones de defensa expresa que el demandante ingresó a la Institución por incorporación directa al Nivel Ejecutivo, y en consecuencia la normativa aplicable es el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, que para acceder a la asignación de retiro con la causal de destitución debía haber laborado 25 o más años, tiempo que no reúne, ni tampoco se le puede extender la decisión del Consejo de Estado que ingresó al nivel ejecutivo estando en el servicio como suboficiales y agentes.

Plantea la excepción de "Inexistencia del derecho".

3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en sentencia del 26 de febrero de 2018 (fl. 139-146), declaró la nulidad del Oficio 23857 del 23 de diciembre de 2015 y ordenó reconocerle al demandante la asignación de retiro.

Expuso como fundamento de su decisión, que *"En ese orden de ideas, como ya se dijo, la normativa aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro en el caso de autos no es otro que el contenido en el Decreto 1212 de 1990, por tal motivo, al encontrarse probado que el señor WILBERT SAÚL AGUAS CAÑÓN prestó sus servicios a la Policía Nacional por un término de 18 años, 6 meses y 2 días, es claro que supera el periodo señalado en el artículo 144 de dicho decreto, esto es, el haber sido retirado con más de 15 años de servicios por la Dirección General de la Policía Nacional imponiéndole por destitución, en consecuencia, le asiste el derecho al reconocimiento de su asignación de retiro y, por consiguiente, es diáfano que logró desvirtuar la presunción*



de legalidad del acto administrativo acusado, siendo entonces procedente declarar su nulidad en esta oportunidad".¹

4. El recurso de apelación

4.1. La demandada expone (fl. 154-160) que Wilbert Saúl Aguas Cañón carece del derecho a recibir la asignación de retiro, teniendo en cuenta que se desempeñó en todo momento como integrante del nivel ejecutivo en la Institución en vigencia del Decreto 1091 de 1995, aceptó las condiciones planteadas para ese personal y que la norma vigente al momento del retiro, el Decreto 1858 de 2012, estipula que por la causal de destitución se debe acreditar para el reconocimiento 25 años de servicio y solo lo prestó durante 18 años, seis meses y 9 días y resulta errado el análisis del artículo tercero de la Ley 923 de 2004 y no es aplicable el Decreto 1212 de 1990, pero si se mantiene la intención de la sentencia, que exige 20 años.

Y menciona que se tramita por el mismo demandante, el proceso 2015-00139 contra el acto administrativo que decretó la destitución y en el que se pide el reintegro al servicio, por lo que las resultas de ese expediente pueden influir en el presente asunto ante una posible decisión adversa a la entidad estatal.

5. Trámite procesal en la segunda instancia

Se admitió el recurso de apelación y se ordenó la presentación de alegatos de conclusión por las partes y del concepto del Ministerio Público (fl. 182).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La parte demandante no presentó alegatos de conclusión (fl. 197).

6.2. La Policía Nacional los presentó en forma extemporánea (fl. 197).

7. El concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia (fl. 197).

CONSIDERACIONES

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

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.



1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia de primera instancia, en razón de los fundamentos planteados en el recurso de apelación?

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. En el recurso de apelación no se planteó discusión alguna sobre el tema, por lo que no hay objeto que requiera pronunciamiento. 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. 8).
- b. Solicitud del demandante (fl. 2-7).
- c. Documentos laborales del demandante (fl. 9-10, 115B, 135-136).

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 tiene derecho. En la sentencia de primera instancia que se cuestiona, se accedió a las pretensiones propuestas, decisión que fue impugnada por la entidad estatal en su recurso de apelación.

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

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; y CGP es el Código General del Proceso.



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. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia⁴.

Se revisa el texto del recurso de apelación y se extrae como conclusión, que cuestiona lo siguiente:

- El demandante carece del derecho a recibir la asignación de retiro, pues el Decreto 1858 de 2012 estipula que por la causal de destitución se deben acreditar 25 años de servicio y solo prestó 18 años, seis meses y 9 días, y no es aplicable el Decreto 1212 de 1990; pero si lo fuera, se le exigen 20 años.

4.4. La evolución normativa. 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

⁴ Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia *-ad quem-* deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quem* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios de convencionalidad sobre el tema.



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 estuvieran 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 2012⁵ la Sección Segunda de esta Colegiatura anuló el párrafo 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 2013⁶ también se declaró la nulidad del artículo 11, párrafo 2, del Decreto 1091 de 1995 y las expresiones acusadas de los artículos 24, 25, párrafo 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.

Luego, el 23 de octubre de 2014⁷ se declaró la nulidad de los artículos 14; párrafo del 15; 24; párrafo 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.

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 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

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón, acción de nulidad 11001-03-25-000-2006-00016-00 (1074-07).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07).

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, acción de nulidad 11001-03-25-000-2007-00077-01 (1551-07).



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. 8-9).

4.7. El demandante se encontraba en servicio activo al 31 de diciembre de 2004 (fl. 9).

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 psicofísica, 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. 8, 9).

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 se 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 retiro⁸".

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 retiro⁹:

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

- Llamamiento a calificar servicios, o
- Mala conducta, o
- No asistir al servicio por más de 10 días sin causa justificada¹⁰, o

⁸ "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".

⁹ 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.

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



- 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 servicios¹¹.

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 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

¹¹ 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.



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 18 años, 6 meses y 2 días (fl. 9).



En consecuencia, no se causó en su favor el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, pues su vinculación a la Policía Nacional fue menor a los 20 años que le exige el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

De ahí que prospera la impugnación que se radicó.

4.8. Por lo tanto, ante el problema jurídico planteado se responde que procede revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

4.9. La entidad estatal informa que el mismo demandante adelanta el proceso 2015-00139 contra el acto administrativo que decretó la destitución y en el que se pide el reintegro al servicio, por lo que las resultas de ese expediente pueden influir en el presente asunto ante una posible decisión adversa a la entidad estatal.

La situación planteada no interfiere en ninguno de los procesos, pues si en aquel otro la decisión declara la nulidad de la sanción, es posible que se produzca el reintegro de Aguas Cañón a la Policía Nacional y en ese caso, si se ordena el pago de los salarios y derechos laborales dejados de percibir, se podría determinar en la sentencia que es a partir de su reintegro por el hecho de contar ya con asignación de retiro o podría ordenar que se le descontara lo pagado por aquella prestación, por expreso mandato constitucional (Artículo 128) que prohíbe "*recibir más de una asignación que provenga del tesoro público*". Lo que sí debe hacer la entidad, es poner en conocimiento del otro Despacho Judicial, la presente sentencia.

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

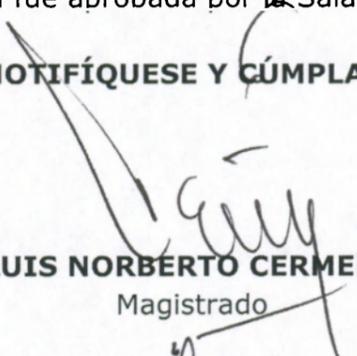
PRIMERO: REVOCAR los numerales primero a quinto y octavo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, proferida el 26 de febrero de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca; y en su lugar, **DECLARAR** que se niegan las pretensiones, y confirmarla en lo demás.

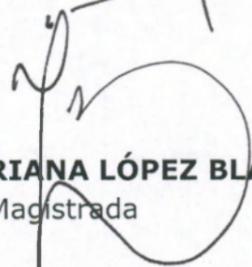
SEGUNDO: DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO: ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia