

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "B"**

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: **Dr. ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS**

REFERENCIA : 2016-00681-01
DEMANDANTE : OSBALDO ÚSUGA TUBERQUÍA
DEMANDADO : CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL
Asunto : Reconocimiento asignación de retiro - Destitución
SEGUNDA INSTANCIA

=====

Procede la Sala, dentro del término legal previsto en el artículo 247-4 de la Ley 1437 de 2011¹, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida en el curso de la audiencia inicial celebrada el quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. - Sección Segunda, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

Mediante apoderado judicial, y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte actora, demandó:

“PRIMERA: Se declare **LA NULIDAD al oficio No.11098/ GAG SDP del 31 de mayo de 2016, Expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, notificado a este apoderado el día 06 de junio de 2016, fecha en la que llegó por correo certificado a la dirección de correspondencia**, que concierne al acto administrativo objeto de la presente demanda, y que fue emitido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía, en respuesta a la petición realizada por esta defensa en la que se solicitó el reconocimiento de la asignación de retiro al señor policía retirado **OSBALDO USUGA TUBERQUIA**, con fundamento en el Decreto 1213 del 8 de Junio de 1.990 *“Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional”*, petición a la que no se accedió fundamentando el acto administrativo en normas que no son aplicación al caso en particular, por lo que no podría disminuirse derechos a través de ellas y que violan flagrantemente sus derechos en nuestro estado social de derecho.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaratoria de LA NULIDAD del acto administrativo señalado, es decir el **oficio No. 11098/ GAG SDP del 31 de mayo de**

¹ 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente.

2016, se disponga la emisión del acto administrativo por el que se le reconozca el pago de asignación de retiro a mi cliente a partir de su retiro de la Policía Nacional, el mismo que se produjo mediante la resolución 00214 del 20 de enero de 2014, proferida por la Policía Nacional de Colombia, en el que además se le reconozcan las partidas concernientes al salario que devenga y la categoría que le corresponden como integrante del nivel ejecutivo de la anotada institución.” (Énfasis del texto).

1.2. Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, son los siguientes:

“1. El señor **OSBALDO USUGA TUBERQUIA**, prestó su servicio militar entre los años 1997 y 1998, por espacio de 11 (once) meses y 27 (veintisiete) días, según orden administrativa de personal 1-194.

2. El señor ahora patrullero retirado **OSBALDO USUGA TUBERQUIA**, ingresó a realizar curso en el escalafón de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional el 01 de marzo de 1999 en la Escuela de Policía Carlos Eugenio Restrepo en la Estrella (Antioquia) y es dato de alta como Patrullero de la Policía Nacional el 25 de febrero de 2000, es decir que el mencionado policial, está vinculado a la Policía Nacional desde el año 1999.

3. El día 20 de enero de 2014, el señor patrullero **OSBALDO USUGA TUBERQUIA**, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional por destitución en ejecución de sanción disciplinaria, mediante resolución 00214, teniendo como tiempo de servicio dieciséis (16) años, dos (2) meses y dieciséis (16) días.

(...)

6. No obstante lo anterior, cuando se acudió ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por ser la entidad encargada de pagar la asignación de retiro de los integrantes de la Policía Nacional, mediante el oficio radicado ante dicho organismo, el pasado 01 de abril del año en curso, se elevó solicitud con radicado R-00005-201613318-CASUR- ID- 139439, en la que se requirió el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, exponiendo para ello los argumentos jurídicos que demuestran con toda claridad el derecho que le asiste, sin embargo, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, dio respuesta a la anotada petición, mediante **oficio No.11098/ GAG SDP del 31 de mayo de 2016, el cual fuera notificado mediante entrega la dirección de correspondencia de este apoderado el día 06 de junio de 2016**, en cual dijo:

(...)” (Énfasis del texto)

1.3. Teoría del caso – posición jurídica de las partes

1.3.1. De la parte demandante

Indicó, que al señor OSBALDO USUGA TUBERQUIA se le debe reconocer la asignación de retiro por el tiempo laborado, el cual superó ampliamente los 16 años, y que su retiro de la Policía Nacional queda enmarcado en la protección que las normas vigentes al momento de su ingreso a la Policía Nacional, las cuales le otorgan la asignación de retiro a quienes fueran retirados después de los 15 años de servicio, es decir, de conformidad con el artículo 104 del Decreto 1213 de 1990, atendiendo a la misma cláusula de protección que la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año; expresó que el demandante ingresó a la Policía Nacional desde el mes de abril de 1999, y tenía la calidad de servidor público desde mucho antes de la existencia de las normas anteriormente mencionadas.

Consideró, que la norma aplicable para efectos del retiro con asignación y partidas computables es la dispuesta para los agentes, siendo este el Decreto 1213 de 1990,

como quiera que las normas que pretendieron fijar las condiciones de asignación de retiro han sido decretadas nulas e inexecutable.

1.3.2. De la parte demandada

Indicó, que del estudio minucioso de los soportes existentes en el expediente, y analizado el material probatorio, se establece que no es procedente reconocer asignación mensual de retiro al señor PT (r) OSBALDO USUGA TUBERQUIA el demandante, no cumple con los requisitos exigidos esto es el tiempo establecido para los miembros del nivel ejecutivo los cuales deben acreditar como mínimo 20 años de servicio cuando la desvinculación del servicio activo se produce por “DESTITUCION” condición que no cumple para efectos del reconocimiento de Asignación Mensual de Retiro, razón suficiente para que la demandada negara dicha petición.

1.3.3. La sentencia de primera instancia

A través de la sentencia proferida en el curso de la audiencia inicial celebrada el quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. - Sección Segunda², en la cual se negaron las pretensiones de la demanda, donde se consideró y resolvió:

“(…)

En razón a lo anteriormente expuesto, la Sala no encontró que el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, hubiese transgredido el límite material de la facultad reglamentaria concedida al Gobierno Nacional en la Ley Marco 923 de 2004, razón por la cual **ordenó revocar** el auto de 14 de julio de 2014, que decretó como medida cautelar la suspensión provisional de los efectos del artículo 2o del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, dejando dicho artículo actualmente vigente.

Caso concreto:

El Despacho observa que para el caso en concreto el accionante estuvo vinculado a la Policía Nacional en el Nivel Ejecutivo desde veinticinco (25) de febrero de dos mil (2000) hasta el veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014) (fl.62), es decir, pertenece al personal uniformado **incorporado directamente**, razón por la cual, le era aplicable lo prescrito por el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995, que exigía un requisito de tiempo de servicio de 25 años, según la modalidad de retiro, **por destitución**, reiterado mediante el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, en consecuencia, se encuentra que las acusaciones impetradas contra los actos demandados no se configuraron, y por lo tanto, se tiene que la actuación de la administración se ajustó a las normas superiores, así las cosas, se mantiene la presunción de legalidad de los actos administrativos por no estar incursos en la nulidad alegada, circunstancia que permite concluir que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

(…)

FALLA

PRIMERO.- Se niegan las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor **Osbaldo Úsuga Tuberquía**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 8.419.256, de conformidad con las razones expuestas en este proveído.

(…)” (Énfasis del texto)

² Folios 173 a 177.

1.3.4. Fundamento del Recurso

El apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación, el cual sustentó en escrito visible en los folios 142 a 152 del expediente, solicitando se revoque la sentencia proferida en primera instancia y, en su lugar, se accedan las pretensiones de la demanda, argumentó:

“(…)

Como lo demuestran las pruebas obrante en el expediente, el señor Patrullero USUGA, ya se encontraba al servicio de la Policía Nacional desde antes que comenzara a regir la ley 923 de 2004, por consiguiente no le es exigible un tiempo superior a quince años tener derecho a la asignación de retiro por la destitución a que fue sometido, en tal razón la Caja de Sueldo de Retiro de la Policía Nacional le corresponde reconocer y pagar los derechos a la asignación según el debate presentado en cada una de las etapas que ha tenido el expediente que nos ocupa.

Además es claro que el fallo hoy apelado debió haber acudido al principio del IN DUBIO PRO OPERARIO, el cual tiene como significado que las normas aplicable a los trabajadores deben conllevar a la más beneficiosa a estos, lo que para el caso es evidente que entre la aplicación de las normas si se tiene en cuenta que la ley 923 de 2004, hablaba de un periodo de transición, lo lógico resulta es que una vez haga tránsito al nuevo ordenamiento y en caso que el último sea desventajoso para los intereses de mi representado, como es el caso en concreto, lo lógico es que se le aplica la norma que lo regía para el momento de hacer parte del nivel ejecutivo.

Es que además la presentación de la demanda objeto del fallo no ha tenido sino simplemente, ser las voces del contenido del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, la cual establece la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que ha tenido como interpretación: “...el cual refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para todo trabajador tiene el derecho laboral. De tal forma que las garantías establecidas en su favor, no puedan voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia. Lo anterior explica el carácter de orden público que ostentan las normas que regula, el trabajo humano, y el hecho de que los derechos y prerrogativas en ellos reconocidos se sustraigan a los postulados de la autonomía de la voluntad privada. Así lo preceptúa el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo...” Sentencia 1563-09 del Consejo de Estado.

Lo que en atención a la línea jurisprudencial que viene desarrollando el Honorable Consejo de Estado, resulta fácil concluir que el Decreto 1858 del 6 de Septiembre de 2012, carece de soporte legal y viola flagrantemente y evidentemente derechos constitucionales, por las mismas causas que ya se han mencionado ampliamente y es que el Gobierno Nacional se ha excedido en la potestad para emitir las normas con la que pretende regular el tiempo de asignación de retiro, fuera de los parámetros señalados en la ley 923.

(…)”

1.3.5. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Los hechos probados

- Obra Oficio N° 11098 /GAG SDP del 31 de mayo de 2016³, proferido por el Director General de CASUR, en donde expresó:

³ Folio 58.

“(...)

En atención al escrito de asunto, relacionado con el reconocimiento de asignación mensual de retiro a que cree tener derecho el señor patrullero (r) OSBALDO USUGA TIBERQUIA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 8.419.256 le informo que según la hoja de servicios No. 8419256, libro 02, folio 566 expedida por la Policía Nacional el 07 de abril de 2014, se certifican que prestó servicios en la Policía Nacional por espacio de 16 años, 02 meses, 12 días, siendo desvinculado de la institución por “**Destitución**” a partir del 27-02-2014.

De conformidad con el Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el Decreto 1858 del 06-09-2012, normas de carácter especial que regula la carrera del personal de Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, vigente a la fecha del retiro, entre otros pronunciamientos establece, que el miembro del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa, que sean retirados o separados en forma absoluta o **destituidos** deben acreditar (25) años de servicio, condición que no cumple para efecto del reconocimiento de asignación mensual de retiro.

En lo relacionado con la excepción de inconstitucionalidad, me permito manifestarle que esta entidad está actuando bajo el mandato legal, no teniendo facultad para ejercer control constitucional en las normas que expide el Gobierno Nacional.
(...)”. (Énfasis del texto)

- Obra petición elevada ante el Director General de CASUR radicado bajo el N° R-00005-201613318-CASUR el 1° de abril de 2016, solicitando el reconocimiento de la asignación de retiro⁴.

- Obra Resolución N° 00214 del 20 de enero de 2014⁵, proferida por el Director General de la Policía Nacional, por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un personal, notificada personalmente el 27 de febrero de 2014, donde se resolvió:

“(...)

Que mediante providencia que resuelve el recurso de apelación de fecha 04 de diciembre de 2013, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada al no proceder recurso alguno, el Inspector Delegado Especial de la Policía Nacional Metropolitana de Bogotá, confirma el fallo de primera instancia de fecha 06 de noviembre de 2013, suscrito por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Comando Operativo de Seguridad Ciudadana Número Uno de la Policía Metropolitana de Bogotá, e impone la sanción disciplinaria de Destitución e Inhabilidad General para ejercer cargos públicos por el término de once (11) años, a los señores..., **Patrullero OSBALDO USUAGA TUBERQUÍA...**

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. Retirar del servicio activo de la Policía Nacional por Destitución, a los señores.... **Patrullero OSBALDO USUAGA TUBERQUÍA...** Así mismo los citados policiales se encuentran inhabilitados para ejercer la función pública por el término de once (11) años...

(...)”. (Énfasis del texto)

- El Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante Oficio N° 11098 / GAG SDP del 31 de mayo de 2016⁶, resolvió la petición, en la siguiente forma:

⁴ Folios 30 a 57.

⁵ Folios 27 a 29.

⁶ Folios 58.

“En atención al escrito del asunto, relacionado con el reconocimiento de asignación mensual de retiro a que cree tener derecho el señor Patrullero (r) OSBALDO USUGA TUBERQUÍA, quien se identifica con numero... le informo que según su hoja de servicios No 8419256, libro 02, folio 566, expedida por la Policía Nacional, el 07 de abril de 2014, se certifica que prestó servicios en la Policía Nacional, por espacio de 16 años, 02 meses, 12 días, siendo desvinculado de la Institución por “Destitución”, a partir del 27-02-2014.

De conformidad con el Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el Decreto 1858 del 06-09-2012, normas de carácter especial que regulan la carrera del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, entre otros pronunciamientos establecen, que el personal del Nivel Ejecutivo que ingreso al escalafón por incorporación directa, que sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos deben acreditar (25) años de servicio, condición que no cumple el mencionado señor, para efecto del reconocimiento de asignación mensual de retiro.

(...)” (Énfasis del texto)

- Obra hoja de servicios N° 8419256, de fecha 16 de agosto de 2013⁷, donde se evidencia:

ÚLTIMA UNIDAD LABORAL			CAUSAL DE RETIRO
CAI MODELO - MEBOG			DESTITUCIÓN
DISPOSICIÓN DEL RETIRO			FECHA DEL RETIRO
RESOLUCIÓN	002014	20 Ene 2014	27 Feb 2014

TIEMPO PARA PRESTACIONES SOCIALES								
NOVEDAD	DISPOSICIÓN			F.INICIO	F.TERMINO	TOTAL		
						A.	M.	D.
SERVICIO MILITAR	OAP 1-194	16 Oct 2013		25 Jul 1997	22 Jul 1998	0	11	27
ALUMNO NIVEL EJECUTIVO	OAP 01-075	22 Abr 1999		01 Mar 1999	24 Feb 2000	0	11	23
NIVEL EJECUTIVO	R 000746	23 Feb 2000		25 Feb 2000	27 Feb 2014	14	0	2
DIFERENCIA AÑO LABORAL DR 1091 27Jun 1995						0	2	24
TOTAL						DIECISÉIS AÑOS DOS MESES DIECISÉIS DÍAS		
DIECISÉIS AÑOS DOS MESES DIECISÉIS DÍAS						16	2	16
TIEMPO DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004								
NOVEDAD	DISPOSICIÓN			F.INICIO	F.TERMINO	TIEMPO		
						A.	M.	D.
SERVICIO MILITAR	OAP 1-194	16 Oct 2013		25 Jul 1997	22 Jul 1998	0	11	27
ALUMNO NIVEL EJECUTIVO	OAP 01-075	22 Abr 1999		01 Mar 1999	24 Feb 2000	0	11	23
NIVEL EJECUTIVO	R 000746	23 Feb 2000		25 Feb 2000	27 Feb 2014	14	0	2
TOTAL						DIECISÉIS AÑOS DOS MESES DIECISÉIS DÍAS		
DIECISÉIS AÑOS DOS MESES DIECISÉIS DÍAS						16	2	16

2.2. El problema jurídico

Se contrae a determinar si el señor OSBALDO ÚSUGA TUBERQUÍA, tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro.

2.3. Solución al problema jurídico

La parte demandante estima en el recurso de apelación que el actor se encontraba al servicio de la Policía Nacional desde antes que comenzara a regir la Ley 923 de 2004, por consiguiente, a él no le es exigible un tiempo superior a quince años para tener derecho a la asignación de retiro por la destitución a que fue sometido.

⁷ Folio 62.

Por otra parte, la entidad accionada expresó que al demandante le es aplicable el Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el Decreto 1858 de 2012, toda vez que son normas de carácter especial que regulan la carrera del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, entre otros pronunciamientos, donde se establece que el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa, que sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos deben acreditar (25) años de servicio, condición que no fue cumplida.

Según los hechos probados, el demandante ingresó a la policía prestando servicio militar, del 25 de julio de 1997 al 22 de julio de 1998; luego como alumno del nivel ejecutivo, del 1º de marzo de 1999 al 24 de febrero de 2000 y; finalmente, se trasladó al nivel ejecutivo en el período comprendido entre el 25 de febrero de 2000 al 27 de febrero de 2014, acumulando 16 años, 2 meses y 16 días de servicio, siendo retirado por destitución mediante Resolución N° 00214 del 20 de enero de 2014, por la cual se ejecutó una sanción disciplinaria, siendo notificada personalmente el 27 de febrero de 2014.

Estas condiciones le indican a la Sala, que el demandante se trasladó al nivel ejecutivo antes del 1º de enero de 2005 y al 30 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004⁸, norma que también aplica al personal del nivel ejecutivo, se encontraba en servicio activo.

El ordenamiento colombiano prevé un régimen salarial, prestacional y pensional especial para los miembros del escalafón policial, régimen previsto en los decretos Leyes 1212⁹ y 1213¹⁰ de 1990 y otro también especial, para el personal del nivel ejecutivo, cual es el Decreto 1091 de 1995.

Ahora bien, en materia pensional para personal del nivel ejecutivo, y pese a que no fijó régimen de transición, el artículo 51 del 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...”*, dispuso:

“ARTÍCULO 51. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, **por los primeros veinte (20) años de servicio** y un dos por ciento

⁸ **ARTÍCULO 7o. VIGENCIA.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias (Publicada en el Diario Oficial 45777 de diciembre 30 de 2004. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15587>

⁹ “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional”

¹⁰ “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional”

(2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:

a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:

...

b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:

...

5. Por destitución

(...)” (Énfasis de la Sala)

A su turno, el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, señaló:

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

(...)

Parágrafo 2º. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.”. (Énfasis de la Sala)

La Sala observa, que tanto el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, como el párrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante las sentencias del 14 de febrero de 2007 y del 12 de abril de 2012¹¹, respectivamente, por lo siguiente:

¹¹ “...**DE LA NATURALEZA DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.**- Indudablemente 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 48¹¹ y 53¹¹ 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.

(...)

Como se dijo, la Ley 4a. de 1992 consagró un marco general para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional, entre otros de los servidores de la fuerza pública; el Gobierno, a su vez, en ejercicio de la facultad constitucional y legal dictó la norma acusada (Decreto 1091 de 1995) en donde se determinó el régimen de asignaciones y **prestaciones** del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, derogando así el régimen prestacional anterior.

Tal régimen anterior, se consagró en los **decretos leyes 1212 y 1213** del 8 de junio de 1990¹¹, por los cuales se reformaron los estatutos de personal de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

En el artículo 144 del citado decreto 1212 de 1990 se preveía:

“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 ...

(...)

Posteriormente, con la expedición de la Ley 180 de 1995, se modifica la estructura de la Policía Nacional, quedando integrada así: oficiales, **personal del nivel ejecutivo**, suboficiales, agentes, alumnos, personal del servicio militar obligatorio y demás personal no uniformado (art. 1º); asimismo, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por 90 días, para desarrollar, entre otras, la carrera profesional del nivel ejecutivo de la Institución Policial, a la cual podrían vincularse suboficiales, agentes, personal no uniformado y de incorporación directa (artículo 7º).

En esa misma ley, se advierte de manera categórica que 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.” (párrafo del artículo 7º) (se resalta).

“En tales casos, cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la ley marco, entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una cláusula de reserva legal.”

También adujo¹²:

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

Teniendo en cuenta lo anterior, las normas en comento se encontraban vigentes al momento del retiro del servicio del demandante, pero para ese momento no se trataba de situación jurídica consolidada. Adicionalmente, la Sentencia de 12 de abril de 2012, precisó: “...*al haber sido declarado inexecutable el Decreto Ley 2070 de 2003 y nulo el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que regulaba lo atinente al régimen pensional del nivel ejecutivo, quedaron vigentes tratándose de suboficiales, el Decreto Ley 1212 de 1990 y en tratándose de los agentes el Decreto Ley 1213 de 1990.*”, lo que se reitera en la Sentencia del 14 de julio de 2014¹³, del Consejo de Estado.

Las normas en comento (Decretos 1212 y 1213 de 1990) en sus artículos 140, 144, 100 y 104 respectivamente, consagran la asignación de retiro y las partidas computables tomando como unidad de medida los haberes en actividad; entonces, en esas condiciones, implicaría reconocer la asignación de retiro con fundamento en normas del régimen del escalafón policial y la base de liquidación al tenor de lo devengado en el nivel ejecutivo, lo que no resulta coherente con el principio de inescindibilidad de la norma.

(...)

En tales casos, cuando se trate de regular prestaciones sociales que pretendan cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, como en este caso la asignación de retiro, deberá tener en cuenta la **ley marco**, entre otros presupuestos, la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación (factores), régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación, puesto que - se repite - existe una **cláusula de reserva legal**.

(...)

Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido¹¹ sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título. Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.

Al desvirtuarse entonces, dentro de este proceso, la legalidad que amparaba la norma acusada - artículo 51 del Decreto 1091 de 1994 -, esta Sala procederá a retirarla del ordenamiento jurídico, por violar la Constitución Política y la Ley.

...” Referencia: 110010325000200400109 01. Sentencia del 14 de febrero de 2007 M.P. Alberto Arango Mantilla.

¹² Radicación: 110010325000200600016 00 M.P. Alfonso Vargas Rincón.

¹³ Radicación 11001-03-25-000-2013 00850-00 (1783-13)

Por otro lado, el querer del legislador ha sido que los miembros del nivel ejecutivo tengan un régimen salarial, prestacional y pensional propio¹⁴ y diferente al régimen de los miembros de la carrera de suboficiales y agentes; tanto es así, que después de la declaratoria de nulidad de las normas antes indicadas y ante el vacío que existía sobre la materia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1858 de 2012¹⁵, mediante el cual fija el régimen de transición y el pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, así:

“Artículo 1º. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo. Fíjase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 1º de enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de quince (15) años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional 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 3º del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.

Artículo 3º. Fijanse como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.

Artículo 4º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

Analizada la norma transcrita y la situación fáctica del demandante, observa la Sala, que la misma se encuentra amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 1º del Decreto 1858 de 2012, en concordancia con la Ley 923 de 2004;

¹⁴ El decreto-ley 132 de 1995, se reguló la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y dispuso: “...ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos: (...)

ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional. Publicado en el Diario Oficial 48545 de septiembre 6 de 2012.

¹⁵ Publicado en el Diario Oficial 48545 de septiembre 6 de 2012.

habida cuenta que ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo antes del 1º de enero de 2005, y se encontraba en actividad a la entrada en vigencia de la referida ley.

De la norma transcrita se advierte, que la reglamentación destinada a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional exige, para acceder a la asignación de retiro de quienes siendo suboficiales o agentes hubieren ingresado voluntariamente al nivel ejecutivo y sean retirados de la institución después de quince (15) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta **o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta.**

En el caso concreto, el demandante acumuló un total de 16 años, 2 meses y 16 días y fue retirado por destitución, vale decir, que en principio en esas condiciones, el artículo 1º del Decreto 1858 de 2012, para acceder a la asignación de retiro, exige 20 años de servicio; sin embargo, la Sala advierte, que esa exigencia es disonante con lo dispuesto en inciso 2º del numeral 3.1. del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, ley marco del régimen para los miembros de la fuerza pública, habida cuenta, que la ley marco exige 15 años de servicio, sin consideración a la causal de retiro.

En efecto, la Ley 923 de 2004, que fija 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, indicó:

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

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

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

(...)” (Énfasis de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anotado en precedencia y en la ley marco del régimen pensional para los miembros de la Fuerza Pública, norma ésta prevalente por su

rango y jerarquía, aplicable a ese personal, entre estos, al nivel ejecutivo; **prevé para quienes al 30 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004¹⁶, se encontraban en servicio activo, el derecho a acceder a la asignación con 15 años de servicios sin consideración a la causal de retiro.**

Entonces, la situación fáctica del demandante tiene vocación para acceder a la asignación de retiro, habida cuenta que para la entrada en vigencia de esa ley se encontraba activo y acumuló 16 años, 2 meses y 16 días de servicio, a partir del 27 de febrero de 2014, fecha de su desvinculación de la entidad.

Por lo expuesto, se procederá a **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda y accederá en la forma que se indicará en la parte resolutive.

No habrá lugar a condena en costas por no reunirse los presupuestos exigidos en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "B"**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

F A L L A:

REVOCAR la sentencia proferida en el curso de la audiencia inicial celebrada el quince (15) de agosto de dos mil diecisiete (2017), por el Juzgado Cuarenta y Ocho (48) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. - Sección Segunda, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

PRIMERO.- Declarar la **NULIDAD** del Oficio N° 11098 / GAG SDP del 31 de mayo de 2016 que resolvió no acceder a la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía (CASUR) a reconocer al señor Osbaldo Úsuga Tuberquía identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 8.419.256, una asignación de retiro de conformidad con los hechos expuestos y probados en el asunto de

¹⁶ ARTÍCULO 7o. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias (Publicada en el Diario Oficial 45777 de diciembre 30 de 2004. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15587>

marras y en los términos establecidos por el Decreto 1858 de 2012, esto es, una asignación de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3º *ibídem*¹⁷, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años, partiendo del hecho que el demandante prestó 16 años, 2 meses y 16 días de servicio, siendo retirado a partir del 27 de febrero de 2014 por destitución; siendo efectiva la asignación a partir del 28 de febrero de 2014 en la medida que no operó el fenómeno de la prescripción, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Con fundamento en el inciso 4º del artículo 187 de la Ley 1437 de 2012, las sumas que resulten por la diferencia deberán indexarse conforme a la siguiente fórmula:

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

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 ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

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

Por otro lado, en caso de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, el ente de previsión deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes; pues esa omisión no puede afectar la prestación del demandante¹⁸.

TERCERO.- Sin condena en costas en esta instancia.

¹⁷ **Artículo 3º.** Fíjense como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

¹⁸ Expediente 1713-01 sentencia del 5 de marzo de 2004.M.p. Nicolás Pájaro Peñaranda

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría de la Subsección, procédase a **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones y constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-
Aprobada según consta en Acta de la fecha.

ALBERTO ESPINOSA BOLAÑOS
Magistrado

LUIS GILBERTO ORTEGÓN ORTEGÓN
Magistrado

JOSÉ RODRIGO ROMERO ROMERO
Magistrado