

ASIGNACION DE RETIRO EN LA POLICIA NACIONAL - Regulación legal

El Decreto Ley No. 1212 del 8 de junio de 1990, que regía para la época en que el actor se desempeñó como suboficial de la Policía Nacional regulaba la ASIGNACIÓN DE RETIRO así: "... Art. 144 ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los OFICIALES Y SUBOFICIALES de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad 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." Se observa que el Decreto Ley 1212 de 1990, fue "derogado parcialmente" por el Decreto 41 de 10 de enero de 1994, salvo en disposiciones que señaló expresamente, dentro de las cuales subsistió el art. 144. Posteriormente, el Decreto No. 1791 del 14 de septiembre de 2000, proferido con facultades extraordinarias de la Ley 578 de 2000, - en su artículo 95 - DEROGÓ el Decreto 41 de 1994 con excepción de su artículo 115 relacionado con los títulos y artículos que cita y que concretamente dispone que "... deroga el Decreto - ley 1212 de 1990 con excepción de los Títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás disposiciones que le sean contrarias." (que comprende el art. 144 que regula la ASIGNACION DE RETIRO, del personal de oficiales y suboficiales que sean retirados del servicio activo después de 15 años de servicios, en las condiciones que allí describe). Así, la reglamentación de la asignación de retiro (del artículo 144 del Decreto Ley 1212 de 1990) tuvo una vigencia prolongada. Posteriormente se profirió el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en el que se aumentó el tiempo de servicio necesario para la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional. En el caso sub lite, es claro que para la época en que el Señor Nimer García Ordóñez fue separado en forma absoluta del servicio mediante la Resolución 01494 de 21 de julio de 2003, se encontraba aún vigente el Título VI - de las prestaciones sociales del Decreto 1212 de 1990, pues aún no se había expedido el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, que aumento el tiempo en servicio necesario para acceder al servicio de 15 a 18 años.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1212 DE 1990 / DECRETO 1791 DE 2000 / DECRETO 4433 DE 2004

ASIGNACION DE RETIRO - Se asimila a las pensiones de vejez o invalidez / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida y la dignidad

Como es sabido la asignación de retiro, según el criterio sostenido por la Corte Constitucional, se asimila a la pensión de vejez o invalidez. Si bien es cierto el derecho a la Seguridad Social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental, también lo es que este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento

tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física o moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad. Ahora bien, de conformidad con la Constitución Política de 1991, la Seguridad Social es un servicio público irrenunciable al que deben tener acceso todas las personas, en tanto busca hacer efectivas condiciones de justicia social, mediante el cubrimiento de contingencias derivadas de la vejez, la invalidez, la enfermedad o la muerte. Por su parte la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el derecho a la seguridad social ostenta un carácter fundamental, como quiera que desde sus diferentes dimensiones, se relaciona directa y estrechamente con la vida y la dignidad de la persona. Así lo determinó por ejemplo, en Sentencia T-968 de 2006. Así, las pensiones de vejez e invalidez buscan garantizar que al llegar a determinada edad o sufrir un menoscabo de sus facultades mentales o físicas que afectan su capacidad para trabajar, el individuo pueda tener acceso a un ingreso que le permita cubrir sus necesidades básicas mientras se retira a descansar o a recuperarse. Entonces, la importancia del reconocimiento de derechos pensionales radica no sólo en la inescindible relación existente entre la mesada pensional y el mínimo vital de aquellas personas que al solicitar el reconocimiento de dicha prestación han terminado sus vinculaciones laborales y requieren un ingreso fijo para su sostenimiento, sino también en el derecho que tiene el trabajador de retirarse a descansar con la seguridad de que podrá continuar percibiendo una suma de dinero que se ajuste a lo que ha estado cotizando durante toda su vida laboral y que le permita mantener su nivel de vida en condiciones congruas.

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia, Corte Constitucional, Exp. T-968 de 2006.

SEPARACION ABSOLUTA DEL SERVICIO ACTIVO - Reconocimiento de asignación de retiro en la policía nacional por sentencia condenatoria / POLICIA NACIONAL - La condena penal implica el retiro de forma absoluta del servicio activo / SENTENCIA CONDENATORIA - Procedencia de retiro absoluto del servicio activo / SEPARACION ABSOLUTA DEL SERVICIO ACTIVO - La condena impuesta no excluye la posibilidad de acceder al reconocimiento de la asignación de retiro

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Penal de Popayán, mediante sentencia de 24 de mayo de 2001, debidamente ejecutoriada, modificó la providencia del 11 de diciembre de 2000, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Popayán, en el sentido de condenar a los referidos uniformados a las penas principales de cincuenta y seis (56) meses de prisión, pérdida del empleo e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual, como coautores materiales y responsables de los delitos de violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y falso testimonio, revocando el subrogado penal de la condena condicional que les fuera concedido. Y en efecto, según lo establecido en los artículos 50 y 66 del Decreto 1791 de 2000, el personal que resulte condenado por la Justicia Penal Militar o la Ordinaria, a la pena principal de prisión o arresto por la comisión de delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la Institución y los haberes retenidos pasaran a formar parte de los recursos propios de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1986 - ARTICULO 39 / DECRETO 1791 DE 2000 ARTICULO – 50 / DECRETO 1791 DE 2000 - ARTICULO 66

ASIGNACION DE RETIRO - No puede desconocerse por condena penal sin relación con ese reconocimiento prestacional / SANCION DE PERDIDA DE ASIGNACION DE RETIRO - Norma en blanco. Hipótesis

En el sub lite el problema jurídico radica en la decisión de la demandada de negar el reconocimiento de la asignación de retiro solicitada por el señor Nimer García Rodríguez bajo el argumento de que la causal de separación absoluta del servicio no se encuentra dentro de las enlistadas en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990. En el caso sub lite el actor fue condenado, como coautor material y responsable de los delitos de violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y falso testimonio, a la pena principal de cincuenta y seis (56) meses de prisión, pérdida del empleo e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual, más no a la pérdida de los derechos prestacionales a los que tuviera derecho con ocasión de la prestación del servicio en la Policía Nacional. De la lectura de las normas anteriormente relacionadas, es claro que el funcionario judicial es el encargado de determinar las medidas necesarias para obtener el restablecimiento del derecho que se origina con ocasión de la comisión de los delitos. Entonces, si es el juez natural el llamado a imponer una sanción, mal puede un funcionario administrativo extralimitar esa facultad y hacer más gravosa la condena impuesta incluyendo una pena que no fue prevista taxativamente por el juzgador. Así las cosas, si bien excepcionalmente se ha contemplado por la jurisprudencia la posibilidad de perder el reconocimiento de la pensión cuando su reconocimiento tuvo origen en la comisión de ciertas conductas delictivas, el caso objeto de estudio no es uno de esos eventos, pues los delitos por los que fue condenado el actor, no tuvieron relación con el hecho de que se solicitara el reconocimiento de la asignación de retiro, ni llevaron al juez a que además de la sanción impuesta adicionalmente fueran condenados a perder las prestaciones sociales que se originaron con ocasión de la prestación del servicio. Ahora bien, respecto del argumento de la demandada para negar la prestación reclamada, debe precisarse que si bien el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, no señala expresamente la posibilidad de obtener asignación de retiro para aquellos funcionarios que hayan sido retirados del cargo bajo la causal de separación absoluta del servicio activo, sí indica la eventualidad de obtener dicha prestación para aquellos empleados que han sido retirados del servicio después de 15 años, bajo 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 devenir en una sanción bien sea de carácter penal, fiscal, o disciplinario y que al ser llevadas al caso concreto evidencian que la separación del servicio se realizó con fundamento en la existencia de una mala conducta y que en nada excluyen al peticionario para que luego de verificado el cumplimiento de los requisitos legales, le reconozcan la asignación de retiro que solicita. Aunado a lo anterior, el artículo 175 del Decreto 1212 de 1990 establece que quien es separado del cargo tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones que se originaron con ocasión de la prestación del servicio, que como en el presente caso, el actor laboró al servicio de la Institución por un periodo superior a 16 años, tiene derecho a que se le reconozca la asignación de retiro que solicita, pues ésta es una de aquellas prestaciones de las que trata el artículo en mención. Finalmente, es del caso precisar que verificado el acervo probatorio obrante en el expediente para la época en que fue separado en forma absoluta del servicio activo, el actor ya contaba con un tiempo superior a los 15 años de servicio exigidos por el artículo 144 de Decreto 1212 de 1990, para acceder a la asignación de retiro y como los delitos por los que fue condenado a saber: falso testimonio y los señalados en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, no excluían la posibilidad de acceder al reconocimiento

de la asignación de retiro solicitado, es claro que la demandada previa la verificación de los requisitos pertinentes debía acceder a la solicitud elevada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1212 DE 1990 - ARTICULO 144 / DECRETO 1212 DE 1990 - ARTICULO 175 / DECRETO 1791 DE 2000 - ARTICULO 66 / LEY 30 DE 1986 - ARTICULO 39

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010).

Radicación número: 19001-23-31-000-2004-00666-01(0910-09)

Actor: NIMER GARCIA RODRIGUEZ

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 17 de marzo de 2009, por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el proceso promovido por el señor NIMER GARCÍA RODRÍGUEZ contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL.

2. PRETENSIONES

1.- El Sargento Segundo ® señor Nimer García Rodríguez, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio distinguido con el número 17984 - GRUSO - UNDIN - RAD - 16712 de 4 de diciembre de 2003, proferido por la Policía Nacional – Secretaría General – Grupo de Prestaciones Sociales, mediante el cual se negó el reconocimiento de la asignación de retiro solicitado.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho pidió se ordene a la Policía Nacional - Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, hacer el reconocimiento de la asignación de retiro desde la fecha de la Resolución N°. 01494 de 21 de julio de 2003, por la cual fue separado en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, en los términos proporcionales que contempla el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que fundamentan las pretensiones del actor, se pueden resumir de la siguiente manera:

El Sargento Segundo ® Nimer García Rodríguez prestó sus servicios como Suboficial de la Policía Nacional hasta el 21 de julio de 2003, fecha a partir de la cual mediante la Resolución 01494 fue separado en forma absoluta del servicio activo de conformidad con los artículos 50 y 66 del Decreto 1791 de 2000.

Que el 9 de octubre de 2003, solicitó al Director General de la Policía Nacional el reconocimiento de la asignación de retiro, como quiera que había prestado sus servicios a la Institución por un periodo de 16 años, 6 meses y 26 días, es decir por un periodo superior al requerido en el artículo 144 del Decreto 1212 del 8 de junio de 1990, vigente a la fecha de su retiro.

Que mediante el Oficio N°. 17984 de 4 de diciembre de 2003, acto acusado tal solicitud le fue negada, toda vez que la causal de separación absoluta

del servicio no se encontraba contemplada en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, Estatuto para el Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, el cual señala las causales de retiro para acceder a este beneficio.

Que en su parecer, la decisión tomada en su caso es contraria a la señalada para el Agente Juan José Báez Otalora, pues a éste a pesar de haber sido retirado del servicio por los mismos hechos y en la misma resolución, sí se le reconoció asignación de retiro.

3. NORMAS VIOLADAS

Como normas transgredidas citó las siguientes:

Artículos 2º, 25, 29 y 90 de la Constitución Política y 144 y 175 del Decreto 1212 de 1990.

Como concepto de violación la parte actora señaló que no existe una norma que le permita a la Policía Nacional negar el reconocimiento de la asignación de retiro a un suboficial u oficial que haya sido separado de forma absoluta del servicio.

Afirmó que las normas transcritas en el acápite de hechos establecen que quien es retirado en forma absoluta del servicio no puede volver a pertenecer a la Institución y pierde los tres meses de alta para la formación del respectivo expediente para las prestaciones; pero no prohíben el reconocimiento de la asignación de retiro a quien es retirado del servicio.

Señaló que si bien la expresión separación absoluta no se encuentra en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, para el reconocimiento de la asignación de retiro, si se encuentra su homologo "mala conducta"; termino que comprende la conducta del oficial que es retirado del servicio bajo la figura de la separación absoluta, razón por la cual considera que debe accederse al reconocimiento de la asignación de retiro que solicita.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada contestó oportunamente el libelo oponiéndose a las pretensiones de la misma. Señaló que el retiro del señor García Rodríguez se hizo con fundamento en lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto 1791 de 2000; que para su caso, la norma aplicable en cuanto a la asignación de retiro era el Decreto 1212 de 1990.

5. EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del acto acusado y en su lugar a título de restablecimiento del derecho ordenó a la Policía Nacional – Caja de Sueldos de Retiro, hacer el reconocimiento y pago de la asignación de retiro solicitada desde el momento de su separación absoluta, 21 de julio de 2003, de conformidad con los artículos 144 y 175 del Decreto 1212 de 1990.

Señaló que el personal que es retirado por separación absoluta del servicio activo no puede volver a pertenecer a la Policía Nacional y pierde el derecho a ser dado de alta por tres meses para la formación del expediente de prestaciones.

Afirmó que con fundamento en lo anterior, es claro que este funcionario conserva su derecho a que se le reconozcan las prestaciones sociales a que haya lugar por razón del servicio, acreencias reguladas en el Título VI, artículos 131 a 180 del Decreto 1212 de 1990, entre las que se encuentra la asignación de retiro, prevista en el artículo 144, a la que se accede al haber estado en servicio activo durante 15 años.

Precisó que la interpretación de las normas que hizo la entidad demandada es errada, pues si bien el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 no incluye la causal de separación absoluta para ser acreedor a la asignación de retiro, lo cierto es que quien así es separado tiene derecho a las prestaciones por razón del servicio, según el artículo 175.

De otra parte, señaló que en el presente caso el actor cumple con los requisitos exigidos por el Decreto 1212 de 1990, para acceder a la asignación de retiro, por lo que la entidad demandada no tuvo razón al negar su reconocimiento, más aún cuando la causa por la cual fue separado en forma absoluta del servicio activo, es decir, la condena impuesta por los delitos de violación al artículo 39 de la ley 30 de 1986 y el falso testimonio, no excluyen el reconocimiento de las prestaciones sociales que se originaron con ocasión de la prestación del servicio.

6. DE LA APELACION

La parte demandada apela oportunamente la providencia del a quo y solicita su revocatoria. Señala que solo es posible el reconocimiento de asignación de retiro cuando el oficial o suboficial lleva más de 20 años de servicio, ya que en estos eventos tal como se estableció al analizar la segunda parte del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, hay derecho al reconocimiento de la asignación de retiro sin importar la causal por la cual el uniformado fue retirado del servicio.

Precisa que cuando la persona lleva más de 15 años de servicio, y obviamente menos de 20, no es posible que se le reconozca asignación de retiro, por cuanto no se debe olvidar que el artículo 145 garantiza los derechos prestacionales a que haya lugar en cada caso en razón del servicio, es decir, establece un límite a estos derechos, pues no permite el reconocimiento de la asignación de retiro, para todos los casos.

Afirma que los oficiales y suboficiales, que tengan más de 15 años de servicio y obviamente menos de 20, cuando sean retirados por la causal de separación absoluta, no tienen derecho a la asignación de retiro, porque si bien se cumple con el requisito de tiempo, no se cumple con la causal de retiro.

Sostiene que el derecho a la asignación de retiro por regla general solo lo adquiere, en vigencia del Decreto 1212 de 1990, quien cumpla 20 años de servicio en la Institución. No obstante lo anterior, y como una excepción a la regla, el ejecutivo quiso en su momento premiar con el reconocimiento de la asignación de retiro a los oficiales y suboficiales que la Institución veía en la necesidad de retirar por causas del servicio (llamamiento a calificar servicios) o personales

(disminución de la capacidad sicofísica), sin cumplir con los 20 años de servicio, en cuyo caso si tendrían por línea directa el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

En el presente caso se solicitó la nulidad del Oficio 17984-GRUSO – UNDIN-RAD 16715 de 4 de diciembre de 2003, proferido por la Policía Nacional – Secretaria General Grupo de Prestaciones Sociales, que negó el reconocimiento de la asignación de retiro solicitada por el señor Nimer García Rodríguez como quiera que la causal de separación absoluta del servicio no se encuentra enlistada dentro de las contempladas en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, Estatuto para el Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

Para llegar a una decisión respecto del problema objeto de estudio se realizara el siguiente análisis:

Se encuentra probado en el expediente que el señor Nimer García Rodríguez, ingresó a la Policía Nacional el 21 de abril de 1985 y fue retirado del servicio con fundamento en los artículos 50 y 66 del Decreto 1791 de 2000, mediante la Resolución 1494 de 2003, con el grado de Sargento Segundo. Es decir, laboró durante 16 años, 6 meses y 26 días al servicio de la Institución. (ver folio 7 del expediente)

Que mediante el acto anteriormente mencionado (ver folios 3 a 6 del expediente) y por los mismos hechos, también fue retirado del servicio el Agente Juan José Baéz Ojalora a quien mediante la Resolución 006820 de 12 de

diciembre de 2003, le fue reconocida asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 62%. (ver folios 9 y 10)

Se observa a folio 2 del expediente, el **Oficio N° 17984 /GRUSO-UNDIN RAD 16712 del 4 de diciembre de 2003**, acto acusado, mediante el cual se informa lo siguiente:

*“... no es procedente atender su requerimiento favorablemente por cuanto **la causal de retiro del policial SEPARACIÓN ABSOLUTA, no se encuentra contemplada en el artículo 144 del Decreto 1212/90, Estatuto para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, el cual habla de las causales de retiro para acceder a este beneficio.***

El artículo 175 del mismo decreto, nos habla sobre el reconocimiento de las prestaciones este se refiere a las cesantías definitivas, vacaciones, indemnizaciones, pero no hace referencia a la asignación de retiro.”

RÉGIMEN JURÍDICO DE PERSONAL Y DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO EN LA POLICÍA NACIONAL.

El **Decreto Ley No. 1212 del 8 de junio de 1990**, que regía para la época en que el actor se desempeñó como suboficial de la Policía Nacional regulaba la **ASIGNACIÓN DE RETIRO** así:

“Titulo VI - De las prestaciones sociales (Arts. 131 ss.)

“Capítulo II - De las prestaciones por retiro. (Arts. 140 ss.)

Art. 144 ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los **OFICIALES Y SUBOFICIALES** de la Policía Nacional que **sean retirados del servicio activo después de quince (15) años**, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicológica, 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.

Se observa que el Decreto Ley 1212 de 1990, fue “derogado parcialmente” por el **Decreto 41 de 10 de enero de 1994**, salvo en disposiciones que señaló expresamente, dentro de las cuales subsistió el art. 144 (asignación de retiro, precitado).

Posteriormente, el **Decreto No. 1791 del 14 de septiembre de 2000**, proferido con facultades extraordinarias de la Ley 578 de 2000, - **en su artículo 95 - DEROGÓ el Decreto 41 de 1994 con excepción de su artículo 115** relacionado con los títulos y artículos que cita y que concretamente dispone que “... **deroga el Decreto - ley 1212 de 1990 con excepción de los Títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás disposiciones que le sean contrarias.**” (que comprende el art. 144 que **regula la ASIGNACION DE RETIRO**, del personal de oficiales y suboficiales que sean retirados del servicio activo después de 15 años de servicios, en las condiciones que allí describe)

Así, la reglamentación de la asignación de retiro (del artículo 144 del Decreto Ley 1212 de 1990) tuvo una vigencia prolongada.

Posteriormente se profirió el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en el que se aumentó el tiempo de servicio necesario para la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional.

En el caso sub lite, es claro que para la época en que el Señor Nimer García Ordóñez fue separado en forma absoluta del servicio mediante la Resolución 01494 de 21 de julio de 2003, se encontraba aún vigente el Título VI - de las prestaciones sociales del Decreto 1212 de 1990, pues aún no se había expedido el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, que aumento el tiempo en servicio necesario para acceder al servicio de 15 a 18 años.

Establecido lo anterior, deben realizarse las siguientes precisiones:

El artículo 66 del Decreto 1791 de 2000, señala:

“CAPITULO VI: DE LA SUSPENSIÓN, RETIRO, SEPARACIÓN Y REINCORPORACIÓN.

Artículo 66. SEPARACIÓN ABSOLUTA. *El personal que sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de Prisión o arresto, por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, por delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma”*

Por su parte los artículos 144, 145 y 175 del Decreto 1212 de 1990, disponen:

“Artículo 144. ASIGNACIÓN DE RETIRO. *Durante la vigencia del presente estatuto, los oficiales y los 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, 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 (50%) del monto de los 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. (negrillas de la Sala)*

Parágrafo 1°. La asignación de retiro de los oficiales y suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más de servicio, será equivalente ala noventa y cinco (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este decreto. Parágrafo 2°. Los oficiales y suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con 30 o más años de servicio, continuaran percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

Artículo 145. TRES (3) MESES DE ALTA. *Los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional que pasen a la situación de retiro temporal o absoluto y tengan derecho a la asignación de retiro o pensión, continuaran dados de alta en la respectiva pagaduría por tres (3) meses a partir de la fecha en que se causen la novedad de retiro, para la formación del expediente de prestaciones sociales.*

Durante dicho lapso y salvo lo dispuesto en el artículo 175 de este decreto continuaran recibiendo la totalidad de los haberes devengados en actividad correspondientes a su grado. El lapso de los tres (3) meses de alta se considerará como de servicio activo, únicamente para efectos de prestaciones sociales.

...

Artículo 175. SEPARACIÓN ABSOLUTA. *El oficial o suboficial de la Policía Nacional que sea **separado del servicio en forma absoluta durante la vigencia del presente decreto, tendrá derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar por razón del servicio, pero no tendrá derecho a ser dado de alta por tres (3) meses para la formación del respectivo expediente de prestaciones.*** (negrillas de la Sala)

Para esta Corporación es evidente que el a quo tuvo razón al considerar que la aplicación de las normas que hizo la entidad en el oficio 17984 – GRUSO- UNIND – RAD 16712 del 4 de diciembre de 2003, al negar el reconocimiento de la asignación de retiro, estuvo errada, por las siguientes razones:

Como es sabido la asignación de retiro, según el criterio sostenido por la Corte Constitucional, se asimila a la pensión de vejez o invalidez.

Si bien es cierto el derecho a la Seguridad Social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental, también lo es que este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física o moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad.

Ahora bien, de conformidad con la Constitución Política de 1991, la Seguridad Social es un servicio público irrenunciable al que deben tener acceso todas las personas, en tanto busca hacer efectivas condiciones de justicia social, mediante el cubrimiento de contingencias derivadas de la vejez, la invalidez, la enfermedad o la muerte.

Por su parte la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que el derecho a la seguridad social ostenta un carácter fundamental, como quiera que

desde sus diferentes dimensiones, se relaciona directa y estrechamente con la vida y la dignidad de la persona. Así por ejemplo, en Sentencia T-968 de 2006 precisó lo siguiente:

“La protección al derecho a la seguridad social en pensiones no sólo encuentra sustento superior en la protección que el Estado debe brindar a quienes se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, obvia y natural para las personas de la tercera edad quienes resultan más vulnerables (artículos 13 y 46 de la Constitución), sino también en la protección especial que el Estado está obligado a otorgar al trabajo en todas sus modalidades, puesto que, como lo advirtió la Corte Constitucional, “se impone que el fruto del trabajo continuado durante largos años sea la base para disfrutar el descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de la producción laboral es evidente”¹

Así, las pensiones de vejez e invalidez buscan garantizar que al llegar a determinada edad o sufrir un menoscabo de sus facultades mentales o físicas que afectan su capacidad para trabajar, el individuo pueda tener acceso a un ingreso que le permita cubrir sus necesidades básicas mientras se retira a descansar o a recuperarse.

Entonces, la importancia del reconocimiento de derechos pensionales radica no sólo en la inescindible relación existente entre la mesada pensional y el mínimo vital de aquellas personas que al solicitar el reconocimiento de dicha prestación han terminado sus vinculaciones laborales y requieren un ingreso fijo para su sostenimiento, sino también en el derecho que tiene el trabajador de retirarse a descansar con la seguridad de que podrá continuar percibiendo una suma de dinero que se ajuste a lo que ha estado cotizando durante toda su vida laboral y que le permita mantener su nivel de vida en condiciones congruas.

Ahora bien, de los antecedentes aportados al proceso se tiene lo siguiente:

Mediante la Resolución 01525 del 26 de abril de 1999, fueron suspendidos en el ejercicio de funciones y atribuciones el Sargento Segundo Nimer García Rodríguez y el Agente Juan José Baez Otalora, con efectos fiscales

¹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

a partir del 19 de febrero de 1999, sin derecho a percibir remuneración alguna, teniendo en cuenta que la Subunidad Especial de la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Popayán (Cauca), profirió en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva, sindicados de los delitos de falso testimonio, cohecho propio, violación a la Ley 30 de 1986 y falsedad ideológica en documento público.

Que posteriormente, el Juzgado Penal del Circuito de Especializado de Popayán, mediante sentencia del 11 de diciembre de 2000, los condenó a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión, concediéndoles el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, la cual se encontraba surtiendo el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Popayán.

Por su parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Penal de Popayán, mediante sentencia de 24 de mayo de 2001, debidamente ejecutoriada, modificó la providencia del 11 de diciembre de 2000, proferida por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Popayán, en el sentido de condenar a los referidos uniformados a las penas principales de cincuenta y seis (56) meses de prisión, pérdida del empleo e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual, como coautores materiales y responsables de los delitos de violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y falso testimonio, revocando el subrogado penal de la condena condicional que les fuera concedido.

Y en efecto, según lo establecido en los artículos 50 y 66 del Decreto 1791 de 2000, el personal que resulte condenado por la Justicia Penal Militar o la Ordinaria, a la pena principal de prisión o arresto por la comisión de delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la Institución y los haberes retenidos pasaran a formar parte de los recursos propios de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Que con ocasión de lo anterior, fue proferida la Resolución N° 01494 del 21 de julio de 2003, por la que el Director General de la Policía Nacional separó en forma absoluta del servicio activo al Sargento Segundo Nimer García Rodríguez y el Agente Juan José Baez Otalora de la Policía Nacional (ver folios 3 a 6 del expediente).

En el sub lite el problema jurídico radica en la decisión de la demandada de negar el reconocimiento de la asignación de retiro solicitada por el señor Nimer García Rodríguez bajo el argumento de que la causal de separación absoluta del servicio no se encuentra dentro de las enlistadas en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

Al respecto esta Corporación realizara las siguientes precisiones:

Sabido es que la jurisdicción penal contiene el conjunto de normas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando el delito como presupuesto y la pena como su consecuencia jurídica.

En el caso sub lite el actor fue condenado, como coautor material y responsable de los delitos de violación al artículo 39 de la Ley 30 de 1986 y falso testimonio, a la pena principal de cincuenta y seis (56) meses de prisión, pérdida del empleo e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual, más no a la pérdida de los derechos prestacionales a los que tuviera derecho con ocasión de la prestación del servicio en la Policía Nacional.

De conformidad con el artículo 21 de la Ley 600 de 2000, Código Penal de la época, es el funcionario judicial quien debe adoptar las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible, las cosas vuelvan al estado anterior y se indemnicen los perjuicios causados por la conducta punible.

A su vez, el numeral 3° del artículo 114 ibídem, señala que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar.

De la lectura de las normas anteriormente relacionadas, es claro que el funcionario judicial es el encargado de determinar las medidas necesarias para obtener el restablecimiento del derecho que se origino con ocasión de la comisión de los delitos.

Entonces, si es el juez natural el llamado a imponer una sanción, mal puede un funcionario administrativo extralimitar esa facultad y hacer más gravosa la condena impuesta incluyendo una pena que no fue prevista taxativamente por el juzgador.

Así las cosas, si bien excepcionalmente se ha contemplado por la jurisprudencia la posibilidad de perder el reconocimiento de la pensión cuando su reconocimiento tuvo origen en la comisión de ciertas conductas delictivas, el caso objeto de estudio no es uno de esos eventos, pues los delitos por los que fue condenado el actor, no tuvieron relación con el hecho de que se solicitara el reconocimiento de la asignación de retiro, ni llevaron al juez a que además de la sanción impuesta adicionalmente fueran condenados a perder las prestaciones sociales que se originaron con ocasión de la prestación del servicio.

Ahora bien, respecto del argumento de la demandada para negar la prestación reclamada, debe precisarse que si bien el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, no señala expresamente la posibilidad de obtener asignación de retiro para aquellos funcionarios que hayan sido retirados del cargo bajo la causal de separación absoluta del servicio activo, sí indica la eventualidad de obtener dicha prestación para aquellos empleados que han sido retirados del servicio después de 15 años, bajo 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 devenir en una sanción bien sea de carácter penal, fiscal, o disciplinario y que al ser llevadas al caso concreto evidencian que la separación del servicio se realizó con fundamento en la existencia de una mala conducta y que en nada excluyen al peticionario para que luego de verificado el cumplimiento de los requisitos legales, le reconozcan la asignación de retiro que solicita.

Aunado a lo anterior, el artículo 175 del Decreto 1212 de 1990 establece que quien es separado del cargo tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones que se originaron con ocasión de la prestación del servicio, que como en el presente caso, el actor laboró al servicio de la Institución por un periodo superior a 16 años, tiene derecho a que se le reconozca la asignación de retiro que solicita, pues ésta es una de aquellas prestaciones de las que trata el artículo en mención.

Y si bien el artículo 66 del decreto 1791 de 2000, dispone que el personal que es retirado por separación absoluta del servicio activo no puede volver a pertenecer a la Policía Nacional y pierde el derecho a ser dado de alta por tres meses para la formación del expediente de prestaciones, no pierde con ello la posibilidad que tiene de que le sean reconocidas las prestaciones sociales que se generaron con ocasión a la prestación de su servicio, a saber las reguladas en el Título VI, artículos 131 a 180 del Decreto 1212 de 1990, entre las que se encuentra la asignación de retiro, prevista en el artículo 144 ibídem.

Finalmente, es del caso precisar que verificado el acerbo probatorio obrante en el expediente (ver folio 7) para la época en que fue separado en forma absoluta del servicio activo, el actor ya contaba con un tiempo superior a los 15 años de servicio exigidos por el artículo 144 de Decreto 1212 de 1990, para acceder a la asignación de retiro y como los delitos por los que fue condenado a saber: falso testimonio y los señalados en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, no excluían la posibilidad de acceder al reconocimiento de la asignación de retiro solicitado, es claro que la demandada previa la verificación de los requisitos pertinentes debía acceder a la solicitud elevada.

En estas condiciones la providencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 17 de marzo de 2009, por el Tribunal Administrativo del Cauca que accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por el señor Nimer García Rodríguez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PÚBLIQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
RINCÓN**

ALFONSO VARGAS

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO