



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02685-01

Accionante: JOSÉ RODRIGO ALARCÓN PACHÓN.

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "F" Y OTRO

Acción de tutela – Fallo de segunda instancia

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia de 1º de marzo de 2018, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor José Rodrigo Alarcón Pachón a través de apoderado judicial.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

El señor José Rodrigo Alarcón, por conducto de apoderado, ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F" y el Juzgado 49 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, autoridades judiciales que conocieron en primera y segunda instancia del medio de nulidad y restablecimiento radicado con el número 11001334204920160000601.

Lo anterior, con el fin de reclamar el amparo de sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y al trabajo, los cuales consideró transgredidos con ocasión de las sentencias de 3 de octubre de 2016 y 18 de agosto de 2017, proferidas por el Juzgado 49 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", respectivamente, por medio de las cuales se negaron las pretensiones de la demanda en sede del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.



2. Hechos

La solicitud de tutela se sustentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

1. El señor José Rodrigo Alarcón Pachón adujo que estuvo vinculado a la Policía Nacional desde que ingresó a prestar el servicio militar obligatorio, entre los años 1999 y 2000. En el año 2001 fue nombrado como alumno en el nivel ejecutivo, y en el año 2002 fue “*dado de alta como Patrullero del Nivel Ejecutivo*”.(sic)
2. El 14 de octubre de 2015, fue “*destituido*” por el Director General de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 04201.
3. Solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – en adelante CASUR –, el reconocimiento de la asignación de retiro a través de escrito de fecha 20 de octubre de 2015, identificado con número de radicado 2015046036, la cual fue negada mediante Resolución No. 22284-GAG-SDP de 1º de diciembre de 2015.
4. Inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra CASUR, a fin de que se declarara el reconocimiento de la asignación de retiro que considera tiene derecho, tras haber acumulado 15 años, 9 meses y 23 días de servicio.
5. El Juzgado 49 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá en sentencia de 3 de octubre de 2016, negó las pretensiones de la demanda al considerar que su incorporación al nivel ejecutivo de la Policía Nacional no fue por homologación, sino por vinculación directa desde el 12 de marzo de 2002 hasta el 14 de octubre de 2015, fecha en que fue destituido, en ese orden, la normatividad aplicable en su caso, es el Decreto 1858 de 2012, el cual establece como requisito 25 años de servicio para los casos de retiro por destitución.
6. Del recurso de apelación conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “ F”, autoridad que confirmó la decisión de primera instancia en sentencia del 18 de agosto de 2017, al concluir que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, por medio del cual se le negó el reconocimiento de la asignación de retiro, puesto que el demandante no cumplía con el requisito de tiempo de servicios previsto en el Decreto 1858 de 2012.



3. Fundamentos de la solicitud

Defecto Sustantivo

Si bien, el accionante adujo la configuración de un defecto fáctico, lo cierto es que los argumentos expuestos en el escrito consisten en la indebida aplicación de la norma, que es una de las modalidades del defecto sustantivo, conforme a lo que se cita a continuación:

*“...en el presente caso se configuró por parte de los accionados, un ostensible desconocimiento del debido proceso por la presencia de un defecto fáctico, para lo cual se hace necesario señalar que el parágrafo del artículo (sic) del Decreto 4433 de 2004, en que se ampara la demandada para negar el derecho al actor, fue declarada su **NULIDAD** por el consejo (sic) de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Seccional (sic) Segunda (...)”*

De lo anterior se extrae, que, a juicio del actor, las autoridades judiciales accionadas al negar las pretensiones de la demanda, vulneraron sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la igualdad, a la seguridad social y al trabajo. Lo anterior, por cuanto determinaron los requisitos de la asignación de retiro con fundamento en el artículo 51 del Decreto 1094 de 1995 y en el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, sobre los cuales, según el accionante, en el momento de su retiro, pesaba una medida cautelar de suspensión provisional dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

4. Petición de amparo constitucional

A título de amparo se formuló la siguiente pretensión:

“...Tutelar (sic) el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, al debido proceso, igualdad, a la seguridad social y al trabajo, y ordenar se deje sin efectos la sentencia del Juzgado Cuarenta y Nueve Administrativo de Oralidad de Bogotá y Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección “F”, (...) dentro del proceso No. 2016-00006-01, de fecha 18 de Agosto (sic) de 2017 y en consecuencia ordenar que en un término no mayor a 48 Horas (sic) sea proferida (sic) nuevo auto en donde se protejan los derechos del accionantes (sic), valorándose las pruebas arrimadas en forma efectiva y teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se han venido expresando en diversas providencias del órgano de cierre y de la Corte Constitucional, accediéndose a las pretensiones de la demanda.”



5. Trámite de la acción de tutela

La Consejera Ponente de la Sección Cuarta, con auto de 11 de octubre de 2017¹ admitió la acción de tutela y ordenó su notificación a: i) a los magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”; ii) al Juzgado 49 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá; y iii) a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR – en su calidad de tercero interesado en el resultado del proceso.

Igualmente se notificó al señor José Rodrigo Alarcón Pachón².

Se requirió a la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Juzgado 49 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, para que enviara en calidad de préstamo el expediente No. 110013342049201600006-01, y se suspendieron los términos de la acción de amparo hasta tanto fuese allegado el mismo.

6. Contestaciones

Dentro del término concedido para el efecto, se presentaron las siguientes manifestaciones:

6.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”

Como primera medida, el Tribunal accionado insistió en que el actor no cumplía con el requisito de tiempo de servicio de 25 años, previsto en las normas de carácter especial que regulaban su carrera como profesional del nivel ejecutivo, teniendo en cuenta que fue retirado con ocasión de la destitución.

Adicionalmente, adujo que no ha desconocido los pronunciamientos del Consejo de Estado, por cuanto estos no aplican en el caso *sub lite*, habida cuenta que en los eventos en que se ha reconocido la asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo con fundamento en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, ha sido respecto de las personas que fueron vinculadas en virtud de la homologación y no por incorporación directa.

¹ Folio 45 del expediente.

² Folio 46 del expediente.



Así mismo, resaltó que mediante auto de 5 de octubre de 2015, dentro del proceso identificado con número de radicado 11001032500020130054300³, se revocó la medida cautelar de suspensión provisional del artículo 20 del Decreto 1858 de 2012, y en la misma providencia se hizo distinción entre el personal uniformado homologado – *Suboficiales y Agentes que voluntariamente se trasladaron al nivel ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004* – y de aquellos incorporados directamente, dejando claro que a los primeros se les aplicaría el régimen propio de su antiguo escalafón – Decretos 1212 y 1213 de 1990 –, mientras que a los segundos, se les aplicarían las normas que se encontraran vigentes hasta el momento de entrar en vigor la Ley 923 de 2004.

Concluyó, “...en ese sentido al tutelante no se le podían aplicar los decretos (sic) 1212 y 1213 de 1990, sino el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que exigía de 20 a 25 años de servicio para adquirir el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro del personal uniformado del Nivel Ejecutivo, esto es, los Decretos 1029 de 1994, 1091 de 1995, 2070 de 2003, el 4433 de 2004 y el Decreto 1858 de 2012. Luego no puede afirmarse que en este caso se vulneraron los derechos fundamentales del tutelante (...)”

6.2. Juzgado 49 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá

De manera preliminar, indicó que la acción de tutela es improcedente a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, habida cuenta que en principio, la tutela no procede contra providencias judiciales, “*salvo que en la misma se haya incurrido en una vía de hecho.*”

En segundo lugar, adujo que la providencia de 3 de octubre de 2016 no incurrió en un defecto fáctico, por cuanto la misma es producto de la interpretación de las normas, del análisis de las providencias del Consejo de Estado referente al Decreto 1858 de 2012, y de la valoración del acervo probatorio.

Por último, resaltó que con la providencia atacada no se vulneraron los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por cuanto la decisión fue tomada luego de agotado el procedimiento señalado por la Ley.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



6.3. Ministerio de Defensa

Señaló que al accionante le es aplicable el Decreto 1858 de 2012, mediante el cual se prevé el requisito de 25 años de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro, teniendo en cuenta que el actor ingresó a la Policía Nacional por incorporación directa y fue desvinculado por destitución.

En sentido de lo anterior, al haber acreditado únicamente 15 años de servicio, manifiesta que comparte la decisión adoptada por las autoridades judiciales cuestionadas.

Por último, adujo que la tutela no es la vía idónea para realizar el control de legalidad de las providencias judiciales.

6.4. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR

Solicitó declarar la improcedencia de solicitud de amparo, por cuanto la Ley consagra recursos y oportunidades procesales para controvertir las decisiones judiciales.

Concluyó que el régimen prestacional de la fuerza pública está enmarcado en los artículos 217 y 218 de la Constitución Nacional, en virtud de los cuales fueron expedidos los Decretos 1091 de 1995, 4333 de 2004 y 1858 de 2012, a través de los cuales fue desarrollado lo referente a la asignación mensual por retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

7. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 1º de marzo de 2018⁴, negó la solicitud de amparo constitucional. Como sustento de su decisión argumentó que:

- i) *“...el Decreto 1858 de 2012 empezó a regir a partir de la fecha de publicación (artículo cuarto), esto es, el 6 de septiembre de 2012. De ese modo, para la fecha en que se produjo el retiro del señor José Rodrigo Alarcón Pachón (14 de octubre de 2015), el Decreto 1858 de 2012 había sido expedido y tenía plena vigencia, por ende, resultaba aplicable.”*

⁴ Folios 93 a 101 del expediente.



- ii) *“...es claro que el demandante no cumplió con el requisito del tiempo de servicio para ser beneficiario de la asignación de retiro, como acertadamente concluyó la autoridad judicial accionando, pues, tal como lo afirmó en el escrito de tutela, ostenta «Quince (15) años, Nueve (9) meses y Veintitrés (23) días», mientras que la citada norma establece como requisito veinticinco (25) años de servicio, toda vez que la causal de retiro fue la destitución.”*
- iii) *“Por otra parte, frente a la aplicación de la Ley 923 de 2004, se advierte que norma (sic) no estableció unos requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública. De hecho, por tratarse de una ley marco, se limitó a dar pautas y criterios generales para el establecimiento del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, régimen que debía ser expedido por el Gobierno Nacional.”*

Al respecto, la Sección Cuarta concluyó que la autoridad judicial demandada no incurrió en ningún defecto sustantivo.

8. Impugnación

Con escrito presentado el 13 de marzo de 2018, la parte actora impugnó el fallo de tutela de primera instancia en los siguientes términos:

- i) Insistió en que las autoridades judiciales accionadas desconocieron que al momento de su desvinculación, sobre el Decreto 1858 pesaba una medida cautelar de suspensión provisional.
- ii) Adujo que ingresó a la Policía Nacional, previo a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, por lo que indica que el régimen aplicable en su caso es la Ley 923 de 2004.
- iii) Por último, argumentó que prestó servicios por más de 15 años, con lo que supera por mucho el tiempo exigido por el Decreto 1212 de 1990.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte actora contra de la sentencia de 1º de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015 y, en el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena de esta Corporación.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede confirmar, modificar o revocar la providencia de 1º de marzo de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el curso de la acción de tutela instaurada por el señor José Rodrigo Alarcón Pachón, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F” y el Juzgado 49 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, para lo cual, a su vez, se debe establecer si las autoridades judiciales enjuiciadas incurrieron en el yerro endilgado por el impugnante.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; y (ii) el caso concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente⁵, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁶ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias

⁵ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

⁶ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.



judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema⁷.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁸.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”⁹ (Negrilla fuera de texto).*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de reciente sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁰, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala

⁷ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

⁸ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

⁹ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (I). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹¹ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad** o **negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

¹¹ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.



4. Caso concreto

La parte actora argumentó que las decisiones de primera y segunda instancia controvertidas en sede de tutela deben revocarse toda vez que, en su criterio, incurrieron en **defecto sustantivo** al desconocer las reglas fijadas por la Ley 923 de 2004 y los Decretos 1212 y 1213 de 1990, las cuales exigen para acceder a la asignación de retiro por destitución un tiempo de servicio activo superior a 15 años, requisito que según el actor, cumplió con satisfacción, toda vez que estuvo vinculado a la Fuerza Pública durante 15 años, 9 meses y 23 días.

Previo a resolver el fondo del asunto se hace imperioso realizar un estudio de la normatividad que regula la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional.

4.1. Del régimen de la asignación de retiro de la Policía Nacional.

Por disposición constitucional los miembros de la Fuerza Pública se benefician de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las funciones públicas que desarrollan en cumplimiento de su actividad. Lo anterior es el fundamento de una normatividad legal diferente respecto de los demás servidores públicos, y a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003.

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

“ARTÍCULO 144. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al (...).”



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

“ARTÍCULO 104. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente Estatuto, los Agentes de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por disposición de la Dirección General, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente a su categoría, o por mala conducta comprobada, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por inasistencia al servicio y los que se retiren a solicitud propia después de los veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al (...).”

Luego, se profirió la Ley 180 de 1995, norma que creó el **Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional** la cual permitió el ingreso a este nuevo nivel del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes al servicio de la Policía Nacional. Mediante Decreto 1091 de 1995¹², expidió su régimen de asignaciones y prestaciones.

El artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 estableció los requisitos para acceder a la asignación de retiro. No obstante, el citado decreto fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 14 de febrero de 2007¹³, al considerar que *“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”*.

Luego, se profirió la Ley 923 de 2004¹⁴ (Ley marco), que **señaló las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la cual, en su artículo tercero dispuso los elementos mínimos que debía contener la reglamentación que expediría el Gobierno.** Esto es, que a los uniformados que estuvieran en servicio a la entrada en vigencia de la ley no podrían exigírsele tiempos de servicio superiores a los consagrados en las disposiciones vigentes a esa época.

Adicional a lo anterior, fijó un régimen de transición para proteger las

¹² Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

¹³ Exp. No. 11001032500020040010901

¹⁴ **“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.”**



expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a acceder al derecho de asignación de retiro.

La Ley 923 de 2004 fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 de 2004¹⁵, el cual, en el parágrafo 2º del artículo 25, 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 (...).”

De la lectura del precepto normativo citado en precedencia se tiene que para el reconocimiento de la asignación de retiro a favor de los miembros de la Policía Nacional, estos debían acreditar como mínimo 20 años de servicio, para los que fueran retirados por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del Ministro de Defensa o del Director General de la Policía, o por disminución de la capacidad psicofísica; mientras que, aquellos que se retiraran por voluntad propia debían contar con 25 años para acceder a la referida prestación.

No obstante, el parágrafo segundo del artículo arriba citado fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de abril de 2012, (radicado interno No. 1074-2007), al considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria, al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro y vulnerar la cláusula de reserva legal.

De lo expuesto hasta acá se observa que los Decretos 1091 de 1995 y 4433 del 2004 establecieron un tiempo mayor para acceder a la asignación de retiro (20 años) al que se encontraba previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 (15 años). Por tanto, es evidente que desconocieron el marco general dispuesto en la Ley 923 de 2004.

Así pues, resulta claro que al quedar en firme las sentencias que declararon la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 del 2004, “se debe entender

¹⁵ “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”



que desaparecieron del ordenamiento jurídico, entendiéndose tal situación desde el mismo momento en que fueron expedidos; por lo que las condiciones establecidas para la asignación de retiro deben examinarse a la luz de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004”¹⁶.

Luego, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1858 de 2012 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, el cual, en el artículo segundo estableció **los requisitos para la asignación de retiro del personal que ingresó al escalafón por incorporación directa**, al respecto expuso:

“Artículo 2. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa. Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad 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 o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho 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 (...).”

Dicha norma fue suspendida provisionalmente (medida cautelar) por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante providencia de 14 de julio de 2014, al considerar que no tenía en cuenta la prohibición consagrada en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, esto es, la de establecer tiempos de servicio mayores a los que consagraban las normas anteriores.

No obstante, la suspensión decretada fue objeto de recurso de súplica, el cual fue decidido con proveído de 8 de octubre de 2015¹⁷, en el sentido de levantar la suspensión que recayó sobre el citado precepto legal.

4.2. Asunto bajo revisión

Descendiendo al caso en concreto, de la lectura de los supuestos fácticos de la petición de amparo se observa que: (i) el actor ingresó a la Policía Nacional el 25 de julio de 1999 a prestar el servicio militar obligatorio, como auxiliar, hasta el 28 de julio del año 2000; (ii) mediante Resolución No. 092 de 28 de marzo de 2001, fue nombrado como alumno en el nivel ejecutivo; (iii) su vinculación fue de forma directa al Nivel Ejecutivo, a través de la

¹⁶ Sentencia de 28 de septiembre de 2017, radicado No. 150012333000201500238 01, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”

¹⁷ Radicado No. 1100103255000201300543 00



Resolución No. 04201 de 31 de agosto de 2002, luego de superar los estudios; y (iv) se retiró del servicio por destitución el 14 de octubre de 2015.

Ahora bien, se lee de las providencias censuradas en el asunto de autos:

- Fallo de primera instancia de 3 de octubre de 2016.

“la pretensión de inaplicación por excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, teniendo en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado mediante los autos del 28 de mayo y 08 de octubre de 2015 donde resolvió el recurso de súplica interpuesto contra el auto que decretó la suspensión provisional de mencionado artículo, revocó la decisión y dispuso negar la medida cautelar de suspensión (...)

(...) si bien es cierto el demandante laboró para la Policía Nacional como Auxiliar de la Institución desde el 25 de julio de 1999, su vinculación al Nivel Ejecutivo no fue por homologación sino por vinculación directa desde el 12 de marzo de 2002 hasta el 14 de octubre de 2015, cuando fue retirado del servicio por destitución fecha en la que se encontraba vigente el Decreto 1858 de 2012(...)

(...) al haberse vinculado el demandante por incorporación directa al Nivel Ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004 le es aplicable el Decreto 1858 de 2012, por lo tanto tuvo razón la demandada al no reconocer la asignación de retiro con el tiempo de servicio por el prestado..., 15 años, 9 meses y 23 días, puesto que la norma en mención exige un tiempo de 25 años para el caso del retiro por destitución”.

- Fallo de segunda instancia de 18 de agosto de 2017.

*“...como quiera que el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012 se encuentra vigente, y aplica a aquellos servidores que, como el demandante, fueron incorporados directamente al Nivel Ejecutivo, sin que le sean aplicables las prerrogativas y garantías de derechos adquiridos propias del personal homologado, pues a este último se le respeta el régimen que tenía antes de la homologación, el cual nunca le ha sido aplicable al actor, de tal suerte que en este caso no hay vulneración a derecho alguno. (...) es de resaltar que dicho decreto regula para los incorporados directos los requisitos para la asignación de retiro de igual forma a como lo hizo el parágrafo 2º del Decreto 4433 de 2004 que, si bien es cierto, fue declarado nulo, dicha declaratoria operó solo respecto a los **Suboficiales y Agentes** que fueron **homologados** al Nivel Ejecutivo y no para los **incorporados de manera directa**, como ocurrió con el demandante. (...) el único cambio del Decreto 1858 de 2012 con respecto a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 fue que estableció los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro en el Nivel Ejecutivo para el caso de los homologados, a quienes no se les podría exigir el cumplimiento de requisitos superiores a las normas que se les venían aplicando.*



Así las cosas, y como quiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, puesto que, tal y como se indicó en el mismo, el demandante no cumplía con el tiempo de servicios requerido en las normas de carácter especial que regulan la carrera del personal del Nivel Ejecutivo y en concreto para la fecha del retiro del demandante el Decreto 1858 de 2012, esto es, de 25 años, teniendo en cuenta que la causa del retiro fue por destitución, se deberá confirmar la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones.”

A este punto advierte la Sala que, como lo concluyó el Tribunal Administrativo enjuiciado, las normas alegadas como desconocidas por el tutelante, no eran aplicables al proceso ordinario objeto de revisión, ello, toda vez que dichos decretos (1212 y 1213 de 1990) regulan la situación administrativa de los Agentes, Oficiales y Suboficiales así como los que ingresaron al Nivel Ejecutivo por homologación, mientras que el actor, como lo expone él mismo, ingresó de forma directa a dicho escalafón.

Ahora bien, luego de descartar la aplicación de las normas citadas en precedencia, expuso el Tribunal accionado:

“- De la aplicabilidad del Decreto 1858 de 2012

*El actor sostiene que por analogía la demandada debió aplicar los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y no el Decreto 1858 de 2012, no obstante, la Sala considera que teniendo en cuenta la fecha del retiro del demandante... esto es, el **10 (sic) de octubre de 2015**, la norma aplicable era el **Decreto 1858 de 2012**, siendo del caso advertir que el artículo 2º de dicho decreto para ese momento y actualmente es el que debe aplicar, como quiera que si bien en julio de 2014, como ya se mencionó...., se decretó la suspensión provisional de dicho artículo, esa decisión fue revocada en octubre de 2015 (...).*

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012 se encuentra vigente, y aplica a aquellos servidores que, como el demandante, fueron incorporados directamente al Nivel Ejecutivo, sin que le sean aplicables las prerrogativas y garantías de derechos adquiridos propias del personal homologado, pues a este último se le respeta el régimen que tenía antes de la homologación, el cual nunca le ha sido aplicable al actor, de tal suerte que en este caso no hay vulneración a derecho alguno.”

Como se expuso en el acápite precedente, el parágrafo 2º del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, luego, el Tribunal accionado aplicó la disposición legal para resolver el *sub examine*, esto es, el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, norma que se **encontraba vigente** al momento en que CASUR resolvió negativamente la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro, esto es, el 1º de diciembre de 2015, habida cuenta que el auto proferido por el Consejo de Estado, Sección Segunda, de fecha de 8 de mayo de 2015, a través del



cual se levantó la medida de suspensión provisional de los efectos que pesaba sobre la norma aplicada, fue notificada por estado el 4 de noviembre de 2015.

Al respecto, la Sección Quinta en sentencia de 12 de abril de 2018, Magistrada Ponente, doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, se pronunció en el siguiente sentido:

“Consideró la autoridad judicial que en atención a la suspensión provisional que recaía sobre el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, norma vigente al momento en que se retiró del servicio el demandante, lo procedente era aplicar el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, precepto legal que establecía, para la causal de retiro por voluntad propia, un mínimo de 25 años de servicio para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro.

No obstante, es preciso advertir que, como se expuso en el acápite precedente, el parágrafo 2º del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, luego, se equivocó el Tribunal accionado al aplicar una disposición legal que había sido retirada del ordenamiento. Visto lo anterior, la norma que debió aplicar para resolver el sub examine era el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, pues si bien, sobre esta recayó una medida cautelar de suspensión provisional (14 de julio de 2014), lo cierto es que para la fecha en que profirió sentencia el Tribunal Administrativo enjuiciado (20 de octubre de 2016), dicha decisión había sido revocada por esta misma Corporación (8 de octubre de 2015), vale resaltar que esto ocurrió incluso antes de que se dictara sentencia de primera instancia dentro del trámite ordinario (de 30 de noviembre de 2016).” (Subraya de la Sala)

En ese orden, es preciso resaltar que las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales accionadas no vulneraron los derechos alegados por el actor, teniendo en cuenta que fallaron con posterioridad a la fecha en que fue notificado el auto que levantó la medida cautelar de suspensión provisional, por tanto se fundamentaron en la normatividad aplicable al caso concreto.

Así mismo, del análisis del expediente se observa que la parte actora actuó en todas las etapas del proceso sin ningún inconveniente, y tuvo acceso a los recursos ordinarios previstos en la ley para efectos de controvertir las decisiones judiciales.

5. Conclusión

Conforme a lo expuesto y encontrando que las autoridades judiciales accionadas no vulneraron los derechos fundamentales del accionante, la Sala confirmará el fallo de 1º de marzo de 2018, a través del cual la Sección cuarta del Consejo de Estado negó la acción de tutela formulada por el señor José Rodrigo Alarcón Pachón.



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

III. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1º de marzo de 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo solicitado por el señor José Rodrigo Alarcón Pachón, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAUJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

