



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-03164-01

Actor: JHON EDINSON YELA RODRÍGUEZ

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

Asunto: Fallo de Segunda Instancia - Tutela contra providencia judicial. Confirma negativa.

La Sala decide la impugnación interpuesta por el accionante en contra de la sentencia de 13 de febrero de 2018, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado, **negó** las pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor **Jhon Edinson Yela Rodríguez**, actuando en nombre propio presentó acción de tutela contra el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F"**, el cual, mediante providencia de 20 de octubre de 2017, revocó la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 13 Administrativo de Bogotá el 30 de noviembre de 2016 y en su lugar **negó** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho iniciada por el actor contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

El tutelante consideró que con la referida decisión la autoridad cuestionada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, de igualdad y de seguridad social.



1.2. Hechos

Como sustento fáctico de la demanda, se señaló, en síntesis, que:

1.2.1. El actor ingresó a la Policía Nacional el 17 de julio de 1995, de forma directa *“como alumno del nivel ejecutivo”*, vínculo que se mantuvo hasta el 1º de agosto de 2014, toda vez que se retiró de la entidad por solicitud propia, prestando sus servicios por un tiempo de 20 años y dos meses.

1.2.2. Indicó que con fundamento en lo establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 presentó petición ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con la finalidad de que reconociera a su favor asignación de retiro, solicitud que fue negada mediante **Oficio No. 27279 del 28 de octubre de 2014**, lo anterior *“por no acreditar 25 años de servicio, por tratarse de una desvinculación por solicitud propia”*

1.2.3. Con fundamento en lo anterior presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la finalidad de anular el acto administrativo citado en precedencia. El proceso judicial correspondió en primera instancia por el Juzgado 13 Administrativo de Bogotá, autoridad que con sentencia de 30 de noviembre de 2016 accedió a las pretensiones de la demanda.

1.2.4. En desacuerdo con lo decidido por el *a quo*, la entidad demandada presentó apelación, trámite que correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”, que con sentencia del 20 de octubre de 2017 revocó el fallo impugnado y en su lugar negó las súplicas del demandante.

1.2.5. Como fundamento de su decisión expuso el Tribunal accionado que los Decretos 1212 y 1213 de 1990 solo eran aplicables a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, mas no al personal del nivel ejecutivo vinculado de manera directa, como es el caso del demandante, que se rige por normas específicas que exigen 25 años de servicio para quienes se retiran por solicitud propia, en concreto refirió al Decreto 4433 de 2004.



1.3. Fundamentos

En criterio de la parte tutelante, a través de la providencia cuestionada se vulneraron sus derechos fundamentales de igualdad, debido proceso y seguridad social.

Al respecto, manifestó que la decisión enjuiciada incurrió en **defecto sustantivo, violación directa de la constitución y desconocimiento de precedente.**

1.3.1. Respecto del desconocimiento de precedente alegó como desatendidas las sentencias que a continuación se relacionan, las cuales, en su criterio, guardan similitud fáctica con su caso particular. (i) Sentencia de 28 de septiembre de 2017, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, radicado No. 15001-23-33-000-2015-00238-01. (ii) Sentencia de 5 octubre de 2017, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, radicado No. 18001-23-33-000-2014-00085-01.

A su vez, invocó la sentencia de tutela de 12 de marzo de 2015¹, dictada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de tutela del 27 de abril de 2017² y del 1º de junio de 2017³, dictadas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que dejaron sin efectos las providencias judiciales que denegaron el reconocimiento de la asignación de retiro en asuntos similares al *sub lite*.

Finalmente, citó proveídos dictados por tribunales y juzgados administrativos, que accedieron a las pretensiones de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho similares a la que instauró el tutelante⁴.

¹ Sección Segunda, Subsección A, magistrado ponente: Alfonso Vargas Rincón, radicación: 25000-23-42-000-2015-00589-01.

² Magistrada ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2016-03452-00, confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 13 de julio de 2017, magistrada ponente: Rocío Araujo Oñate.

³ Magistrada ponente (E): Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2016-03812-00.

⁴ Mencionó, entre otras, la sentencia del 26 de julio de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, radicación: 1001-33-35-030-2014-00320-01; y la sentencia del 31 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Tunja, radicación: 15001-33-33-007-2017-00150-00.



1.3.2. Relativo al defecto sustantivo argumentó que la autoridad judicial accionada desconoció sus garantías constitucionales al exigirle un tiempo superior al que se impone a los demás miembros de la Fuerza Pública para adquirir “...*el derecho a la asignación de retiro por el solo hecho de haber sido vinculado de manera directa como miembro de la Policía Nacional del nivel ejecutivo antes del 30 de diciembre de 2004...*”.

Argumentó que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo toda vez que, para resolver el proceso ordinario objeto de debate constitucional, aplicó el artículo 25, parágrafo 2º Decreto 4433 de 2004, norma que había sido declarada nula por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con sentencia de 12 de abril de 2012.

Manifestó que el Tribunal accionado desconoció las reglas fijadas por el Decreto 923 de 2004 y los Decretos 1212 y 1213 de 1990, (normas que en su criterio debieron ser aplicadas para resolver el proceso ordinario), los cuales exigen para acceder a la asignación de retiro un tiempo de servicio activo superior a 20 años, requisito que cumplió con satisfacción, por ende, bajo dicha normativa tiene derecho a que se reconozca la prestación demandada.

1.3.3. Por último, respecto de la violación directa de la Carta Política argumentó que el Tribunal accionado desconoció el principio de favorabilidad laboral, consagrado en el artículo 53, porque no aplicó el Decreto 1212 de 1990, a pesar de que el artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 había desaparecido del ordenamiento jurídico, en virtud de las sentencias que lo declararon nulo.

1.4. Petición de amparo

A título de amparo constitucional solicitó:

“PRIMERA: DEJAR SIN EFECTO la sentencia del 20 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección segunda subsección F, Magistrada ponente: BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS, EXPEDIENTE 11001333501320150041701 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por mí promovido contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR).



TERCERO: Ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca sección segunda subsección F que, profiera una nueva sentencia en la que tenga en cuenta las normas contenidas en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 y Ley 923 de 2004, para efectos del tiempo de 15 y 20 años para el reconocimiento de la asignación de retiro y no el contenido en el artículo 2 del decreto 1858 de 2012, ni el decreto 4433 de 2004 como lo establece la sentencia que se ataca en vía de tutela, dados los errores protuberantes de los que adolece.”

1.5. Trámite de la acción de tutela

Por auto del 29 de noviembre de 2017⁵, la Sección Cuarta de esta Corporación admitió la acción de tutela de la referencia y como consecuencia de esto, ordenó notificar como accionados a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “F”.

Así mismo, vinculó como tercero con interés en las resultados de este proceso al Juzgado 13 administrativo de Bogotá y a la Caja de Sueldos de la Policía Nacional –CASUR.

Por último, en virtud de lo establecido en el artículo 610 del Código General del Proceso, dispuso notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

1.6. Contestaciones

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

Allegó informe suscrito por la Magistrada ponente de la decisión que se censura en el asunto de autos en el que solicitó se negaran las pretensiones de amparo constitucional.

Al efecto, argumentó que la sentencia objeto de censura no incurrió en los defectos señalados toda vez que al señor Yela Rodríguez no le eran aplicables las normas alegadas como desconocidas, (Decretos 903 de 2004, 1212 y 1213 de 1990), lo anterior toda vez que dichas disposiciones regían únicamente para los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, mientras que el actor era Intendente correspondiente al nivel ejecutivo de referida entidad, vinculado directamente, por ende para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro reclamada debía acreditar el cumplimiento de

⁵ Folio 116.



los requisitos contemplados en el párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 (25 años de servicio), para el nivel ejecutivo, cuando el retiro se produce por voluntad propia.

Respecto del desconocimiento de precedente argumentó que si bien, el máximo órgano en materia contenciosa ha reconocido asignación de retiro a personal de nivel ejecutivo con fundamento en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, lo cierto es que dichos antecedentes corresponden a miembros de la Policía Nacional que ingresaron (al nivel ejecutivo) por homologación y no por incorporación directa, como es el caso del accionante.

Por último, indicó que la Sección Segunda de esta Corporación con providencia de 8 de octubre de 2015 revocó la suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, decretada mediante el auto del 14 de julio de 2014, hizo distinción entre el personal homologado, esto es, los suboficiales y agentes que voluntariamente se trasladaron al nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, y los que fueron incorporados de manera directa, es decir, los que ingresaron por primera vez a la carrera policial, dejando claro que a los primeros se les aplicaría el régimen propio, consagrado en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, mientras que a los segundos, las normas vigentes hasta la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

1.6.2.Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

Actuando a través de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad allegó informe en el que, luego de realizar un extenso resumen de los antecedentes administrativos de los actos demandados y a las actuaciones adelantadas al interior del proceso judicial enjuiciado en la acción de tutela de la referencia, solicitó se negaran las pretensiones de la petición de amparo.

Al efecto, argumentó que el Tribunal Administrativo accionado no desconoció las garantías constitucionales del accionante, toda vez que la sentencia que definió el proceso ordinario no incurrió en los yerros que se le atribuyen, por el contrario, lo que se observa es que lo pretendido por el actor es convertir la acción de tutela en una tercera instancia.



La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Juzgado 13 Administrativo de Bogotá, pese a que fueron debidamente noticiados, guardaron silencio.

1.7. Fallo impugnado

La Sección Cuarta de esta Corporación, mediante sentencia del 13 de febrero de 2018⁶, negó la acción de tutela de la referencia. Al efecto argumentó:

“Por lo tanto, la Sala concluye que a la autoridad judicial demandada no le asistió la razón al señalar que la asignación de retiro del señor Yela Rodríguez debía ser resuelta con fundamento en el Decreto 4433 de 2004, pues, como se vio, la normativa que rige esa situación jurídica es el Decreto 1858 de 2012, que, en el artículo 2, consagra los requisitos para la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional, que se incorporaron directamente al nivel ejecutivo.

Sin embargo, la Sala advierte que esa situación no configuró el defecto sustantivo, pues lo cierto es que el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 2 del Decreto 1859 de 2012 exigen el mismo tiempo de servicio a las personas que se retiran por solicitud propia para acceder a la asignación de retiro (25 años). Es decir, que, en últimas, si el tribunal hubiera aplicado la norma que regía la situación del actor, la conclusión habría sido la misma.”

En lo relacionado con la violación directa de la constitución manifestó la Sección Cuarta del Consejo de Estado indicó que dicho reproche también corresponde al defecto sustantivo, por falta de aplicación de la normativa que, para el actor, debe regir la asignación de retiro.

En lo relacionado con el desconocimiento de precedente expuso que (i) en la sentencia del 28 de septiembre de 2017, se estudió el caso de un uniformado que se vinculó como agente alumno de la Policía Nacional el 15 de octubre de 1985 y que se homologó al nivel ejecutivo el 1º de marzo de 1994, a diferencia del demandante que se vinculó de manera directa al nivel ejecutivo el 17 de julio de 1995, el miembro de la fuerza pública que se benefició con esa decisión estaba cobijado por la protección consagrada en el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995 y el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 para quienes ya venían vinculados a la institución y se homologaron a la nueva carrera.

⁶ Folios 223 y siguientes



(ii) Respecto de la providencia de 5 de octubre de 2017, indicó que en esa oportunidad *“...se resolvió la controversia planteada por un uniformado que fue retirado por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, situación que difiere del sub lite, porque el retiro del señor Yela Rodríguez se produjo por voluntad propia y, como se vio, la modalidad de desvinculación es la que da la pauta para establecer el tiempo de servicios exigido para la asignación de retiro”*.

(iii) En lo relativo con las sentencias de tutela alegadas como desconocidas, argumentó el *a quo* que conforme con el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, las providencias proferidas al interior de dichos procesos constitucionales tienen efectos inter partes, por lo que únicamente son obligatorias para quienes intervinieron en el respectivo trámite.

Con fundamento en lo expuesto el *a quo* de tutela consideró que en el *sub examine* no se desconocieron las garantías fundamentales de la parte accionante.

1.8. Impugnación

En desacuerdo con lo decidido por el juez de tutela de primera instancia, la parte actora, dentro de la oportunidad legal, presentó recurso de impugnación.

Argumentó que la Ley 923 de 2004 *“no va dirigida de manera única y directa a los nuevos o viejos miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como si lo hace la Ley 180 de 1995, sino a todos los integrantes de la fuerza pública (...) por tal motivo el régimen de transición que expresó la Ley 923 de 2004, artículo 3.1 y 3.9, se debe entender para todos los miembros de la fuerza pública sin discriminación alguna (...) sin realizar discriminación entre la manera de vinculación”*.

Argumentó que a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 la norma aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo, que se había incorporado de manera directa, eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, toda vez que las normas que reglaban dicha prestación, Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004 *“perdieron vigencia por declaración judicial”*.



Refirió en extenso a la exposición de motivos de la Ley 923 de 2004, indicando que en esta no se realiza ninguna clase de discriminación a los miembros del nivel ejecutivo homologados o incorporados de manera directa, por tal motivo, contrario a lo expuesto por el juez *a quo* de tutela “no se debe buscar más claridad ante las supuestas zonas grises”.

Reiteró que la Ley 923 de 2004 protege su derecho a la asignación de retiro al dejar claro que las normas que se debían aplicar en su caso son los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Indicó que la Sección Cuarta no se refirió sobre la aplicación del principio de favorabilidad, el cual en su criterio, debía preponderar en el *sub examine* toda vez que fue discriminado por pertenecer al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y ante la falta de claridad respecto de las normas que regulan la asignación de retiro, debió aplicarse en el fallo ordinario la norma que más favorece al empleado, desconociendo con ello las sentencias de unificación SU 897 de 2012 y SU 241 de 2015.

Por último, alegó que se retiró del servicio activo el 1 de agosto de 2014, fecha para la cual el artículo 2º del Decreto 1858 estaba suspendido, luego, el juez constitucional de primera instancia erró al considerar que era esta la norma aplicable para resolver el trámite ordinario.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada por la parte accionante, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991⁷, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1983 de 2017⁸ y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003⁹ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

⁷ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

⁸ “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

⁹ “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”.



2. Asunto bajo análisis

De acuerdo con los antecedentes de la acción constitucional, el fallo de tutela de primera instancia y los argumentos y consideraciones expuestos en la impugnación, corresponde a la Sala determinar si la decisión recurrida debe confirmarse, modificarse o revocarse, para lo cual se analizará si con ocasión de la providencia de 20 de octubre de 2018, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en los defectos señalados.

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; **(ii)** el fondo del reclamo.

De conformidad con los argumentos expuestos en la impugnación corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 13 de febrero de 2018, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó las pretensiones de la acción de tutela de la

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012¹⁰, **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹¹, y en ella concluyó:

“...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.”¹² (Negrilla fuera de texto).

¹⁰ Sala Plena del Consejo de Estado. Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. C. P.: María Elizabeth García González.

¹¹ El recuento de esos criterios se encuentra de páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹² Idem.



Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario **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 por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, para la Sala ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **“...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...”**.

En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹³ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se 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)* subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado; y *iii)* inmediatez, cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Por el contrario, cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala 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: *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.

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



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.

4. Caso bajo estudio

La parte actora argumentó en el escrito de alzada que la decisión del *a quo* de tutela debe revocarse toda vez que, en su criterio, el Tribunal accionado incurrió en **defecto sustantivo** al desconocer las reglas fijadas por el Decreto 923 de 2004 y los Decretos 1212 y 1213 de 1990, los cuales exigen para acceder a la asignación de retiro un tiempo de servicio activo superior a 20 años, requisito que cumplió con satisfacción, toda vez que estuvo vinculado a la Fuerza Pública 20 años y dos meses.

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. 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 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. ASIGNACION 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 1995¹⁴, 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 2007¹⁵, 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”*.

¹⁴ Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

¹⁵ Exp. No. 11001032500020040010901



Luego, se profirió la la Ley 923 de 2004¹⁶ (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 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 2004¹⁷, el cual, en el párrafo 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

¹⁶ “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.”

¹⁷ “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”



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 párrafo 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 claro 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 1991 de 1995** y el **parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 del 2004**, *“se debe entender 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”*¹⁸.

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,

¹⁸ Sentencia de 28 de septiembre de 2017, radicado No. 150012333000201500238 01, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”.



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 2015¹⁹, 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 17 de julio de 1995, (ii) su vinculación fue de forma directa al Nivel Ejecutivo y (iii) se retiró del servicio por voluntad propia el 1º de agosto de 2014. Ahora bien, se lee de la providencia censurada en el asunto de autos.

“- De la aplicabilidad de los Decretos 1212 y 1213 de 1990 (Oficiales, Suboficiales y Agentes)

Estos Decretos, por los cuales se reformó el Estatuto del Personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, no son aplicables al demandante, como quiera que el mismo no desempeñaba el cargo de Oficial, Suboficial ni Agente de la Policía sino el de Intendente perteneciente al Nivel Ejecutivo, cargo al cual había llegado por Incorporación directa y en virtud de ello se le deben aplicar las normas correspondientes a dicho régimen, que desde el año 1994 venían contemplando como requisito el cumplimiento de 25 años de servicio para el caso de retiro por solicitud propia, como aconteció respecto del demandante.

¹⁹ Radicado No. 1100103255000201300543 00



203

Si bien es cierto la H. Corte Constitucional en el auto del cual se hizo alusión en precedencia señaló que actualmente estos decretos se aplican para el reconocimiento de la asignación de retiro a favor de los miembros de la Policía Nacional del Nivel Ejecutivo, sin importar su vinculación, también lo es que dicho auto tuvo como fundamento en lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en providencia del 14 de julio de 2014, que al resolver una medida cautelar, suspendió provisionalmente el Decreto 1858 de 2012. Dicha providencia fue objeto de recurso de súplica el cual fue resuelto revocando la medida cautelar en atención a que al personal uniformado homologado hasta el 31 de diciembre de 2004 se le aplicaron los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y que para los incorporados de manera directa, que es el caso del demandante, se les aplicará las normas vigentes a 31 de diciembre de 2004, esto es, el Decreto Reglamentario 1091 de 1995, y que en ese sentido el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de la facultad conferida en la mencionada Ley.

Como la tesis expuesta por el H. Consejo de Estado, y como quiera que fue claro al disponer que estos decretos solo se deberían aplicar al personal uniformado homologado, circunstancia que no ocurre en el sub judice, considera la Sala que no es procedente dar aplicación a los mismos”.

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 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 4433 de 2004

El actor sostiene que teniendo en cuenta que prestó sus servicios por más de 20 años en la institución, cumple con los requisitos dispuestos en los Decretos 1212 y 1213 de 1990 para que se le reconozca el derecho a la asignación de retiro. No obstante, la Sala considera que teniendo en cuenta la fecha de retiro del demandante por solicitud propia, esto es, el 1º de agosto de 2014, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo 2º del Decreto 4433 de 2004, que exige para el reconocimiento de la asignación de retiro respecto a la mencionada causal un tiempo mínimo de servicios de 25 años, tiempo que no cumplió el demandante.

Es de resaltar que la sentencia que declaró la nulidad del artículo 2º del Decreto 4433 de 2004 hizo referencia a que se declaraba la nulidad del mismo porque no se había respetado el régimen que traían los Suboficiales y Agentes que al 30 de diciembre de 2004 se habían homologado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y, tal como se ha hecho mención en esta



providencia, el demandante no era ni Suboficial ni Agente de la Policía, por lo tanto, dicha declaratoria de nulidad no aplica para su caso. Por consiguiente, y en atención a que el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012 para la fecha del retiro se encontraba suspendido, es procedente la aplicación del Decreto 4433 de 2004 (...).”

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).

Sin embargo, dicho yerro (defecto sustantivo) no tiene identidad de prosperar toda vez que la norma aplicada por el Tribunal accionado, esto es el artículo 25, parágrafo 2º, del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, (precepto legal que debió aplicar), contemplan la misma regla, esto es, que los miembros de la fuerza pública –Nivel Ejecutivo, que soliciten el retiro por voluntad propia, como es el caso del actor, deben acreditar un mínimo de 25 años de servicio para acceder a la asignación de retiro, hipótesis que no se presentó en el *sub examine*, toda vez que él mismo actor informó haber estado vinculado a la entidad por un periodo de 20 años y 2 meses.

Luego, aun cuando el demandado utilizó una norma que había sido retirada del ordenamiento jurídico, lo cierto es que la regla contemplada en ella fue reproducida por el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, norma que, se reitera, debió observar el operador



jurídico al momento de decidir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Yela Rodríguez contra CASUR. Con fundamento en lo anterior, el presunto defecto sustantivo no está llamado a prosperar.

Ahora bien, en lo relacionado con la aplicación del principio de favorabilidad, advierte la Sala que en términos de la Corte Constitucional este se aplica "*...en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto...*". No obstante, como se explicó en párrafos precedentes, no existe duda respecto de la norma que debió aplicar el juez accionado.

Por último, respecto del presunto desconocimiento de las sentencias unificación SU 897 de 2012 y SU 241 de 2015 itera esta colegiatura que no se pronunciará, toda vez que estos argumentos solo fueron presentados en el recurso de alzada, luego, realizar estudio de fondo de los mismos sería desconocer la garantía constitucional de defensa y contradicción que le asiste al tutelado.

Con fundamento en lo anterior, se confirmará la sentencia de 13 de febrero de 2018 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que negó las pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

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,

FALLA:

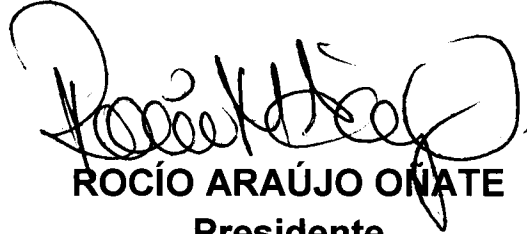
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 13 de febrero de 2018, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que **negó** la acción de tutela de la referencia.

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



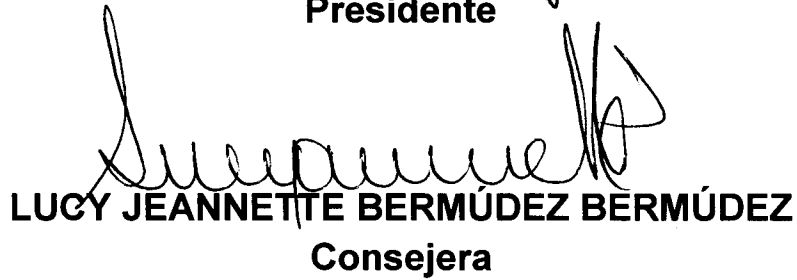
TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



ROCÍO ARAÚJO ONATE

Presidente



LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera



CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero



ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

