

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

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00606-00

Actor: JIMMY ALEXANDER GARAVITO SERRANO

**Demandados: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA –
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “D” Y OTRO**

Asunto: Fallo de primera instancia - Tutela contra providencia judicial

Se pronuncia la Sala sobre la acción de tutela interpuesta por el señor Jimmy Alexander Garavito Serrano en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” y el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

El señor Jimmy Alexander Garavito Serrano, en nombre propio, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” y el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá, para que se ampararan sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social y a la vivienda digna.

Tales derechos los consideró vulnerados con ocasión de la sentencia de 26 de octubre de 2017 que confirmó la providencia de 13 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso el actor contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, radicado No. 110013335-017-2016-00015-00.

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:

- El Señor Jimmy Alexander Garavito Serrano ingresó a la Policía Nacional el 15 de enero de 2001, como Alumno Nivel Ejecutivo; posteriormente, a través de la Resolución No. 0044 de 14 de enero de 2002, ingresó al Nivel Ejecutivo en el Grado de Patrullero, el 15 de enero de 2002.
- El actor fue retirado del servicio, el 7 de agosto de 2015, por “destitución” en virtud de una sanción disciplinaria, mediante la Resolución No. 02919 de 3 julio de 2015, expedida por el Director General de la Policía Nacional, momento en el cual tenía como tiempo de servicio activo 15 años y 28 días, razón por la cual, a través de petición radicada el 13 de noviembre de 2015, solicitó el reconocimiento de la asignación de retiro, de conformidad con lo contemplado en el Decreto No. 1212 de 1990, dispositivo normativo que exige como tiempo mínimo para el reconocimiento de la referida prestación, 15 años de servicio.
- El Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a través del Oficio No. 23643 GAG SDP de 17 de diciembre de 2015, resolvió negativamente la petición del demandante, bajo la consideración de que la norma vigente al momento del retiro era el Decreto Ley 4433 de 2004, según el cual, para obtener la asignación de retiro, cuando el retiro se produce por “destitución”, se debe acreditar como mínimo 25 de años de servicio, tiempo que no cumple el accionante.
- Por lo anterior, el actor inició acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR-, al considerar que la normativa aplicable era el Decreto 1212 de 1990 y no el Decreto 4433 de 2004. Dicha acción correspondió por reparto al Juzgado 17 Administrativo de Bogotá, que mediante fallo del 13 de junio de 2017 negó las pretensiones de la demanda, por



cuanto el accionante no contaba con el tiempo de servicio exigido por el Decreto 1858 del 2012 que hace referencia a 25 años de servicios.

- Inconforme con la anterior decisión, el accionante interpuso recurso de apelación, resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” que con fallo del 26 de octubre de 2017, confirmó la sentencia, de conformidad con los mismos argumentos expuestos por el a quo.

3. Petición de amparo constitucional

A título de amparo se incoaron las siguientes pretensiones:

*“4.1 Se sirva amparar mis derechos fundamentales, vulnerados por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN “D”** y **JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTA - SECCIÓN SEGUNDA**, al dar aplicabilidad a una norma evidentemente inconstitucional y al omitir su inaplicación.*

*4.2. Que como consecuencia del anterior amparo constitucional, se sirva dejar sin efectos, la providencia judicial proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN “D”**, de fecha 26 de octubre de 2017, por medio del cual, confirmó la sentencia de primera instancia, proferida por el **JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTA - SECCION SEGUNDA**, de fecha 13 de junio de 2017, que negó las pretensiones de la demanda.*

*4.3. Que como consecuencia del anterior amparo, se sirva ordenar a la sala del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN “D”**, para que en un término prudencial y perentorio, profiera una nueva decisión, atendiendo los lineamientos constitucionales y jurisprudenciales del Consejo de Estado, respecto a la inaplicación del artículo 2 del Decreto 1858 del 6 de septiembre de 2012, en atención a la vía de excepción, determinada en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011.*

4.4. Entre otras ordenes que estime conveniente en amparo de mis derechos invocados.”¹

4. Fundamentos de la solicitud

¹ Folio 17.



4.1. 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.

Argumentó que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo toda vez que, para resolver el proceso ordinario objeto de debate constitucional, aplicó el Decreto 4433 de 2004, el cual en el artículo 25, párrafo 2º, había sido declarada nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado, con sentencia de 12 de abril de 2012, lo que en su caso concreto implicó la reproducción de un acto nulo, aunado a que solicitó su inaplicación por excepción de inconstitucionalidad.

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 15 años, requisito que cumplió con satisfacción, por ende, bajo dicha normativa tiene derecho a que se reconozca la prestación demandada.

4.2. 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:

“1. En Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2014, siendo el demandante: FERNADNO ENRIQUE LARA ARROYO, la entidad demandada, CASUR, dentro del radicado No. 2014-00297-00, magistrado Ponente. MILCIADES RODRIGUEZ QUINTERO.

2. En Sentencia de fecha 19 de febrero de 2015, siendo el demandante: ALEXANDER ACEVEDO CERCADO, la entidad demandada, CASUR, dentro del radicado No. 2014-005108-00, Magistrado Ponente SOLANGEL BLANCO VILLAMIZAR.

3. En Sentencia de fecha 5 de abril de 2014 de 2014, siendo el demandante: EDGAR ROJAS ORTEGA, la entidad demandada, CREMIL, dentro del radicado No. 2012-00288-01, Magistrado Ponente SOLANGEL BLANCO VILLAMIZAR.

En el mismo sentido, el Juzgado Administrativo en Oralidad de Bucaramanga, en igual sentido, dentro del siguiente proceso, así:



En sentencia de fecha 6 de junio de 2014, demandante ROBINSON BUENO MUS, demandado CASUR. Dentro del Radicado 2013-00293, proferida por el Juzgado Doce Administrativo de Oralidad de Bucaramanga.

Y En reciente sentencia del Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Bucaramanga, siendo el demandante el señor patrullero @ MARTÍNEZ AMARGO CARLOS ALBERTO, del cual, me permito adjuntar sentencia proferida en medio magnético.”

5. Trámite de la acción de tutela

Mediante auto del 9 de marzo de 2018, el despacho sustanciador del proceso ordenó notificar al accionante y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” y el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá como autoridades judiciales accionadas y a la Caja de Sueldos de la Policía Nacional –CASUR, como tercera interesado en las resultas del proceso.

6. Contestaciones

6.1. El Juez Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá solicitó que se negara el amparo solicitado al señalar que los aspectos relacionados como hechos en el escrito de tutela, fueron debatidos en el proceso ordinario, y lo que se pretende entonces es propiciar una tercera instancia.

6.2. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional 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.



6.4. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.²

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela instaurada por el señor Jimmy Alexander Garavito Serrano en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” y el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “D” y el Juzgado Diecisiete Administrativo Oral de Bogotá por medio de las cuales se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que adelantó el actor en contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, radicado No. 110013335-017-2016-00015-00.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y; **(iii)** el caso concreto.

3. La procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012³ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las

² Folio 22 vuelto.

³Ref.: 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.



distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema⁴ y declaró su **procedencia**⁵.

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** 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. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

4.1. Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que **no se trata de una tutela contra decisión de tutela**, pues la providencia que se censura corresponde a las dictadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que adelantó el actor en contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, radicado No. 110013335-017-2016-00015-00.

4.2. Ahora bien, tampoco existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad en relación con el acatamiento del requisito de **inmediatez**, toda vez que la sentencia de segunda instancia que se acusa como vulneradora de derechos fundamentales fue proferida el 26 de octubre de 2017, notificada el 27 de noviembre de 2017 y quedó ejecutoriada el 1º de diciembre del mismo año, mientras que la solicitud de amparo constitucional se presentó el 28 de febrero de 2018, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

4.3. Por otra parte, en consideración a la **subsidiariedad**, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios, ya que por tratarse de una sentencia de segunda instancia, no existe mecanismo judicial para controvertirla. Y los argumentos presentados por la parte actora no se

⁴ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

⁵ Se dijo en la mencionada sentencia **“DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia.”**



ajustan a las causales taxativas contempladas en el ordenamiento jurídico para acudir al recurso extraordinario de revisión y tampoco resulta procedente el de unificación de jurisprudencia.

Así las cosas, al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva, concierne a la Sala abordar el estudio del asunto planteado de fondo.

5. 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 el Decreto 923 de 2004 y los Decretos 1212 y 1213 de 1990, los cuales exigen para acceder a la asignación de retiro por destitución un tiempo de servicio activo superior a 15 años, requisito que cumplió con satisfacción, toda vez que estuvo vinculado a la Fuerza Pública 15 años y 28 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.

5.1. 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 1995⁶, 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 2007⁷, 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"*.

⁶ Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

⁷ Exp. No. 11001032500020040010901



Luego, se profirió la Ley 923 de 2004⁸ (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 2004⁹, 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

⁸ “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.”

⁹ “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”



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”*¹⁰.

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

¹⁰ Sentencia de 28 de septiembre de 2017, radicado No. 150012333000201500238 01, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”



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 2015¹¹, 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 15 de enero de 2001, (ii) su vinculación fue de forma directa al Nivel Ejecutivo y (iii) se retiró del servicio por destitución el 7 de agosto de 2015. Ahora bien, se lee de la providencia de segunda instancia censurada en el asunto de autos.

"En el sub examine se tiene que de conformidad con el extracto de la hoja de servicios del señor Jimmy Alexander Garavito Serrano, que obra en el folio 55 del expediente, se advierte que ingresó a la Policía Nacional de manera directa como Alumno del Nivel Ejecutivo el 15 de enero 2001, posteriormente fue ascendido a Patrullero el 15 de enero de 2002, grado que pertenece al Nivel Ejecutivo, y retirado del servicio por "destitución", en virtud de una sanción disciplinaria, a partir del 7 de agosto de 2015, mediante la Resolución No. 02919 de 3 julio de 2015, completando como tiempo de servicio 15 años, y 28 días.

Ahora bien, la Sala comparte la posición del a quo, al considerar que la normatividad aplicable al demandante para efectos de regular el reconocimiento de su asignación de retiro, es la

¹¹ Radicado No. 1100103255000201300543 00



contenida en el Decreto 1858 de 6 de septiembre 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", pues esta es la normatividad vigente actualmente, y como la incorporación se hizo de manera directa al Nivel Ejecutivo y no en la modalidad de homologación, no estamos frente a ninguna transición que abra la posibilidad de verificar el régimen anterior.

Así entonces, de conformidad con lo expuesto en la hoja de servicio (fl. 55), el reconocimiento de su asignación de retiro debe estudiarse a la luz del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, que distingue dos (2) hipótesis para el reconocimiento de la referida prestación, a saber: i) 20 años de servicio cuando el retiro del policial se produzca por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica y, ii) 25 años de servicios cuando el retiro sea por solicitud propia, separación absoluta o destitución.

Con base en lo anteriormente expuesto, considera la Sala, que las pretensiones formuladas por el demandante no están llamadas a prosperar, toda vez que según la hoja de servicio, el actor sumó en servicio activo un total de 15 años y 28 días y, dado que el retiro del servicio se produjo por "destitución" en virtud de una sanción disciplinaria, debía acreditar como mínimo 25 años de servicio, tiempo que no fue acreditado.

Por último, el apoderado del demandante indicó en el recurso de alzada, que el a quo no resolvió la excepción de inconstitucionalidad en relación con el Decreto 1858 de 2012, que formuló en los alegatos de conclusión de primera instancia. Al respecto considera la Sala, que el demandante debió plantear la excepción de inconstitucionalidad, en las pretensiones de la demanda y sustentarla en el concepto de violación, ya que el libelo es el que delimita el campo de estudio que debe evaluar el operador judicial y respecto del cual la entidad demandada debe ejercer su defensa, de tal suerte, que con posteridad a su presentación, solo es posible introducir nuevas pretensiones o variar las ya formuladas, a través de la reforma de la demanda, la cual puede interponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda⁴. Así entonces, como en el presente caso, la excepción de constitucionalidad en cita fue formulada en los alegatos de conclusión de primera instancia, no es procedente darle trámite a la misma, pues admitir dicha situación vulnera el derecho fundamenta al debido proceso."



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. En efecto, 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.

Asimismo, se observa en cuanto a la excepción de inconstitucionalidad propuesta que la autoridad judicial accionada argumentó que esa no era la etapa procesal para solicitarla habida cuenta que la parte actora solo la propuso en su apelación ni la autoridad judicial estaba obligada a declararla.

Finalmente, en cuanto al presunto desconocimiento de precedente, tal cargo tampoco tiene vocación de prosperidad en atención a que la parte actora se limitó a citar pronunciamientos de juzgados y tribunales administrativos, pronunciamientos que no tienen la connotación de precedente toda vez que no fueron dictados por el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Con fundamento en todo lo anterior, se negarán las pretensiones de la presente tutela, toda vez que no se encuentran configurados los defectos expuestos por la parte actora.

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:

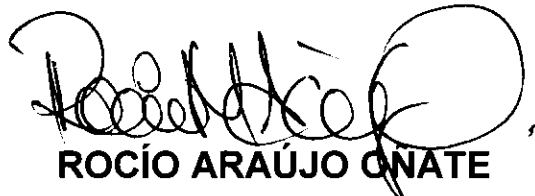
PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Jimmy Alexander Garavito Serrano, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

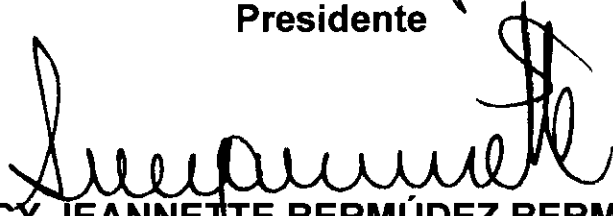


SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

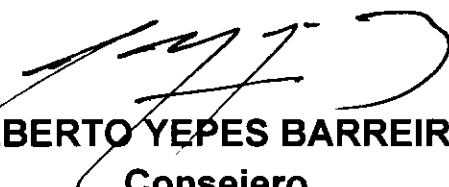
TERCERO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP054-6-1

