



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D. C., octubre cuatro (4) de dos mil dieciocho (2018)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-15-000-2018-03175-00

ACTOR: PAULO CÉSAR IZQUIERDO JARAMILLO

DEMANDADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN C

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA – FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir la solicitud presentada por el señor Paulo César Izquierdo Jaramillo, a través de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991.

I. ANTECEDENTES

1. Petición de amparo constitucional

El accionante mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el 5 de septiembre de 2018, a través de su apoderado judicial, presentó solicitud de amparo en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y al mínimo vital.

Sostuvo que tales derechos se vulneraron por la sentencia del 25 de julio de 2018, dictada por la autoridad judicial demandada, a través de la cual revocó el fallo del 2 de diciembre de 2016 del Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que había accedido a las pretensiones de la demanda que interpuso en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 11001-33-35-021-2015-00906-01,



promovido por el accionante en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR).

En concreto, solicitó que se dejara sin efectos el fallo cuestionado y se ordene a la autoridad judicial demandada que profiera una nueva decisión a través de la cual se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en la norma vigente al momento de su ingreso como miembro de la Policía Nacional, esto es, con el Decreto 1212 de 1990, mas no con sustento en el inciso segundo del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004.

La solicitud tuvo como fundamento, los siguientes

2. Hechos

Sostuvo que prestó el servicio militar obligatorio del 18 de agosto de 1994 al 30 de julio de 1995, y que el 17 de febrero de 1997 ingresó a la Policía Nacional en calidad de alumno del Nivel Ejecutivo, pero que el 20 de febrero de 1998 fue dado de alta como patrullero.

Indicó que mediante Resolución 2662 del 7 de julio de 2014 fue retirado del servicio activo de la institución, por la causal de destitución, hasta completar un tiempo laborado de 18 años, 7 meses y 26 días.

Agregó que, por lo anterior, ante CASUR presentó un escrito el 27 de mayo de 2015, con la finalidad de que se le reconociera su asignación mensual de retiro, conforme al artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, que exigía 15 o 20 años de servicios.

Adujo que dicha caja a través de la Resolución 10348/GAG – SDP del 2 de julio de 2015 le negó el referido derecho prestacional, al considerar que no cumplía con los 20 o 25 años de servicios exigidos en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012.

Añadió que el 25 de noviembre de 2015 interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra dicho acto



administrativo¹ y, como consecuencia de ello, se le reconociera su asignación mensual de retiro con fundamento en el Decreto 1212 de 1990.

Afirmó que el Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá mediante sentencia del 2 de diciembre de 2016 accedió a las pretensiones, al considerar que estaba amparado en la transición de la Ley 923 de 2004, dado que ingresó a la institución antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, procedía tal reconocimiento con fundamento en el Decreto 1212 de 1990.

Aseveró que la aludida caja de retiro apeló la decisión de primera instancia, bajo el sustento de que como ingresó de manera directa al Nivel Ejecutivo, nunca había tenido la expectativa del reconocimiento prestacional deprecado, por lo que su situación se regía por el Decreto 1858 de 2012², que exigía 20 y 25 años de acuerdo a la causal de retiro.

Manifestó que la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 25 de julio de 2018 revocó la decisión anterior, por lo siguiente:

«La Sala advierte entonces que el demandante ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa en vigencia del decreto 132 de 1995, es decir que no fue homologado de los grados Agente o Suboficial, por lo tanto no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el decreto 1858 de 2012. Por el contrario, está sometido al requisito de tiempo de servicio de 20 o 25 años, dispuesto [en] el inciso segundo del numeral 3.1. del artículo 3° de la ley 923 de 2004, sin embargo, el actor solo prestó servicios en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional durante 18 años, 7 meses y 26 días.»

Señaló que el precitado fallo se notificó electrónicamente el 9 de agosto de 2018.

¹ Asimismo, demandó la Resolución 6412/GAG – SDP del 12 de mayo de 2015.

² Artículo 2°.



3. Sustento de la vulneración

La parte actora sostuvo que se vulneraron sus garantías constitucionales, pues, a su juicio, con la providencia cuestionada se incurrió en un defecto sustantivo, al aplicar erróneamente el inciso segundo del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004.

Refirió que se incorporó a la institución antes de la entrada en vigencia de dicha norma, lo cual acreditó en el proceso con la hoja de servicios, de manera que procedía el reconocimiento de asignación mensual de retiro no con fundamento en el Decreto 1858 de 2012, ya que este no consagra como causal específica la destitución sino la separación absoluta.

Manifestó que tanto la administración como la autoridad judicial demandada debía inaplicar el mencionado decreto, puesto que con dicha norma se desbordó el marco de facultades otorgado por el legislador, al exigir 25 años de servicios por una causal que no fue la que se configuró en el caso concreto, por lo que, a su juicio, se desconocieron sus expectativas legítimas para disfrutar de su asignación mensual de retiro.

Señaló que con las decisiones administrativas acusadas se violaron los numerales 10 y 19 (letra e) del artículo 150 superior, además de la jerarquía que tiene una ley marco, como lo es la Ley 923 de 2004, sobre el Decreto 1858 de 2012 y, por el contrario, tienen como fundamento unas normas que fueron declaradas nulas por inconstitucionalidad (Decretos 4433 de 2004 y 1091 de 1995).

Indicó que como en la actualidad no existe norma vigente para el caso en particular, deben aplicarse por analogía los Decretos 132 de 1995 y el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, pues las disposiciones que regulaban la prestación en comento para el Nivel Ejecutivo han sido anuladas, conforme las cuales procede el reconocimiento prestacional deprecado con el tiempo de servicios que acreditó.



Hizo referencia a varias providencias según las cuales quienes fueran miembros activos al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, se beneficiaban de la transición consagrada en dicha norma, por lo que para el reconocimiento de la asignación de retiro no podía exigírseles un tiempo superior al establecido en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años por retiro de forma absoluta). Al respecto, citó las siguientes:

- a) Sentencia del 19 de abril de 2018, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso 05001-23-33-000-2013-01922-01, consejero William Hernández Gómez.
- b) Fallo del 28 de septiembre de 2017, dictado por la Subsección B de la misma Corporación, dentro del expediente 15001-23-33-000-2015-00238-01, magistrada ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

4. Trámite de la solicitud de amparo

Mediante auto del 10 de septiembre de 2018 se admitió la solicitud de tutela y se ordenó notificar a los magistrados que integran el Tribunal demandado, además, entre otros asuntos, se vinculó como terceros interesados al Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y al director general de Casur.

4.1 Con posterioridad a la admisión antes referida, con memorial recibido el 13 de septiembre de 2018, la parte actora allegó copia de la sentencia del 3 de septiembre de 2018, dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad de única instancia identificado con el radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00, a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012.

Asimismo, a través de memorial de la misma fecha, el accionante aportó copia del fallo de tutela del 8 de mayo de 2018, emitido dentro del proceso 11001-03-15-000-2018-00910-



00, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, en los que en un caso similar al aquí debatido accedió al amparo solicitado.

5. Argumentos de defensa

5.1 Magistrados que integran el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C

Mediante escrito recibido el 19 de septiembre de 2018, dicha autoridad, señaló que en la providencia demandada se efectuó un análisis fáctico y jurídico serio del caso particular, pero que la Sala se somete al juicio que se aborde en esta vía constitucional, luego de que se verifique si al accionante le asiste o no el derecho que reclama.

5.2 Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

Pese a su notificación, esta autoridad judicial no contestó.

5.3 Casur

La referida caja de retiro, a través del jefe de la Oficina Asesora Jurídica, manifestó que la solicitud de amparo es improcedente, ya que lo pretendido por la parte actora es la revisión de un proceso legalmente concluido.

Hizo referencia a los antecedentes administrativos del asunto en particular, para luego destacar que los jueces naturales de la causa son independientes y autónomos en sus decisiones, por lo que no puede utilizarse la acción de tutela como si se tratara de un control de legalidad de las providencias judiciales.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la acción de tutela de la



referencia, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, en el presente evento, si la autoridad judicial demandada vulneró los derechos fundamentales invocados por la parte actora, por incurrir en un defecto sustantivo y en el desconocimiento del precedente invocado, al revocar el fallo condenatorio de primera instancia, con sustento en el inciso segundo del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004, pese a que, a su juicio, su situación jurídico prestacional se rige por la norma vigente al momento de su ingreso como miembro de la Policía Nacional, esto es, el Decreto 1212 de 1990.

Para abordar el problema jurídico planteado se analizarán los siguientes aspectos: i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados los requisitos adjetivos de procedencia, se estudiará, iii) el fondo del reclamo.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012³, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁴, conforme al cual:

«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

³ Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

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



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.»⁵.

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, 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, 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**...».

Es claro 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 amplia⁶ 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).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.



En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez y 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.

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.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, 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.

Al respecto, resulta del caso reiterar 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.

4. Examen de los requisitos de procedibilidad de las acciones de tutela contra providencias judiciales. Procedencia adjetiva

Para comenzar el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que la sentencia cuestionada se profirió dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del



derecho. De manera que, se cumple el requisito de que no se trate de tutela contra tutela.

Asimismo, se advierte que no existe otro mecanismo de defensa judicial ordinario para controvertirla, ya que se demanda la sentencia de segunda instancia emitida dentro del referido medio de control.

Tampoco se observa que los reproches formulados por la tutelante tengan identidad con las causales que hacen procedente el recurso extraordinario de revisión o el de unificación de jurisprudencia.

Al respecto, no se advierte la configuración de alguna causal que haga procedente dicho medio de defensa extraordinario, toda vez que en el presente asunto no se discute la existencia de alguna prueba encontrada o recobrada después de dictarse la sentencia, ni se alega falsedad de documentos, o de un dictamen pericial emitido por perito condenado penalmente, o que medie algún tipo de violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia, o alguna incongruencia entre lo solicitado y lo fallado, o que aparezca una persona con mejor derecho o que se controvierta la aptitud legal para ser titular de una prestación periódica o la configuración de cosa juzgada.

Asimismo, tampoco se advierte la procedencia del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia de conformidad con el artículo 256 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En lo que respecta al parámetro de la inmediatez, la Sala advierte que se cumple porque la providencia de segunda instancia cuestionada proferida el 25 de julio de 2018, se notificó electrónicamente el 9 de agosto de la misma anualidad, mientras que la solicitud de amparo fue radicada el 5 de septiembre de 2018, es decir, sin necesidad de establecer la fecha de ejecutoria de aquella, se advierte un pronto ejercicio de la acción de tutela.



Así las cosas, como la presente solicitud de amparo superó los requisitos generales de procedibilidad, la Sala resolverá si se vulneraron o no los derechos fundamentales invocados.

5. Estudio de fondo del caso

Para la parte actora con la providencia cuestionada se vulneraron los derechos fundamentales invocados, pues, a su juicio, la autoridad judicial demandada incurrió en un defecto sustantivo, al aplicar erróneamente el inciso segundo del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 1858 de 2012, y correlativamente desconocer que con el tiempo de servicios prestados sí le asiste derecho al reconocimiento de su asignación mensual de retiro con fundamento en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

A su vez, el accionante hizo referencia a dos sentencias según las cuales quienes fueran miembros activos al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, se beneficiaban de la transición consagrada en dicha norma, por lo que para el reconocimiento de la asignación de retiro no podía exigírseles un tiempo superior al establecido en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años por retiro de forma absoluta)⁷.

El Tribunal demandado manifestó que en la providencia acusada se efectuó un análisis fáctico y jurídico serio del caso particular, pero que se sometía al juicio que se abordara en esta vía constitucional, luego de que se establezca si efectivamente le asiste o no la protección que reclama el actor. En calidad de vinculada la Caja de Retiro se opuso a la prosperidad de la solicitud de amparo.

Así las cosas, se procede al estudio de los defectos alegados de la siguiente manera:

⁷ a) Sentencia del 19 de abril de 2018, proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso 05001-23-33-000-2013-01922-01, consejero William Hernández Gómez. b) Fallo del 28 de septiembre de 2017, dictada por la Subsección B de la misma Corporación, dentro del expediente 15001-23-33-000-2015-00238-01, magistrada ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.



i) Defecto sustantivo:

En primer lugar, debe indicarse que en relación con este defecto se ha considerado que se configura cuando⁸:

*«... la actuación controvertida desconoce una ley adaptable al caso o se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable, ya sea porque (i) la norma perdió vigencia por cualquiera de las razones de ley, (ii) es inconstitucional, (iii) o porque el contenido de la disposición no tiene conexidad material con los presupuestos del caso. También puede darse en circunstancias en las que a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le (sic) reconoce a las autoridades judiciales, se produce (iv) **un grave error en la interpretación de la norma, el cual puede darse por desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes o cuando la decisión judicial se apoya en una interpretación contraria a la Constitución**»⁹ (negrilla fuera del texto)*

En atención a lo solicitado por la parte actora, la Sala considera necesario efectuar el siguiente análisis del régimen de la asignación de retiro en la Policía Nacional¹⁰:

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

⁸ Corte Constitucional, en la sentencia T-523 de 2013, se señaló que «Pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso en concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución o la ley, pues de hacerlo, se constituye en una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada. Por lo anterior, cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente irrazonable o se deja de aplicar una norma aplicable, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial, ésta deja de ser una vía de derecho para convertirse en una vía de hecho, razón por la cual la misma deberá dejarse sin efectos jurídicos, para lo cual la acción de tutela el mecanismo apropiado. En esta hipótesis no se está ante un problema de interpretación normativa, sino ante una decisión carente de fundamento jurídico, dictada según el capricho del operador jurídico, desconociendo la ley, y trascendiendo al nivel constitucional en tanto compromete los derechos fundamentales de la parte afectada con tal decisión.»

⁹ Corte Constitucional, sentencia T - 464 de 2011, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, sentencia de tutela del 18 de abril de 2018. Expediente 11001-03-15-000-2018-00606-00.



demás servidores públicos, y a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en las Leyes 100 de 1993 y 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 ...»

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. Así mismo mediante Decreto 1091 de 1995¹¹, 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 2007¹², al considerar que *«...el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar*

¹¹ Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

¹² Expediente 11001-03-25-000-2004-00109-01.



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 2004¹³ (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. Es decir, 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 2004¹⁴, 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*

¹³ 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.

¹⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.



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 ...»¹⁵

Conforme al recuento normativo anterior se precisa 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 párrafo segundo del artículo arriba citado fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de abril de 2012 (radicado interno 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, se precisa que los Decretos 1091 de 1995 y 4433 del 2004 establecieron un tiempo mayor para acceder a la asignación de retiro (20 y 25 años) al que se encontraba previsto en el Decreto 1212 de 1990 (15 o 20 años), según la causal de retiro o desvinculación.

Por lo que, al quedar en firme las sentencias que declararon la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y el párrafo 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»¹⁶.

Luego, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1858 de 2012 «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de

¹⁵ Negrilla fuera del texto original.

¹⁶ Sentencia de 28 de septiembre de 2017, expediente 150012333000201500238 01, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B



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 ...»

Ahora bien, inicialmente 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.

Finalmente, resulta del caso precisar que solo fue con posterioridad a la admisión de la solicitud de amparo que el actor hizo mención de la reciente sentencia del 3 de septiembre de 2018, dictada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del proceso de nulidad de única

¹⁷ Radicado 110010325500020130054300.



instancia identificado con el radicado 11001-03-25-000-2013-00543-00, que declaró la nulidad del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012. No obstante, considera la Sala necesario hacer referencia a dicha decisión puesto que con ella se precisaron los siguientes asuntos:

i) Consideró que con la incorporación al ordenamiento jurídico de dicho artículo, el Gobierno Nacional había desconocido los términos temporales previstos en el artículo 3.1 inciso 2° de la Ley marco 923 de 2004 para acceder al derecho de asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporados directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004. En lo particular, indicó:

*«Tampoco es de recibo sostener que fue el querer del legislador incorporar tácitamente los términos temporales del Decreto 1091 de 1995 para completar la proposición jurídica contenida en el artículo 3.1, inciso 2 de la Ley 923 de 2004, no solamente porque de haber sido así, nada hubiera obstado para que lo hubiera dejado expresamente consignado en el texto legal, sino porque el propio Congreso de la República conocía de primera mano el devenir histórico signado por las declaratorias de inexequibilidad y nulidad de leyes y actos que no cumplían con los parámetros constitucionales de haber sido expedidos en observancia de la reserva de Ley o con las garantías establecidas en la Ley Marco. **De suerte tal, que la Ley 923 de 2004 no advirtió jamás distinción alguna entre las instituciones que integran la Fuerza Pública, ni mucho menos diferenció para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional entre personal homologado o de vinculación directa al momento de establecer los límites, criterios y objetivos que debían ser tenidos en cuenta para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro.***

En conclusión de esta primera disquisición, la Sala encuentra que por remisión expresa de la Ley 923 de 2004, a los miembros de la Policía Nacional, entre los cuales se hallan los que integran el nivel ejecutivo, que se encontraran activos al momento de la expedición de la Ley, esto es, al 31 de diciembre de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio, para efectos de acceder a la asignación de retiro, superior al



establecido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por ser esta la normativa que se encontraba vigente para dicho momento, cuando quiera que la causal de retiro invocada sea la de solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando la desvinculación se produzca por cualquier otra causal.»¹⁸

Por lo antes citado, en el referido fallo se concluyó que tales requisitos eran más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, ya que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringen a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.

ii) Preciso que al desconocer y traspasar dichos límites materiales previstos para la fijación del régimen de asignación de retiro de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional se había excedido en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada que le fuera conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 superior.

iii) Resaltó que tal exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada por parte del Gobierno Nacional ocurrió cuando quiera que so pretexto de fijar el régimen 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, que plasmó en la disposición demandada, osó en modificar el contenido de la Ley Marco *«...pasando por alto el hecho reiteradamente normado que las disposiciones reglamentarias deben estar subordinadas a la respectiva ley y tener como finalidad exclusiva la cabal ejecución de ella»*.

iv) Advirtió que *«...en la medida en que la Ley 923 de 2004 no diferenció, como quedó dicho, para efectos de garantizar el derecho de acceso a la asignación de retiro, entre el personal homologado o incorporado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional; creo (sic) un impacto fiscal per se que no puede ser atribuido a la presente decisión, sino que se encuentra*

¹⁸ Negrilla fuera del texto original.



inmerso en las normas jurídicas que determinaron los criterios para la fijación del respectivo régimen.»¹⁹

v) En cuanto a los efectos de la sentencia, en concreto señaló:

«Es así como, esta Subsección declarará la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, no sin antes advertir que los efectos otorgados a esta sentencia serán de carácter ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome²⁰. En tal sentido, respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las ‘afecta’, de manera inmediata²¹» (subrayado fuera del texto original)

De manera que, considera la parte actora que la autoridad judicial demandada incurrió en un defecto sustantivo, al aplicar erróneamente el inciso segundo del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 y el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, y además, porque correlativamente desconoció que con el tiempo de servicios prestados sí le asistía derecho al reconocimiento de su asignación mensual de retiro con fundamento en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

No obstante, se advierte que si bien en la mencionada sentencia del 3 de septiembre de 2018, anulatoria del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, se precisó que los efectos serían *ex tunc* para situaciones no consolidadas y que, por lo tanto, tal decisión afectaba de manera inmediata, lo cierto es que al momento de proferirse la providencia acusada (25 de julio de 2018), dicho

¹⁹ Subrayado fuera del texto.

²⁰ Consejo de Estado. expediente 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

²¹ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).



sustento normativo se encontraba vigente. Ello, sin perjuicio del marco regulatorio contenido en la Ley 923 de 2004.

Por lo que, se advierte que el Tribunal demandado adoptó su decisión fundada en una norma que para ese momento estaba vigente, esto es, el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, el cual distinguía dos eventos para el reconocimiento de la anotada prestación, a saber:

- a) 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,
- b) 25 años de servicios cuando el retiro sea por solicitud propia, separación absoluta o destitución.

Para el caso particular, se encuentra que el accionante el 17 de febrero de 1997 ingresó a la Policía Nacional en calidad de alumno del Nivel Ejecutivo y prestó sus servicios por el lapso de 18 años, 7 meses y 26 días, y precisamente ello fue el fundamento para que la autoridad judicial demandada al momento de dictar la sentencia acusada considerara que no se cumplía con el tiempo requerido para acceder al reconocimiento de la asignación de retiro del actor pretendida.

Ahora bien, se observa que la parte actora invocó el desconocimiento de unas sentencias emitidas por la Sección Segunda de esta Corporación, según las cuales quienes fueran miembros activos al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, se beneficiaban de la transición consagrada en dicha norma, por lo que para el reconocimiento de la asignación de retiro no podía exigírseles un tiempo superior al establecido en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años por retiro de forma absoluta).

Asimismo, el actor con posterioridad a la admisión de la solicitud de amparo, aportó copia del fallo de tutela del 8 de mayo de 2018, emitido dentro del proceso 11001-03-15-000-2018-00910-



00, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, en los que en un caso similar al aquí debatido accedió al amparo solicitado.

En relación con dicho vicio es importante tener en cuenta que la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

«El precedente debe ser anterior a la decisión en la que se pretende aplicar y, además, debe presentarse una semejanza de problemas jurídicos, escenarios fácticos y normativos.»

Adicionalmente, debe señalarse que esta Sección en reiterados pronunciamientos ha indicado que el concepto de precedente hace referencia a la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la *ratio decidendi*, la cual no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho.

Asimismo, se ha destacado que el carácter vinculante de las reglas o subreglas de derecho creadas por las Altas Cortes, encuentra su fundamento en la jerarquía del juez, a sus funciones asignadas por la norma superior y a la garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica, así como, en la coherencia del ordenamiento jurídico.

Por tanto, la parte que invoca el desconocimiento de un precedente judicial, debe cumplir con la carga mínima de i) identificar la decisión que considera desatendida, ii) la *ratio* de la misma aplicable a la solución del nuevo caso que se somete a la jurisdicción dada la analogía con la *litis* anterior, y iii) la incidencia de esta en la decisión final que adopte el fallador de instancia.

Conforme a lo alegado por la parte demandante, la Sala debe precisar que solo las sentencias de unificación y las emitidas en virtud del control abstracto de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que contengan una regla de derecho, pueden



considerase precedente judicial; sin embargo, las providencias de tutela dictadas por el Consejo de Estado no tienen tal naturaleza, en la medida que a través de ellas la Alta Corporación plasma un criterio y, porque además, no es el órgano de cierre en materia constitucional.

Así las cosas, revisadas las sentencias señaladas como desconocidas por la parte accionante, se evidencia que la dictada el 28 de septiembre de 2017 en el proceso 15001-23-33-000-2015-00238-01(4302-2015), contiene un fundamento normativo distinto (Decreto 1213 de 1990) al que pretende se le aplique (Decreto 1212 de 1990) y además con ella se analizó la controversia de un uniformado que ingresó al Nivel Ejecutivo por homologación. Por tanto, esta decisión no constituye precedente.

Ahora bien, se encuentra que en la providencia del 19 de abril de 2018 emitida en el proceso 05001-23-33-000-2013-01922-01 (1288-2016), se concluyó que el demandante –quien ingresó como alumno a dicho nivel- por ser miembro activo de la Policía Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 era beneficiario del régimen de transición del artículo 3º ordinal 3.1 de dicha normativa y, por tanto, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le podía exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 (15 años por ser retirado en forma absoluta).

En dicha sentencia, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, precisó que al momento de ingresar el demandante al servicio de la Policía Nacional como alumno en el Nivel Ejecutivo (12 de julio de 1994), se encontraba vigente el Decreto 1212 de 1990, el cual, en su artículo 144 señalaba un tiempo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia, pues también en ese caso en particular la desvinculación se produjo por la destitución. Al respecto, también se indicó:



«...En ese sentido, a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004) el demandante se encontraba en servicio activo en la Policía Nacional y por tanto, no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores.

En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3.º, ordinal, 3.1.º inciso segundo de la Ley 923 de 2004, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 la persona se encuentre en servicio activo de la Fuerza Pública.

...

...Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante le es aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia, requisito que cumple el demandante toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 17 años, 3 meses y 28 días y su retiro se generó con ocasión de destitución (folio 2).»

Así las cosas, el cargo del presunto desconocimiento de precedente está llamado a prosperar, en atención a que lo anterior guarda similitud fáctica y jurídica con el asunto bajo estudio, pues se trata de uniformados que ingresaron como alumnos a dicho nivel ejecutivo, los cuales al encontrarse en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 eran beneficiarios del régimen de transición del artículo 3º ordinal 3.1 *ibidem*, por lo que para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

Así las cosas, se accederá al amparo del debido proceso solicitado, puesto que se advierte que el Tribunal demandado incurrió en el desconocimiento del precitado precedente, al



aplicar el Decreto 1858 del 2012 para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, en contravía del régimen de transición garantizaba la expectativa para que la situación de quienes se encontraban en servicio activo de la Policía Nacional continuara rigiéndose por el Decreto 1212 de 1990, en lo atinente al tiempo de servicio.

En consecuencia, se dejará sin efectos la providencia demandada, para que en su lugar, en el término de los 30 días siguientes a la notificación de esta providencia, con ocasión del recurso de apelación presentado en contra de la decisión de primera instancia, profiera una sentencia de reemplazo en la que tenga en cuenta los parámetros antes analizados para establecer si le asiste derecho al accionante a que se le reconozca su asignación de retiro conforme al artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

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: Ampárese el derecho al debido proceso del señor Paulo César Izquierdo Jaramillo, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: Déjase sin efectos la sentencia de 25 de julio de 2018 proferida por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 11001-33-35-021-2015-00906-01, conforme a las consideraciones.

En consecuencia, ordénase a los señores magistrados de la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que en el término de los 30 días siguientes a la notificación de esta providencia, decidan el recurso de apelación interpuesto contra el fallo del 2 de diciembre de 2016 del Juzgado 21 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,

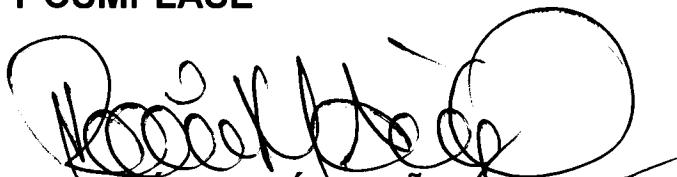


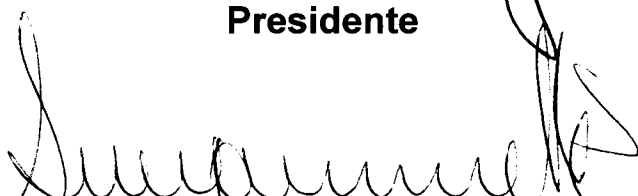
que había accedido a las pretensiones de la demanda promovida por el accionante en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR), en atención a las motivaciones.

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

CUARTO: Si en el término de 3 días siguientes a su notificación no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente al de la ejecutoria de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera *Aclaro voto*


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

