Sentencia T-261/19

Referencia: Expedientes T-7.033.327 y T-7.033.331 (acumulados)

Acciones de tutela instauradas por *i)* Arnulfo Rey López contra la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (T-7.033.327); y *ii)* Jorge Eliécer Hernández Suárez contra el Juzgado 25 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá y la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (T-7.033.331).

Magistrado Sustanciador:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por: *i)* la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera instancia, y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, en segunda instancia, en la acción de tutela instaurada por Arnulfo Rey López contra la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y *ii)* la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en primera instancia, y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación, en segunda instancia, en la acción de tutela instaurada por Jorge Eliécer Hernández Suárez contra el Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

Expediente T-7.033.327

Hechos

1. El 20 de febrero de 2018, Arnulfo Rey López, actuando por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales *"a la dignidad humana, la solidaridad, el derecho a la igualdad ante la ley, a la vida en condiciones dignas, en conexidad con el derecho al trabajo y la seguridad social, la situación más favorable al trabajador y los derechos adquiridos"*[1].

2. Señaló que se vinculó a la Policía Nacional desde el 6 de diciembre de 1993, fecha en la que ingresó a prestar el servicio militar como auxiliar de policía.

3. Indicó que mediante la Resolución n.° 05282 del 25 de octubre de 1996 fue dado de alta como miembro del nivel ejecutivo y a través de la Resolución n.° 02335 del 27 de mayo de 2015, ostentando el grado de intendente, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, por destitución.

4. Mencionó que le fueron computados y reconocidos 20 años, 8 meses y 17 días de servicio a la Fuerza Pública.

5. Sostuvo que el 4 de septiembre de 2015 solicitó ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- el reconocimiento de la asignación mensual de retiro, petición que fue negada por esa entidad mediante el Oficio n.° 19132 del 15 de octubre de 2015, al considerar que *"de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el Decreto 1858 de 2012, normas de carácter especial que regulan la carrera del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional (...) el personal [de ese nivel] que ingresó al escalafón por incorporación directa, que sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos deben acreditar (25) años de servicio, condición que no cumple [el accionante], para efecto del reconocimiento de asignación mensual de retiro"*[2].

6. Refirió que el 18 de febrero de 2016 interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando[3]: *i)* aplicar *"la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad"* del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, por ser *"manifiestamente violatorios de los artículos 13, 48, 53, 83 y 220 de la Constitución y la Ley 4° de 1992, al establecer y mantener desmejoras y discriminaciones en contra de los integrantes del nivel ejecutivo de la Policía Nacional"*; *ii)* declarar la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de la asignación mensual de retiro; y *iii)* ordenar a la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional -CASUR- reconocer esa prestación de forma vitalicia y en cuantía del 75% a partir del 24 de julio de 2015, fecha de su desvinculación.

---

[1] Cuaderno de instancias, folio 1.
[2] Cuaderno de instancias, folio 106.
[3] Cuaderno de instancias, folio 7.

7. Manifestó que en sentencia del 23 de marzo de 2017, el Juzgado 54 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, accedió a las pretensiones de la demanda. Ese despacho decidió *"inaplicar por excepción de inconstitucionalidad el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012"* y ordenar a CASUR reconocer y pagar la asignación de retiro, luego de encontrar que esa disposición *"lo único que hizo fue reproducir de forma taxativa lo establecido en el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y artículo 25 del Decreto 4433 de 2004"*[4], normas que habían sido declaradas nulas.

8. Adujo que esta decisión fue revocada por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 9 de noviembre de 2017 aduciendo que el demandante no acreditó 25 años de servicio para ser acreedor de la asignación de retiro, esto, en aplicación de lo establecido en el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012.

9. A juicio del accionante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto sustantivo por inobservancia del régimen de transición establecido en el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004[5]; en un *"defecto fáctico por desconocimiento del precedente jurisprudencial reciente del Consejo de Estado"*; y en un *"defecto procedimental"*, ya que *"debió pronunciarse sobre la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad"*[6].

10. Puso de presente que el régimen de asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo vinculado por incorporación directa, desde su creación mediante el Decreto 041 de 1994 pasando por los Decretos 2070 de 1994 y 4433 de 2004, ha presentado serios inconvenientes por exigir tiempos superiores a los ya establecidos para los demás miembros de la Fuerza Pública. Explicó que esta situación fue corregida con la Ley 923 de 2004; sin embargo, el Gobierno expidió el Decreto 1858 de 2012 *"cuyo artículo 2° es fiel copia y reproducción de las normas que han sido anuladas por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo"*[7].

11. Con fundamento en lo anterior, solicitó: *i)* se deje sin efecto la sentencia del 9 de noviembre de 2017 proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; *ii)* en su lugar, se ordene emitir un nuevo pronunciamiento donde se reconozca la asignación mensual de retiro a partir del 24 de julio de 2015 en aplicación del régimen de transición de la Ley 923 de 2004; y *iii)* se condene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- a pagar de manera indexada las sumas adeudadas de acuerdo

---

[4] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folios 73 a 78. Sentencia de primera instancia.

[5] *"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"*.

[6] Cuaderno de instancias, folio 5.

[7] El accionante se refiere a la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 12 de abril de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00016-00 (0290-06) y 11001-03-25-000-2007-00049-00 (1074-07). C.P: Alfonso Vargas Rincón, mediante la cual se declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004.

a la variación del IPC, desde el momento en que se hizo exigible la asignación de retiro hasta su pago efectivo.

Trámite procesal a partir de la acción de tutela

12. Mediante Auto del 23 de febrero de 2018, la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado avocó conocimiento de la acción de tutela, disponiendo notificar a la parte accionada para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción. Asimismo, vinculó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen al amparo de tutela.

Respuestas de las entidades accionadas

13. La Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostuvo que la decisión adoptada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se ajustó al material probatorio que obraba en el expediente, a la normativa y a la jurisprudencia vigentes, con fundamento en lo cual determinó que *"toda vez que el Decreto 1858 de 2012 se encuentra plenamente vigente y consecuencialmente aplicable para el caso del demandante, en razón de que aquel ingresó o fue incorporado de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional el 12 de febrero de 1996, su situación jurídica, concerniente al reconocimiento de la asignación de retiro, se encuentra determinada por el artículo 2 de la norma ibídem, toda vez que no se trata de personal homologado al nivel ejecutivo, pues nunca perteneció al nivel de suboficiales o agentes, sino que ingresó de manera directa a ese nivel"*[8].

El Tribunal puso de presente que en la sentencia cuestionada se hizo referencia al Auto del 8 de octubre de 2015 proferido por el Consejo de Estado mediante el cual revocó el auto que suspendió provisionalmente el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012. En ese proveído se explicó que las decisiones que han anulado los decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 se fundamentaron en que *"al reglamentar lo relacionado con el requisito de tiempo servicio para acceder a la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en ellos no se diferenció entre el personal incorporado directamente y el homologado (…) mientras esas providencias analizaron la legalidad de los apartes normativos de los decretos reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004, el artículo 2° del decreto Reglamentario 1858 de 2012 regula lo atinente al régimen de asignación de retiro del personal incorporado directamente a dicha carrera policial (…)"*[9].

Con sustento en lo anterior, el Tribunal accionado indicó que al personal incorporado directamente le es aplicable plenamente el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, motivo por el cual al accionante le era exigible el cumplimiento de un tiempo mínimo de 20 o 25 años de servicio, dependiendo de la causal de retiro.

---

[8] Cuaderno de instancias, folio 76.

[9] Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Auto del 8 de octubre de 2015. Radicado: 1060-2013. C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Aparte citado por el Tribunal accionado en la contestación de la acción de tutela.

Dado que el actor ingreso de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y fue retirado por destitución el 27 de mayo de 2015, en los términos del mencionado artículo 2° debía acreditar 25 años de servicio, pero solo logró demostrar 20 años, 8 meses y 22 días.

14. La Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- mencionó que mediante la Resolución n.° 02335 del 27 de mayo de 2015, Arnulfo Rey López fue destituido, inhabilitado para ejercer la función pública en cualquier cargo por el término de 12 años y excluido del escalafón o carrera.

Así mismo, que en Oficio n.° 19132 del 15 de octubre de 2015 esa entidad le informó al señor Rey López que no cumplía con los requisitos para el reconocimiento de la asignación mensual de retiro, en tanto *"de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el Decreto 1858 de 2012 (…) el personal del nivel ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa, que sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos deben acreditar 25 años de servicio, condición que no cumple el mencionado señor"*[10].

De otra parte, sostuvo que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el control de legalidad de las providencias judiciales, por cuanto la ley consagra los recursos y las oportunidades procesales para interponerlos garantizando el derecho de defensa y doble instancia.

Sentencias objeto de revisión

Primera instancia

15. En sentencia del 20 de marzo de 2018, la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado constató que al aplicar el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 a una situación amparada por el artículo 3° de la Ley 923 de 2004 y al no tener en cuenta el lineamiento jurisprudencial sobre la materia, el Tribunal accionado incurrió en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente judicial. Al respecto, explicó:

> *"No puede desconocerse que la Ley 923 de 2004, fijó lo que puede denominarse como régimen de transición y la condición que impuso esa ley para ser beneficiario del mismo, es que al momento de la entrada en vigor, el personal se encontrare en servicio activo en la fuera pública (Policía Nacional o Fuerzas Militares), sin indicar ni carrera, ni forma de vinculación, y estableció como requisito para acceder a la asignación de retiro que no se podía exigir tiempo superior al regido por las disposiciones vigentes al 30 de diciembre de 2004, cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro ocurra por cualquier otra causal. Adicionalmente, al surgir el nivel ejecutivo el legislador indicó que con la creación del mismo no se podía discriminar ni desmejorar, en*

[10] Cuaderno de instancias, folio 81.

> *ningún aspecto, la 'situación actual' (1995) de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo. Lo que indica que en este caso la situación fáctica del demandante goza de protección reforzada"*[11].

Sumado a lo anterior, el *a quo* mencionó que para la fecha del fallo que se cuestiona, ya existía el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004 y la regla jurisprudencial que sentó el criterio según el cual *"al haber sido declarado inexequible el Decreto Ley 2070 de 2003 y nulo el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que regulaba lo atinente al régimen pensional del nivel ejecutivo, quedaron vigentes tratándose de suboficiales, el Decreto 1212 de 1990 y de Agentes el Decreto 1213 de 1990 [normas que] exigían para acceder a la prestación 20 años de servicio cuando se retiren pos solicitud propia y 15 por las demás causales*[12] *"*[13].

16. Con fundamento en lo anterior, concedió el amparo invocado, dejó sin efectos la sentencia del 9 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y ordenó a ese Tribunal proferir una nueva providencia que se adecuara a las circunstancias fácticas del caso.

Impugnación

17. El Tribunal accionado impugnó el fallo de primera instancia, en primer lugar, porque en la sentencia cuestionada se reconoció que, efectivamente, el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 contenía un régimen especial para los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de esa ley, consistente *"en la prohibición de exigir como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro un tiempo superior al requerido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004"*[14].

Dado que para esa fecha el Decreto 1091 de 1995 era el que regulaba la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, norma que no fue declarada nula por el Consejo de Estado sino hasta el 14 de febrero de 2007, la intención del legislador al expedir la Ley 923 *"era que a ese personal se le respetase como tiempo de servicio las disposiciones vigentes al momento de la expedición del Decreto 1091 de 1995, el cual exigía un tiempo mínimo de servicio de veinte (20) o veinticinco (25) años, según la modalidad de retiro"*[15].

---

[11] Cuaderno de instancias, folio 116.

[12] *Sentencia del 12 de abril de 2012. Expediente No. 0290-06 (1074-07). Radicación: 11001-03-25-000-2006-00016-00.*

[13] Cuaderno de instancias, folio 106.

[14] Cuaderno de instancias, folio 32 (reverso).

[15] Al respecto, mencionó para llegar a esta conclusión se sustentó en lo señalado por el Consejo de Estado en Auto del 8 de octubre de 2015, que resolvió un recurso de súplica contra un auto que profirió esa misma Corporación en que suspendió provisionalmente el art. 2 del Decreto 1858 de 2012, oportunidad en la que se indicó lo siguiente: *"Ello lo que demuestra es que la intención, la voluntad, el espíritu de la Ley Marco 923 de 2004, su racionalidad misma, consiste en que al personal uniformado homologado hasta el 31 de diciembre de 2004, se les aplican las normas del régimen propio de su antiguo escalafón de Agentes y Suboficiales, es decir, los Decretos Leyes 1212 y 1213 de 1990, mientras que a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplica las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de 2004, que era el artículo*

Además, mencionó que las razones que fueron esbozadas por el Consejo de Estado para declarar la nulidad del referido artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 consistieron en que al aumentar el requisito de la edad para acceder a la asignación de retiro se desmejoró la situación del personal homologado al Nivel Ejecutivo, más no del que fue incorporado de manera directa, como es el caso del demandante.

18. Explicó que con posterioridad fue proferido el Decreto 4433 de 2004, cuyo artículo 25, parágrafo 2, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de junio de 2012, porque no realizó una distinción entre las personas que ingresaron por vez primera al nivel ejecutivo y los que lo hicieron en virtud del proceso de homologación. Por esa razón consideró que ese pronunciamiento no fue desconocido, en tanto sus alcances se referían única y exclusivamente al personal homologado al Nivel Ejecutivo y no al que fue incorporado de manera directa, como sucedió el caso del actor.

Fue ahí cuando se profirió el Decreto 1858 de 2012, que en el artículo 2 mantuvo el requisito del tiempo de servicio de 20 a 25 años, dependiendo de la modalidad de retiro, para aquellos que ingresaron por primera vez a la institución policial a la carrera profesional del Nivel Ejecutivo. Según el Tribunal accionado, con ello se entiende que la norma hizo una distinción entre ambos tipos de personal (homologado e incorporado directamente), y respetó el régimen de transición a favor del primero.

Segunda instancia

19. En sentencia del 10 de septiembre de 2018, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la decisión adoptada en primera instancia y negó la protección invocada. Adujo que no se configuraba el defecto sustantivo ya que, por un lado, el Tribunal demandado sí tuvo en cuenta lo previsto en el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 *"y razonadamente concluyó que no era aplicable, pues el demandante se vinculó directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y esa norma aplica para el personal homologado al nivel ejecutivo"*[16]; y por el otro, se remitió al Decreto 1858 de 2012, norma vigente al momento del retiro del accionante.

20. El *ad quem* sostuvo, además, que el régimen de transición del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 aplica únicamente al personal policial con condición de suboficial o agente de la Policía Nacional que se hubiera homologado al nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, que no es el caso del demandante.

Pruebas que obran en el expediente

---

51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; aclarando que para ese entonces, ni el legislativo, ni el Gobierno podían anticipar que dicho aparte normativo, sería declarado nulo por el Consejo de Estado en 2007". Cfr. Cuaderno de instancias, folio 129.

[16] Cuaderno de instancias, folio 144.

21. Las pruebas que obran en el expediente son las que a continuación se relacionan:

(i) Copia de la cédula de ciudadanía del señor Arnulfo Rey López[17].

(ii) Copia de la hoja de servicio de Arnulfo Rey López, expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional[18].

(iii) Copia de la Resolución n.º 02335 del 27 de mayo de 2015 *"por la cual se ejecuta una sanción disciplinaria impuesta a un Intendente de la Policía Nacional"*[19].

(iv) Copia de la solicitud de asignación de retiro radicada por Arnulfo Rey López ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-[20].

(v) Copia del Oficio n.º 19132 del 15 de octubre de 2015, mediante la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- da respuesta negativa a la solicitud de asignación de retiro presentada por Arnulfo Rey López[21].

(vi) Copia de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de marzo de 2017 por el Juzgado 54 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Arnulfo Rey López contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-[22].

(vii) Copia de la sentencia de segunda instancia proferida el 9 de noviembre de 2017 por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Arnulfo Rey López contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-[23].

Expediente T-7.033.331

Hechos

22. Jorge Eliécer Hernández Suárez, actuando por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

---

[17] Cuaderno de instancias, folio 101 (reverso).
[18] Cuaderno de instancias, folio 101.
[19] Cuaderno de instancias, folio 102.
[20] Cuaderno de instancias, folios 103 a 105.
[21] Cuaderno de instancias, folio 106.
[22] Cuaderno de instancias, folios 26 a 38.
[23] Cuaderno de instancias, folios 39 a 61.

23. Señaló que ingresó a la Policía Nacional el 18 de noviembre de 1996 y el último ascenso que obtuvo fue al grado de intendente el 7 de septiembre de 2011.

24. Indicó que mediante la Resolución n.° 05858 del 31 de noviembre de 2015, notificada el 7 de enero de 2016, fue retirado de la institución por destitución. Aclaró que para esa fecha había acumulado un tiempo de servicio de 19 años, 1 mes y 20 días.

25. Mencionó que mediante el oficio n.° 6650 del 11 de abril de 2016, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- negó la asignación mensual de retiro por él solicitada.

26. Por lo anterior, el 1° de septiembre de 2016 interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante la cual solicitó: *i)* decretar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n.° 6650 de 2016; *ii)* reconocer y pagar la asignación de retiro en los porcentajes y partidas consagradas en el Decreto 1212 de 1190; y *iii)* reconocer los perjuicios causados por la falta de pago de la prestación.

27. Manifestó que en sentencia del 15 de mayo de 2017, el Juzgado 25 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá negó las pretensiones aduciendo que solo acreditó 19 años, 2 meses y 9 días de servicio y según el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, el tiempo requerido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional para acceder a la asignación de retiro es de 25 años cuando sea destituido, como ocurrió en esa oportunidad.

28. Adujo que esta decisión fue confirmada por la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de diciembre de 2017 por las mismas razones.

29. A juicio del accionante, las autoridades judiciales accionadas incurrieron en un defecto sustantivo por inobservancia del régimen de transición establecido en el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004[24], normatividad que fijó unos parámetros para el personal de la Fuerza Pública que se encontraban en servicio activo al momento de su expedición. Según esa disposición, no se puede exigir un tiempo de servicio superior al regido en las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esa ley, que para este caso, sería el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990[25].

---

[24] *"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"*.

[25] Artículo 144: *"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,*** *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 cincuenta por ciento (50%) del monto de los primeros años de*

30. Consideró, además, que incurrieron en un desconocimiento del precedente horizontal y vertical, pues no atendieron algunas decisiones del Consejo de Estado y de Tribunales Administrativos, en las cuales se les ha reconocido la asignación de retiro en casos como el suyo.

31. Con fundamento en lo anterior, solicitó se revoque o deje sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se le ordene a esa autoridad judicial conceder la asignación de retiro con el correspondiente pago retroactivo.

Trámite procesal a partir de la acción de tutela

32. Mediante Auto del 21 de junio de 2018, la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado avocó conocimiento de la acción de tutela, disponiendo notificar a la parte accionada para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción. Asimismo, vinculó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen al amparo de tutela.

33. Las autoridades judiciales accionadas guardaron silencio.

Sentencias objeto de revisión

Primera instancia

34. En sentencia del 12 de julio de 2018, la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó el amparo invocado.

Sostuvo que la norma vigente para la fecha en que el actor fue retirado del servicio era el Decreto 1858 de 2012, como efectivamente lo reconoció el Tribunal accionado en su sentencia, disposición que reguló el régimen de transición para el personal homologado del nivel ejecutivo y el régimen común para el personal que ingresó a ese nivel de forma directa, como es el caso del accionante. Por lo anterior, concluyó que no se configuró un defecto sustantivo.

35. En cuanto al desconocimiento del precedente destacó que a la fecha *"no existe un precedente judicial en los términos de la Ley 1437 de 2011 sobre la materia de debate, puesto que no existe sentencia de unificación ni mecanismo de extensión de jurisprudencia, mecanismo de revisión o avocación oficiosa de procesos, en los cuales se haya definido esta materia"*[26].

Finalmente, sobre las decisiones que el actor alegó como desconocidas, encontró que no eran aplicables al variar en supuestos como la causal de retiro, las normas

---

servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad". (Resaltado por el accionante).

[26] Cuaderno de instancias, folio 81 (reverso).

vigentes al momento de la desvinculación, y las fechas de dos sentencias que son posteriores a las que ahora se cuestionan.

Impugnación

36. El accionante reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela. Adicionalmente, señaló que el Decreto 1858 de 2012 era inaplicable a su caso *"toda vez que está en contravía de la Ley Marco 923 de 2004"*[27]. Mencionó que además de vulnerar los derechos a la igualdad y al debido proceso, se estaría quebrantando la condición más beneficiosa para el trabajador, por cuanto *"para el tutelante es más benéfico la aplicación del Decreto 1212 de 1990 y le es más favorable por el tema del tiempo"*[28].

Segunda instancia

37. En sentencia del 10 de septiembre de 2018, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la decisión adoptada en primera instancia.

38. Adujo que no se configuraba el defecto sustantivo, en tanto el Tribunal demandado *"razonadamente aplicó el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, pues era la norma vigente al momento del retiro del actor y que regulaba la asignación de retiro para el personal vinculado de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional"*[29]. Al respecto, explicó que la fecha de retiro es la que determina la norma aplicable en cuanto al reconocimiento de la asignación de retiro *"toda vez que es la desvinculación la que da origen a que el derecho se cause o no, dependiendo el cumplimiento de los requisitos establecidos en ese momento"*[30].

Al *ad quem* sostuvo, además, que el régimen de transición del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 aplica únicamente al personal policial con condición de suboficial o agente de la Policía Nacional que se hubiera homologado al nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, que no es el caso del demandante[31].

39. Finalmente, coincidió con los argumentos del *a quo* en cuanto al desconocimiento del precedente judicial.

Pruebas que obran en el expediente

40. Las pruebas que obran en el expediente son las que a continuación se relacionan:

---

[27] Cuaderno de instancias, folio 90.
[28] Cuaderno de instancias, folio 92.
[29] Cuaderno de instancias, folio 112.
[30] Ibídem.
[31] Cuaderno de instancias, folio 112 (reverso).

(i) Copia de la hoja de servicio de Jorge Eliécer Hernández Suárez, expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional[32].

(ii) Copia de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de mayo de 2017 por el Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Bogotá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Jorge Eliécer Hernández Suárez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-[33].

(iii) Copia de la sentencia de segunda instancia proferida el 4 de diciembre de 2017 por la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Jorge Eliécer Hernández Suárez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-[34].

Trámite en sede de revisión

41. Los expedientes de la referencia fueron seleccionados y acumulados por la Sala de Selección de Tutelas número Diez de la Corte Constitucional[35] mediante Auto del 29 de octubre de 2018 notificado el 14 de noviembre de 2018.

42. Por medio de Auto del 11 de diciembre de 2018, el magistrado sustanciador solicitó a los Juzgados 54 Administrativo y 25 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, remitir en calidad de préstamo los expedientes correspondientes a las demandas de nulidad y restablecimiento de derecho en cada uno de los asuntos.

Lo anterior, con el fin de establecer, en caso de ser procedente el estudio de fondo de los casos *sub examine*, la configuración de alguno de los defectos que permiten la procedencia de la tutela contra providencia judicial.

43. El 23 de enero de 2019[36] la Secretaría General remitió al Despacho los expedientes solicitados en préstamo los cuales fueron allegados a esta Corporación el 22 de enero del año en curso.

II. CONSIDERACIONES

Cuestión preliminar. Delimitación del asunto

1. En la sentencia T-258 de 2017 la Corte sostuvo que *"si bien la acción de tutela tiene como rasgo distintivo su naturaleza dúctil, cuando se trata de violaciones a derechos fundamentales originadas en decisiones judiciales, el principio constitucional de autonomía judicial -previsto en el artículo 228 de la Carta-*

[32] Cuaderno de instancias, folio 101.
[33] Cuaderno de instancias, folios 38 a 46.
[34] Cuaderno de instancias, folios 39 a 61.
[35] Conformada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.
[36] De acuerdo con el informe del 16 de enero de 2019 proferido por la Secretaría General de esta Corporación, dicho proveído fue comunicado mediante los oficios OPTB-3071 y 3072 del 13 de diciembre de 2018 y para la fecha de vencimiento del término probatorio no se había recibido comunicación alguna.

conlleva una exigencia particular para el promotor de la demanda, consistente en lograr evidenciar, mediante argumentos concretos, que la presunta infracción del juez accionado alcanza magnitud constitucional, en la medida en que esté involucrada una afectación de garantías superiores". Bajo ese entendido, si el interesado demuestra a través de su argumentación que el debate que plantea tiene una verdadera relevancia constitucional, habilita al juez constitucional para adoptar las medidas tendientes a garantizar los derechos fundamentales que se someten a su consideración, de ser el caso.

En esa providencia también se explicó que lo anterior debe armonizarse con el principio *pro-actione*, *"el cual -en el contexto de la tutela contra providencia judicial- faculta al juzgador para encuadrar la censura formulada en las causales materiales de procedencia fijadas por la jurisprudencia"*.

2. Según se indicó en el acápite de antecedentes, los accionantes coinciden en afirmar que con las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales accionadas se incurrió, entre otros, en un defecto sustantivo por inobservancia del régimen de transición establecido en el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004, cuyo tenor dispone lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 3. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*
>
> *3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.*
>
> *A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal (...)".*

Como se desprende de dicha disposición, la Ley Marco 923 de 2004 estableció unos parámetros mínimos que el Gobierno debía tener en cuenta al momento de fijar el régimen de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Lo anterior significa que para determinar si se incurrió en el defecto alegado por los demandantes es necesario analizar, además, la normatividad expedida en cumplimiento de dichos parámetros, que en esta oportunidad es el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012. La inconformidad de los actores es, precisamente, que al aplicar esta disposición las autoridades judiciales

desconocieron ese elemento mínimo establecido en Ley 923 de 2004, pues el tiempo de servicio exigido en esa norma era mayor al permitido en la ley marco.

Ahora bien, como se verá más adelante, el mentado artículo 2° fue demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y fue declarado nulo mediante sentencia del 3 de septiembre de 2018, es decir, mientras se surtía el trámite de la tutela en sede de instancias.

3. Por lo anterior, la Sala delimitará el planteamiento del problema jurídico no solo a lo señalado en las acciones de tutela, sino a lo evidenciado en sede de revisión. Por esa razón, se complementará con los dos aspectos señalados previamente, esto es, la necesidad de incluir el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 y la decisión del Consejo de Estado que lo declaró nulo.

Problema jurídico

4. Con base en los hechos descritos corresponde a la Sala Octava de Revisión determinar, en primer lugar, si en los presentes casos se cumplen los requisitos generales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. En caso afirmativo, pasará a estudiar el fondo de los asuntos, para lo cual se abordarán los siguientes problemas jurídicos:

¿Las decisiones proferidas por las autoridades judiciales accionadas vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de los señores Arnulfo Rey López y Jorge Eliécer Hernández Suárez al incurrir en un defecto sustantivo: *i)* luego de determinar que no les asiste el reconocimiento de la asignación de retiro por no acreditar el tiempo de servicio exigido en el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, desconociendo con ello el régimen de transición establecido en el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004; *ii)* por negar el reconocimiento de la asignación de retiro con fundamento en el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, norma que fue declarada nula por el Consejo de Estado; y *iii)* por desconocimiento del precedente judicial, tras adoptar esas decisiones sin tener en cuenta el precedente de diferentes Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado sobre la materia?

¿La decisión proferida en segunda instancia por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Arnulfo Rey López al incurrir en un defecto sustantivo por abstenerse de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012?[37]

---

[37] Si bien el accionante solicitó la protección de su derecho fundamental al debido proceso al considerar que el Tribunal accionado incurrió en un *"defecto procedimental"*, ya que *"debió pronunciarse sobre la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad"*, la Sala encuentra que su reclamo se ajusta a un defecto sustantivo. Como se verá más adelante, el defecto procedimental se presenta cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido, mientras que el defecto sustantivo se puede configurar, entre otras razones, porque el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso. Bajo ese entendido se plantea el segundo problema jurídico.

5. Para ello, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: *i)* la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; *ii)* el defecto sustantivo como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; *iii)* la naturaleza jurídica de la asignación de retiro; y *iv)* la evolución normativa del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional. Finalmente *v)* resolverá los casos concretos.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia[38].

6. De la lectura del artículo 86 de la Constitución se desprende que el Constituyente de 1991 no realizó distinción alguna respecto de los ámbitos de la función pública en los cuales los derechos fundamentales podrían resultar vulnerados, por lo que la acción de tutela resulta procedente contra los actos y las decisiones expedidas en ejercicio de la función jurisdiccional.

En la sentencia C-543 de 1992 la Corte declaró inexequibles los artículos 11 y 40 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 que admitían la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En esta decisión se consideró que, aunque los funcionarios judiciales son autoridades públicas, dada la importancia de principios como la seguridad jurídica, la cosa juzgada constitucional y la autonomía e independencia judicial, la procedencia de la acción de tutela era factible solo en relación con *"actuaciones de hecho"* que impliquen una grave vulneración a los derechos fundamentales.

Posteriormente, la Corte acuñó el término "vía de hecho" para abordar el estudio de casos respecto de los cuales se advertía un proceder arbitrario que vulneraba derechos fundamentales[39] por *"la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental)"*[40] .

El desarrollo de la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales tuvo una nueva dimensión en la sentencia C-590 de 2005 a través de la cual la Corte declaró inexequible la expresión *"ni acción",* contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía ejercer la acción de tutela contra decisiones de casación en materia penal. Esta nueva dimensión abandonó la expresión "vía de hecho" e introdujo *"criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales*", los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen

---

[38] La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013, SU-769 de 2014, SU-336 de 2017, SU-072 de 2018 y SU-116 de 2018. Por tanto, mantiene la postura uniforme y reciente de esta Corporación sobre la materia.

[39] Sentencia T-079 de 1993.

[40] Ver sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998, T-260 de 1999.

restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

"24. Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente ***relevancia constitucional****. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*

b. Que se hayan ***agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada****, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*

c. Que se cumpla el requisito de la ***inmediatez****, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

d. ***Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora****. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.*

e. Que la parte actora ***identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados*** *y que hubiere*

alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. ***Que no se trate de sentencias de tutela****. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". (Resaltado fuera de texto).*

Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados *"causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales",* y se explicaron en los siguientes términos:

"a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para

garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución".

7. Ahora bien, teniendo en cuenta los problemas jurídicos planteados es necesario ampliar la conceptualización realizada y rememorar los criterios que permiten definir si una decisión se expidió contraviniendo la normatividad aplicable a los casos concretos y el precedente jurisprudencial sobre la materia[41].

8. Las autoridades judiciales y administrativas fueron dotadas de amplias competencias en la interpretación y aplicación del derecho a su cargo. Sin embargo, esta Corporación ha sostenido que la autonomía de la que gozan dichas autoridades no es absoluta, pues deben someterse al imperio del Estado de Derecho[42].

En reiterada jurisprudencia se ha señalado que el defecto sustantivo, como una circunstancia que determina la carencia de validez constitucional de las providencias judiciales, se causa cuando una providencia judicial acude a una motivación que contradice, de manera manifiesta, el régimen jurídico que debe aplicar[43]. En otras palabras, la autoridad judicial respectiva desconoce las normas de rango legal o infralegal aplicables en un caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada[44]. Tal evento se presenta en los siguientes casos:

> "*(i) la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente[45], b)* ***ha perdido su vigencia por haber sido derogada****[46], c) es inexistente[47] d) ha sido declarada contraria a la Constitución[48], e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, 'no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador'[49].*

---

[41] Al respecto, se puede consultar la sentencia T-259 de 2018.
[42] Sentencia SU-918 de 2013.
[43] Se pueden consultar las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994 T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003,T-205 de 2004 , T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009. Cfr., sentencia T-741 de 2017.
[44] Sentencia SU-918 de 2013.
[45] *Sentencia T-189 de 2005.*
[46] *Sentencia T-205 de 2004.*
[47] *Sentencia T-800 de 2006.*
[48] *Sentencia T-522 de 2001.*
[49] *Sentencia SU-159 de 2002.*

(ii) cuando pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable[50] o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes[51] o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial,[52]

(iii) ***cuando la autoridad judicial no toma en cuenta sentencias que han definido el alcance de una norma con efectos erga omnes***[53]*,*

(iv) cuando la disposición aplicada se muestra, injustificadamente regresiva[54] o contraria a la Constitución[55]

(v) cuando un poder concedido al juez por el ordenamiento se utiliza para un fin no previsto en la disposición[56]

(vi) cuando la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma, omitiendo el análisis de otras disposiciones aplicables al caso[57],

(vii) cuando se desconoce la norma aplicable al caso concreto,[58] [59]

(*viii) cuando la providencia judicial se profiere con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación[60] que afecte derechos fundamentales[61]*

(ix) ***cuando se desconoce el precedente judicial***[62] *sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, que hubiese permitido una decisión diferente si se hubiese acogido la jurisprudencia[6364] y*

---

[50] *Sentencias T-051 de 2009, T-1101 de 2005. y T-1222 de 2005.*
[51] *Sentencia T-462 de 2003, Sentencia T-001 de 1999.*
[52] *Sentencia T-066 de 2009. Sentencia T-079 de 1993.*
[53] *Sentencia T-814 de 1999.*
[54] *Sentencia T-018 de 2008*
[55] *Sentencia T-086 de 2007*
[56] *Sentencia T-231 de 1994.*
[57] *Sentencia T-807 de 2004.*
[58] *Sentencia T-056 de 2005. Ver además T-066 de 2009.*
[59] *Sentencia T-949 de 2009.*
[60] *Sentencia T-114 de 2002, T- 1285 de 2005.*
[61] *Sentencia T-086 de 2007.*
[62] *Ver las sentencias T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.*
[63] *Ver Sentencia T-1285 de 2005. Además, en la sentencia T-193 de 1995, esta Corporación señaló: "Es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art.13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución". Sobre este tema, también puede consultarse la sentencia T-949 de 2003.*
[64] *Sentencia T-086 de 2007.*

> *(x)* ***cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad*** *ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se solicite su declaración por alguna de las partes en el proceso[6566]".*[67] (Resaltado fuera de texto).

9. La Corte ha sostenido que cuando el juez de tutela advierta que una providencia incurre en alguna de las mencionadas situaciones deberá declarar la vulneración del derecho fundamental al debido proceso[68]. Así mismo, ha establecido que para que la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto constituya defecto sustantivo, se debe estar frente a una decisión judicial en la que el funcionario en su labor hermenéutica, desconozca o se aparte de forma abierta de los parámetros constitucionales y legales, de tal manera que vulnere o amenace derechos fundamentales de las partes[69].

En todo caso, lo anterior debe ser analizado bajo el entendido que el juez de tutela, en principio, no está llamado a definir la forma correcta de interpretación del derecho; sin embargo, en aquellos eventos en los que la interpretación dada por el juez ordinario carezca de razonabilidad y cuando se cumplen los requisitos anteriormente mencionados, se hace procedente la intervención del juez constitucional[70].

10. Particularmente, es preciso señalar que un juez incurre en dicho yerro cuando aplica una norma derogada, *"pues no solamente falta al debido proceso, sino también al principio de legalidad que rigen la actuación de los administradores de justicia colombianos"*[71]. Lo mismo sucede en los eventos en que una autoridad judicial no toma en cuenta sentencias que han definido el alcance de una norma con efectos *erga omnes*. De igual forma, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo cuando la autoridad jurisdiccional cuando, entre otros eventos, se aparta del precedente judicial[72] -horizontal o vertical-[73] sin justificación

---

[65] *Sobre el tema pueden consultarse, además, las sentencias SU-1184 de 2001; T-1625 de 2000; T-522 de 2001; T-047 de 2005. En la sentencia T-522 de 2001, la Corte señaló que: "es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicados porque los procesos se adelantan ante jueces especializados", razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad.*

[66] *Sentencia T-086 de 2007. Ver además Sentencia T-808 de 2007 "… en cualquiera de estos casos debe estarse frente a un desconocimiento claro y ostensible de la normatividad aplicable al caso concreto, de manera que la desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial sea notoria y no tenga respaldo en el margen de autonomía e independencia que la Constitución le reconoce a los jueces (Art. 230 C.P.). Debe recordarse además, que el amparo constitucional en estos casos no puede tener por objeto lograr interpretaciones más favorables para quien tutela, sino exclusivamente, proteger los derechos fundamentales de quien queda sujeto a una providencia que se ha apartado de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico".*

[67] Sentencia T-949 de 2009.

[68] Sentencia T-741 de 2017.

[69] Sentencia T-266 de 2012.

[70] Sentencia SU-918 de 2013.

[71] Sentencia T-465 de 1998.

[72] Esta Corporación ha definido el precedente judicial como "*la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo"*. Ver sentencia SU-053 de 2015.

[73] De acuerdo a la autoridad que emitió el pronunciamiento, se puede clasificar el precedente en dos categorías: *i)* el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel

suficiente[74]; o se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso[75].

11. Con todo, el defecto material o sustantivo se configura cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, o en aquellos eventos en que las decisiones judiciales presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión desconociendo los parámetros constitucionales y legales.

Naturaleza jurídica de la asignación de retiro

12. El sistema general de pensiones, cuyo objeto es garantizar a las personas una protección contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, fue creado con el fin de unificar los distintos tipos de sistemas pensionales que existían antes de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, tanto la Constitución Política como el artículo 270 de la mencionada ley[76] *"reconocieron la necesidad de un régimen especial para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (…). Estas normas establecen prestaciones económicas especiales para las personas que prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública, entre las cuales se encuentran la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, así como la pensión de sobrevivientes"*[77].

Así, en la sentencia C-654 de 1997 refirió que *"fue voluntad del Constituyente que la ley determinara un régimen prestacional especial para los miembros de la Fuerza Pública, que necesariamente debe responder a las situaciones de orden objetivo y material a que da lugar el cumplimiento de sus funciones".* Más adelante, mediante la sentencia C-432 de 2004 sostuvo que los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho a un régimen prestacional especial *"en razón al riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan"*, o en otras palabras, *"tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos períodos de tiempo"*.

---

jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y *ii)* el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia. Ver la sentencia T-460 de 2016.

[74] Lo dicho no conlleva necesariamente a que en todos los casos los jueces deban acogerse al precedente judicial. Existen ciertos eventos en los que la autoridad puede desligarse del mismo, siempre que argumente de manera rigurosa y clara las razones por las cuales procede de ese modo. Este Tribunal explicó que el *apartamiento judicial del precedente* es la potestad de los jueces de distanciarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional. Para que sea válido es preciso el cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella. Ver la sentencia T-309 de 2015.

[75] Ver las sentencias T-522 de 2001, T-462 de 2003, T-161 de 2010 y SU-448 de 2011.

[76] Ley 100 de 1993, artículo 279. *"Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. […]."*

[77] Sentencia T-803 de 2011.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha explicado que por disposición de la Constitución, los miembros de la Fuerza Pública gozan o se benefician de un régimen prestacional especial *"en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas*[78] *que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial*[79]*. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993*[80] *y en la Ley 797 de 2003"*[81].

13. Una de las prestaciones económicas especiales reconocidas a los miembros de la Fuerza Pública es la asignación de retiro que ha sido entendida por esta Corporación como *"una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata (…) de establecer con la denominación de 'asignación de retiro' una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes"*[82].

El Consejo de Estado también se ha referido sobre el particular, señalando que la asignación de retiro es un *"derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48*[83] *y 53*[84] *de la Constitución Política"*[85].

14. Entonces, la asignación de retiro es una prestación social para los miembros de la Fuerza Pública asimilable a la pensión de vejez o de jubilación, que se caracteriza por tener un grado de especialidad en cuanto a los requisitos para su reconocimiento, dadas las funciones públicas que desarrollan los servidores a quienes se les reconoce.

---

[78] *(i) Defender la independencia nacional y las instituciones públicas (art. 216); (ii) velar por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional (art. 217); y (iii) mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz (art. 218).*

[79] *"(...) es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares." (Sentencia C-432/04).*

[80] *Artículo 279.*

[81] Ibídem.

[82] Sentencia C-432 de 2004.

[83] *"(...) Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.".*

[84] *En el inciso segundo de esta disposición, se consagran principios mínimos fundamentales, el de la "(...) irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales. (...)".*

[85] Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 14 de febrero de 2007. Radicación número: 11001032500020040010901 (1240-2004). C.P: Alberto Arango Mantilla.

Evolución normativa del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional[86]

15. La asignación de retiro que se reconoce al personal de la Policía Nacional ha pasado por un tránsito legislativo dificultoso producto de la expedición de numerosas disposiciones que han sido derogadas, o declaradas inexequibles por la Corte Constitucional o nulas por el Consejo de Estado. Para un mejor entendimiento sobre la evolución legislativa de esta prestación es necesario hacer referencia, primero, a la forma en que se creó el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, para luego explicar cómo surgió la asignación de retiro para el personal de esa institución, particularmente, para quienes pertenecen al nivel ejecutivo.

Creación del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional

16. El nivel ejecutivo de la Policía Nacional tiene como primer antecedente el numeral 1° del artículo 35 de la Ley 62 de 1993[87], que revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por un término de 6 meses para modificar las normas de carrera del personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en materia de *i)* jerarquía, clasificación y escalafón; *ii)* administración de personal; *iii)* suspensión, retiro, separación y reincorporación; *iv)* reservas; *v)* normas para los alumnos de las escuelas de formación; y *vi)* normas sobre Policía Cívica, en la modalidad de voluntarios.

En uso de dichas facultades, la Presidencia de la Republica expidió el **Decreto Ley 041 del 10 de enero de 1994**[88], en el que se consagró el nivel ejecutivo de la Policía Nacional y las condiciones generales de ingreso al mismo. No obstante, mediante la sentencia C-417 de 1994 esta Corporación declaró inexequibles las expresiones "nivel ejecutivo", "personal del nivel ejecutivo" y "miembro del nivel ejecutivo" de dicho decreto, así como varios artículos que se referían específicamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional. En esa providencia la Corte indicó que en la ley de habilitación legislativa (62 de 1993), el Congreso distinguió varias categorías de personal uniformado: oficiales, suboficiales y agentes; y a cada una de ellas se refirió expresamente al conferirle facultades al Presidente de la República. Luego,

---

[86] Este acápite se sustenta en la información tomada de la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia. Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: *i)* Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00237-01 (10024-05). C.P: Luis Rafael Vergara Quintero; *ii)* Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00016-00 (0290-06) y 11001-03-25-000-2007-00049-00 (1074-07). C.P: Alfonso Vargas Rincón; *iii)* Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 11 de octubre de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00041-00 (0832-2007). C.P: Gerardo Arenas Monsalve; *iv)* Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 14 de junio de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00850-00 (1783-13). C.P: Gerardo Arenas Monsalve; y *v)* Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 8 de septiembre de 2018. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-13) y acumulados. C.P: César Palomino Cortés.

[87] *"Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República".*

[88] *"Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones".*

al examinar el decreto demandado, advirtió que en él se creó una nueva categoría, para lo cual la Presidencia no estaba autorizada, pues la intención del legislador era conservar las que tradicionalmente se conocían en la institución[89].

17. Posteriormente, el Congreso otorgó nuevas facultades al Presidente de la República a través de la Ley 180 de 1995[90], que mediante el artículo 1° derogó el artículo 6° de la Ley 62 de 1993 según el cual la Policía Nacional estaba integrada por *"oficiales, suboficiales, agentes, alumnos y por quienes prestaran el servicio militar obligatorio en la institución, así como por los servidores públicos no uniformados pertenecientes a ella"*, estableciendo que estaría conformada, además, por el nivel ejecutivo.

Con sustento en ello, se expidió el **Decreto Ley 132 del 13 de enero de 1995**[91], cuyo artículo 11 estableció que para ingresar a la Policía Nacional, como integrante del nivel ejecutivo, se exigían requisitos como ser colombiano de nacimiento, no tener más de 24 años de edad, acreditar el título de bachiller; superar los exámenes médicos y las pruebas psicológicas, entre otros. Además, el artículo 12 indicó que podrían ingresar a la escala jerárquica del nivel ejecutivo los *suboficiales* en servicio activo que lo solicitaran, de acuerdo con las correspondientes equivalencias[92]; el artículo 13 determinó que también podrían hacerlo los *agentes* en servicio activo siempre y cuando reunieran ciertos requisitos[93]; y el artículo 14 dispuso que el personal de bachilleres que prestaran el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, podrían ingresar al nivel ejecutivo en el grado de Patrullero.

18. Esa normatividad fue derogada por el **Decreto Ley 1791 del 14 de septiembre de 2000**[94], actualmente vigente, expedido con fundamento en las facultades

---

[89] Al respecto, la sentencia C-417 de 1994 sostuvo: *"Para la Corte es de una claridad meridiana que el denominado 'nivel ejecutivo' es una categoría nueva dentro del personal uniformado de la Policía Nacional, distinta de la de los suboficiales y la de los agentes, y que conforme con los artículos 3º y 17 del decreto que se estudia, ha sido catalogada jerárquicamente en un nivel inferior a la de los suboficiales y superior a la de los agentes. Categoría a la que pueden ingresar los suboficiales y los agentes, que acrediten el título de bachiller y cumplan con otras exigencias que en los artículos 18 y 19 del decreto 41 de 1994 se consagran. (…) En este orden de ideas es preciso reiterar que esta Corporación no puede aceptar que la voluntad del legislador ordinario, que en este caso quedó consagrada expresamente en la ley de facultades, se modifique o desconozca, pues si el Constituyente exige que las facultades sean precisas, es para evitar desbordamientos por parte del Presidente de la República al desarrollarlas".*

[90] *"Por la cual se modifican y expiden algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la Carrera Polcial (sic) denominada 'Nivel Ejecutivo', modificar normas sobre estructura orgánica, funciones específicas, disciplina y ética y evaluación y clasificación y normas de la Carrera Profesional de Oficinas, Suboficiales y Agentes"*.

[91] *"Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional".*

[92] 1. Cabo segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente.
2. Sargento Segundo y Sargento Viceprimero, al grado de Intendente.
3. Sargento Primero, al grado de Subcomisario.
4. Sargento mayor, al grado de Comisario.

[93] 1. Solicitud escrita a la Dirección General de la Policía Nacional.
2. Acreditar el título de bachiller en cualquier modalidad.
3. Evaluación y concepto favorable del Comité de Evaluación del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

[94] *"Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional"*.

extraordinarias otorgadas por el legislador a la Presidencia de la República mediante la Ley 578 de 2000[95].

El artículo 8 consagró que para ingresar de manera directa al curso de formación como oficial o miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se exigen los siguientes requisitos: *i)* ser colombiano; *ii)* ser bachiller, profesional universitario, tecnólogo o técnico, según se establezca en cada caso; *iii)* superar el proceso de admisión que la Dirección General de la Policía Nacional presente para aprobación del Ministro de Defensa Nacional; *iv)* no haber sido condenado a penas privativas de la libertad, ni tener antecedentes disciplinarios.

Además, el artículo 9 indicó que podrían ingresar al Nivel Ejecutivo en estricto orden de antigüedad los *suboficiales* en servicio activo que lo solicitaran, de acuerdo con las correspondientes equivalencias[96]; y el artículo 10 definió que podrían hacerlo además los *agentes* en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presentara a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional; así mismo, el parágrafo de esta disposición estableció que *"el personal de Suboficiales y de Agentes de que tratan los artículos 9 y 10 del presente Decreto, se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo"*. De otro lado, el artículo 11 señaló que el Director General de la Policía Nacional podría seleccionar *personal no uniformado* de planta, para que adelantara curso especial de formación como uniformado, previa solicitud del interesado, aclarando en el parágrafo 2 que para el ingreso a la carrera del nivel ejecutivo se debía acreditar título de bachiller, técnico o tecnólogo y aprobar el respectivo curso; y al término del mismo optaría el grado de Patrullero.

19. El Consejo de Estado explicó que la creación del nivel ejecutivo en la Policía Nacional *"obedeció fundamentalmente a la necesidad de profesionalizar la base y mandos medios de la Institución y darle una formación integral que le permitiera afrontar con criterio y decisión, las múltiples y delicadas responsabilidades que debía asumir en desarrollo de su misión ante la comunidad, además, con la creación de ese nivel, se quiso mejorar la remuneración de los agentes y conferirles un régimen salarial especial"*[97].

Régimen prestacional y pensional del Nivel Ejecutivo

---

[95] *"Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional".*

[96] 1. Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente.
2. Sargento Segundo, al grado de Intendente.
3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe.
4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario.
5. Sargento Mayor, al grado de Comisario.

[97] Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 26 de noviembre de 2009. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00237-01 (10024-05). C.P: Luis Rafael Vergara Quintero. Reiterada por la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 14 de junio de 2014. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00850-00 (1783-13). C.P: Gerardo Arenas Monsalve.

20. Ahora bien, de acuerdo con los artículos 217[98] y 218[99] de la Constitución, el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional) es de carácter especial. Así mismo, según lo dispone el artículo 1º de la Ley 4 de 1992[100], el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa ley, fijará el régimen salarial y prestacional, entre otros, el de la Fuerza Pública.

Según ha señalado el Consejo de Estado[101], los **Decretos 1212 y 1213 de 1990** *"constituyen la primera normatividad a la que hay remitirse (sic) en materia de asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional"*[102]. El artículo 144 del Decreto 1212 establece que los oficiales y suboficiales de la Policía que sean retirados del servicio activo después de 15 o 20 años de servicio, según la causal, tendrán derecho a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro. Esta prestación, para el caso de los agentes de la Policía, es regulada por el artículo 104 del Decreto 1213.

21. Después de la creación del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República a través de la Ley 180 de 1995 y en desarrollo de las normas generales establecidas en la Ley 4° de 1992, el Gobierno expidió el **Decreto Reglamentario 1029 del 20 de mayo de 1994**, por medio del cual emitió el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del nivel ejecutivo, cuyo artículo 53 consagró el derecho a la asignación de retiro al cumplir 20 o 25 años de servicio, según la causal de retiro[103].

---

[98] Artículo 217: *"La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.* ***La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio****."* (Resaltado fuera de texto).

[99] Artículo 218: *"La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.* ***La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario****."* (Resaltado fuera de texto).

[100] *"Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política".*

[101] Las consideraciones del Consejo de Estado fueron adoptadas con base en la sentencia C-432 de 2004.

[102] Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 11 de octubre de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2007-00041-00 (0832-2007). C.P: Gerardo Arenas Monsalve. En esa decisión, explicó que *"los aspectos básicos del régimen salarial y prestación de los miembros de la Fuerza Pública que se regulan mediante ley marco bajo la Constitución Política de 1991, en la vigencia de la Constitución de 1886 fueron regulados mediante otro tipo de regulaciones, como lo fue el caso de los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 los cuales fueron proferidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989".*

[103] Artículo 53: "*El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá 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 le pague una asignación mensual de retiro (…), en las siguientes condiciones:*

a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas: 1. Llamamiento a calificar servicio.2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.3. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad policial. 4. Por destitución. 5. Por haber sido condenado por la pena principal de arresto o prisión y separado, en las condiciones establecidas en los artículos 87 y 88 del Decreto 41 de 1994.

22. Esa normatividad fue derogada por el **Decreto 1091 del 27 de junio de 1995**[104], que en su artículo 51 conservó lo establecido en la normatividad anterior para acceder a la asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo al cumplir 20 o 25 años de servicio, haciendo algunas variaciones en las causales de retiro para cada caso[105].

Sin embargo, este decreto fue declarado nulo por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2007. Según esa Corporación, el parágrafo del artículo 7 de la Ley 180 de 1995 estableció que la *"creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo"*. Así, manifestó que el Decreto 1091 de 1995, al regular nuevas disposiciones en materia prestacional sin diferenciar entre *"quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición [desconoció] unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - parágrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima"*. Según esa Corporación, el Gobierno no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto *"existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo"*[106].

23. Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 17, numeral 3, de la Ley 797 de 2003, el Presidente expidió el **Decreto Ley 2070 de 2003** mediante el cual reformó el régimen pensional de las fuerzas militares, cuyo artículo 25 establecía que el personal del nivel ejecutivo que ingresara al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia de ese decreto y que fueran retirados después de 20 años, por llamamiento a calificar servicios, por

---

b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas: 1. Por solicitud propia. 2. Por incapacidad profesional. 3. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días sin causa justificada. 4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres. 5. Por conducta deficiente. 6. Por destitución. 7. Por haber sido condenado a la pena principal de arresto o prisión y separado, en las condiciones establecidas en los artículos 87 y 88 del Decreto 41 de 1994".

[104] *"Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995"*.

[105] Artículo 51: *"(…) a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas: 1. Llamamiento a calificar servicio. 2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional. 3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial. 4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.*
b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas: 1. Por solicitud propia. 2. Por incapacidad profesional. 3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada. 4. Por conducta deficiente. 5. Por destitución. 6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días. 7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995 (…)".

[106] Es importante aclarar que para la fecha de la decisión del Consejo de Estado (14 de febrero de 2007) el Decreto 1091 de 1995 ya había sido derogado por el Decreto 4433 de 2004.

disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiraran a solicitud propia o fueran retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrían derecho a una asignación mensual de retiro.

Sin embargo, ese decreto fue declarado inexequible en sentencia C-432 de 2004, por considerar que al regular el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconoció lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución, *"en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias"*.

En esa providencia, la Corte aclaró que al Congreso de la República le corresponde establecer directamente, por medio de una *ley marco*, las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública (C.P. art. 150, num. 19, lit. e). Bajo ese entendido, indicó que *"la regulación de dicho régimen prestacional especial (C.P. arts 217 y 218), incluye a la asignación de retiro como una modalidad particular de pensión de vejez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, y por ende, su regulación debe realizarse a través de dicha tipología legal"*. Entonces, dicha reserva por expreso mandato constitucional, *"impide que las materias propias de una ley marco -como la referente a la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública- puedan ser expedidas por decreto ley, pues en este punto, el Congreso no puede conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República (C.P. art. 150, num. 10)"*.

24. A raíz de lo anterior, el legislador determinó las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través de la **Ley Marco 923 de 2004**.

El numeral primero del artículo 3 de esa ley indicó que el derecho a la asignación de retiro se fijaría exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado, y que el tiempo de servicio sería mínimo de 18 años y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años. Así mismo, señaló que a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esa ley cuando el retiro se produjera por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se diera por cualquier otra causal. Aclaró que, excepcionalmente, para quienes hubieran acumulado un tiempo de servicio por 20 años o más y no hubieran causado el derecho de asignación de retiro, podrían acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

Además, estableció que los miembros de la Fuerza Pública que se retiraran o fueran retirados del servicio activo sin derecho a la asignación de retiro o pensión, tendrían derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

A su vez, el numeral 9 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 consagró la obligación de establecer un *"régimen de transición que [reconociera] las expectativas legítimas de quienes se [encontraran] próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro"* y explicó que, en todo caso, ese régimen debía mantener como mínimo los tiempos de servicio exigidos en esa ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública que se encontraran en servicio activo a la fecha de su entrada en vigencia.

25. Con base en esa ley marco, el Gobierno expidió el **Decreto Reglamentario 4433 de 2004**, cuyo artículo 25, parágrafo 2, estableció que el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia de ese decreto, sea retirado con 20 o 25 años de servicio, según la causal de retiro, tendría derecho a una asignación mensual de retiro. Sin embargo, ese parágrafo fue declarado nulo mediante sentencia del 12 de abril de 2012 proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[107].

El Tribunal explicó que para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Fuerza Pública existe una competencia compartida entre el Congreso y el Gobierno, donde el primero señala las normas, objetivos, criterios y elementos mínimos que debe atender el segundo para tal efecto. Así, los parámetros que debía tener en cuenta el Gobierno eran: *i)* el tiempo de servicio será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso podrá ser superior a 25 años; *ii)* a quienes se encuentren en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les puede exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al 30 de diciembre de 2004, cuando el retiro sea por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por otra causal; *iii)* un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encontraran próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro, el cual debía mantener como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la misma ley para acceder al derecho a la asignación de retiro para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública en servicio activo a diciembre 30 de 2004.

Expuso que la nulidad alegada se fundamentó en el aumento del tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro a pesar de que la Ley 923 de 2004 estableció

---

[107] Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00016-00 (0290-06) y 11001-03-25-000-2007-00049-00 (1074-07). C.P: Alfonso Vargas Rincón.

el referido límite[108], por lo que era necesario determinar el régimen vigente para dicha época con el fin de establecer si el Gobierno, al ejercer la potestad reglamentaria, varió las condiciones señaladas en la ley marco. Al respecto, indicó que al haber sido declarado inexequible el Decreto Ley 2070 de 2003 y nulo el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que regulaba lo atinente al régimen pensional del nivel ejecutivo, quedaron vigentes el Decreto 1212 de 1990 tratándose de suboficiales, y el Decreto 1213 de 1990 sobre los agentes[109].

Aclarado lo anterior, hizo una comparación entre la normatividad anterior -Decretos 1212 y 1213 de 1990- y lo reglamentado en el Decreto 4433 de 2004, y concluyó que la norma acusada era contraria al numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, en virtud del cual a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la entrada en vigencia de esa ley no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes para ese momento. Asimismo, consideró que desconocía la obligación prevista en el numeral 3.9 del artículo 3 de la ley marco, referente a establecer un régimen de transición que reconociera las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a acceder a la asignación de retiro. A juicio de esa Corporación, el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 *"excedió lo dispuesto por la ley marco e invadió competencias legislativas (…). En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años. Y tratándose de causales diferentes al retiro por solicitud propia, lo estableció en 20 y 25 años, cuando las normas anteriores habían establecido entre 15 y 20 años"*.

26. Dado lo anterior, nuevamente con fundamento en la Ley marco 923 de 2004 el Gobierno expidió el **Decreto Reglamentario 1858 del 6 de septiembre de 2012**, en el que diferenció dos regímenes en materia pensional y de asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

En el artículo 1° estableció un *régimen de transición para el personal homologado*, así: aquellos que siendo suboficiales o agentes, y que hubieran ingresado voluntariamente al nivel ejecutivo antes del 1º de enero de 2005, tendrán derecho cuando sean retirados de la institución después de 15 años de servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General 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 los 20 años de servicio, a que se les pague una asignación mensual de retiro. En el artículo 2° fijó un *régimen común para el personal que ingresó por incorporación directa* hasta el 31 de diciembre de 2004, quienes tendrán derecho cuando sean retirados

---

[108] Según el demandante, la norma *"violentó las condiciones de los agentes y suboficiales que ingresaron a la carrera del nivel ejecutivo pues los desmejoró en la medida en que aumentó de 15 a 20 años, y de 20 a 25, las condiciones para obtener la asignación de retiro"*.

[109] En este punto, aclaró que el estudio se centraría solo en el régimen de asignación de retiro vigente cuando entró a regir la ley marco para los grados de suboficial y agente, en tanto *"de conformidad con la Ley 180 de 1995 que creó el nivel ejecutivo, a él únicamente podían acceder quienes tuvieran dicha calidad y aunque también estableció que personal no uniformado y otros por incorporación directa podían hacerlo, lo cierto es que la demanda se refiere a la desmejora en materia de asignación de retiro del personal de suboficiales y agentes"*.

de la institución con 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 25 años de servicio, a que se les pague una asignación mensual de retiro.

27. En sentencia del 3 de septiembre de 2018, la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[110] declaró la nulidad con efectos *ex tunc* del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, esto es, el referente al régimen común para el personal que se incorporó a al nivel ejecutivo de manera directa. De manera preliminar, esa Corporación explicó lo siguiente:

> *"En un primer momento, con ocasión de la resolución de la solicitud de suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, el despacho del Magistrado Sustanciador mediante Auto del 14 de julio de 2014, consideró que 'a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, al 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, por cuanto los Decretos que de forma específica regulaban dicha prestación, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003[111] y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, perdieron vigencia por declaración judicial'[112].*
>
> *Sin embargo, en un segundo momento, al desatar el recurso ordinario de súplica contra el Auto arriba mencionado, mediante providencia del 08 de octubre de 2015 la Magistrada Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez consideró que 'a los uniformados incorporados de manera directa hasta esa fecha, se les aplica las normas vigentes al momento de entrar a regir la ley en cita, esto es, 31 de diciembre de 2004, que era el artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995; aclarando que para ese entonces, ni el legislativo, ni el Gobierno podían anticipar que dicho aparte normativo, sería declarado nulo por el Consejo de Estado en 2007'[113]; Decreto cuyo contenido normativo, además, había sido ya integrado a la Ley Marco de manera tácita, siendo el querer del legislador que el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro del personal incorporado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fuera de entre 20 y 25 años, dependiendo de la causal".*

---

[110] Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 8 de septiembre de 2018. Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00543-00 (1060-13) y acumulados. C.P: César Palomino Cortés.

[111] *Como se señaló anteriormente, este Decreto fue declarado inexequible por la Honorable Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004.*

[112] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 14 de julio de 2014. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.*

[113] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 8 de octubre de 2015. M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.*

Señaló que si bien ambas posturas jurídicas eran respetables, lo cierto era que los aspectos relativos a la regulación de la asignación de retiro de los integrantes del nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstos en los decretos reglamentarios 1091 de 1995 y 4433 de 2004 fueron anulados por el Consejo de Estado, y los establecidos sobre la materia en el Decreto Ley 2070 de 2003 fueron dejados sin efectos por la Corte Constitucional. Bajo ese entendido destacó lo siguiente:

> *"Siendo cierto que al momento de expedición de la Ley 923 de 2004, el constituyente derivado no habría podido prever que el Decreto 1091 de 1995 sería declarado nulo, también es cierto que los efectos de la declaratoria de su nulidad son de carácter extunc, por lo que en términos claramente aceptados por la jurisprudencia de esta Corporación dichas disposiciones fueron expulsadas del ordenamiento jurídico, manteniendo tan solo incólumes las situaciones que hubieren estado consolidadas.*
>
> *Por consiguiente, siendo verdad de Perogrullo que el Decreto 1091 de 1995 fue declarado nulo y que en la práctica el operador jurídico desde el 14 de febrero de 2007 no puede aplicar frente a situaciones no consolidadas durante el tiempo de su vigencia las disposiciones en este contenidas, no es posible a ciencia cierta admitir desde ningún punto de vista prudente sin desconocer principios generales del Derecho y del efecto útil de las normas jurídicas, que los tiempos máximos previstos en dicho acto para acceder al Derecho de asignación de retiro sean aquellos que deban acogerse a la luz de lo previsto en el artículo 3.1, inciso 2, de la Ley 923 de 2004.*
>
> *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".*

Sustentada en ello, la Corporación adujo 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.

Acto seguido, indicó que el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 se encontraba en abierta contradicción con los presupuestos previstos a manera de límites materiales en la ley marco, al exigirle al personal incorporado directamente al nivel ejecutivo y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho de la asignación de retiro, *"toda vez 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"*. Puntualizó que con eso, además, el Gobierno se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria ampliada conferida por virtud del artículo 189 numeral 11 de la Constitución.

Con fundamento en lo anterior, ese Tribunal declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, advirtiendo que los efectos otorgados a la sentencia serían 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 tome*[114]*. 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 inmediata*[115]*"*.

Finalmente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado se pronunció sobre los efectos económicos que se pudieran generar con esa decisión y la posible afectación a la sostenibilidad fiscal[116].

---

[114] *Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.*

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

[116] Al respecto sostuvo lo siguiente: *"Si bien el control de legalidad que hace esta Corporación con ocasión de la demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad implica un análisis en abstracto, lo cierto es que a partir de la decisión que acá se incorpora se salvaguardarán derechos laborales de antaño conculcados a cientos de integrantes de la Policía Nacional, quienes por cuenta del acto espurio que se expulsa del ordenamiento jurídico han visto menoscabado su acceso a una prestación social muy importante que reconoce sus años de esfuerzo por servir a la patria y proteger a la ciudadanía.*

De esta forma, la providencia que este documento incorpora se convierte en el instrumento para la realización del Derecho subjetivo, manifestación viva del derecho de acceso a la administración de justicia y adalid del principio de constitucionalidad. (…)

Por tanto, al ponderar en el marco de la metáfora de la balanza los derechos prestacionales laborales que se protegen por vía de esta providencia con respecto de los gastos que puede generar su cumplimiento y protección en clave de fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, es dable establecer que el sacrificio económico es menor frente al menoscabo de los Derechos Constitucionales Fundamentales involucrados y a los principios incorporados en la Carta Fundamental que dan razón de ser al andamiaje democrático sobre el que se funda la Nación, además del daño irreparable que se generaría a la tridivisión de poderes y a la autonomía e independencia de la Rama Judicial.

Finalmente se ha de advertir 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

28. En conclusión, los aspectos básicos del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública fueron regulados bajo la vigencia de la Constitución de 1886 a través de los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990. Particularmente, los decretos 1212 y 1213 de 1990 regularon la asignación de retiro para los miembros de la Policía Nacional, el primero para los oficiales y suboficiales, y el segundo para los agentes, que acreditaran 15 o 20 años de servicio, dependiendo de la causal de retiro.

Después de la creación del nivel ejecutivo, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1029 de 1994, cuyo artículo 53 consagró el derecho a la prestación para quienes cumplieran 20 o 25 años de servicio, según la causal de retiro. Ese decreto fue derogado por el 1091 de 1995 que conservó lo establecido en la normatividad anterior haciendo algunas variaciones en las causales de retiro; sin embargo, este último fue declarado nulo por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2007[117]. Luego de ello se promulgó el Decreto 2070 de 2003 donde nuevamente señaló que tendrían derecho a la asignación de retiro quienes acreditaran 20 o 25 años de servicio según la causal de retiro, pero el mismo fue declarado inexequible en sentencia C-432 de 2004, porque el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública y, en especial, la asignación de retiro, debía ser regulada por el Congreso a través de una ley marco.

Fue así como a través del artículo 3 de la Ley Marco 923 de 2004 el Congreso determinó las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro. Con base en ello, se expidió el Decreto 4433 de 2004; sin embargo, mediante sentencia del 12 de abril de 2012 la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado[118] declaró nulo el parágrafo 2° del artículo 25 de ese decreto porque excedió lo dispuesto por la ley marco e invadió competencias legislativas al establecer como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excedía el contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años; y tratándose de causales diferentes al retiro por solicitud propia, lo estableció en 20 y 25 años, cuando las normas anteriores habían establecido entre 15 y 20 años.

A raíz de lo anterior, se expidió el Decreto 1858 de 2012 que diferenció dos regímenes: *i)* un régimen de transición para el personal homologado, quienes tendrían derecho a la asignación de retiro cuando sean retirados después de 15 o 20 años de servicio, según la causal; y *ii)* un régimen común para el personal que ingresó por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, quienes tendrían derecho cuando sean retirados con 20 o 25 años, según la causal. Este

---

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 inmerso en las normas jurídicas que determinaron los criterios para la fijación del respectivo régimen (…)".

[117] Radicación número: 10010325000200400109 01 (1240-2004).

[118] Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 12 de abril de 2012. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00016-00 (0290-06) y 11001-03-25-000-2007-00049-00 (1074-07). C.P: Alfonso Vargas Rincón.

segundo régimen fue declarado nulo con efectos *ex tunc* en sentencia del 3 de septiembre de 2018 por la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, luego de encontrar 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 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.

A partir de los elementos descritos, la Sala Octava de Revisión procederá al examen de los casos concretos.

Casos concretos

Expediente T-7.033.327

Breve presentación del asunto

29. Arnulfo Rey López se vinculó a la Policía Nacional desde 1993 cuando ingresó a prestar el servicio militar como auxiliar de policía. En 1996 fue dado de alta como miembro del nivel ejecutivo y en mayo de 2015, ostentando el grado de intendente, fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional, por destitución. En total le fueron computados y reconocidos 20 años, 8 meses y 17 días de servicio a la Fuerza Pública

El 15 de octubre de 2015 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- negó la asignación mensual de retiro, porque de conformidad con lo establecido en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012, el personal del nivel ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa y que fuera destituido, debía acreditar 25 años de servicio, condición que no cumplía el solicitante.

Interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin obtener el reconocimiento de dicha prestación. En sentencia del 23 de marzo de 2017, el Juzgado 54 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, accedió a las pretensiones de la demanda, decisión que fue revocada por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 9 de noviembre de 2017, aduciendo que el demandante no acreditó 25 años de servicio para ser acreedor de la asignación de retiro.

El accionante considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto sustantivo por inobservancia del régimen de transición establecido en el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004; en un *"defecto fáctico por desconocimiento del precedente jurisprudencial reciente del Consejo de*

Estado"; y en un defecto procedimental, ya que *"debió pronunciarse sobre la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad"*.

En primera instancia, la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado constató que al aplicar el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 a una situación amparada por el artículo 3° de la Ley 923 de 2004 y al no tener en cuenta el lineamiento jurisprudencial sobre la materia, el Tribunal accionado incurrió en un defecto sustantivo y en un desconocimiento del precedente judicial. Mencionó que para la fecha del fallo que se cuestiona, ya existía el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004 y la regla jurisprudencial que sentó el criterio según el cual al haber sido declarado inexequible el Decreto Ley 2070 de 2003 y nulo el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, que regulaba lo atinente al régimen pensional del nivel ejecutivo, quedaron vigentes tratándose de suboficiales, el Decreto 1212 de 1990 y de Agentes el Decreto 1213 de 1990 normas que exigían para acceder a la prestación 20 años de servicio cuando se retiren pos solicitud propia y 15 por las demás causales.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la decisión adoptada en primera instancia y negó la protección invocada. Adujo que el Tribunal demandado sí tuvo en cuenta lo previsto en el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 *"y razonadamente concluyó que no era aplicable, pues el demandante se vinculó directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y esa norma aplica para el personal homologado al nivel ejecutivo"*; y por el otro, se remitió al Decreto 1858 de 2012, norma vigente al momento del retiro del accionante. Sostuvo, además, que el régimen de transición del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 aplica únicamente al personal policial con condición de suboficial o agente de la Policía Nacional que se hubiera homologado al nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, que no es el caso del demandante.

Verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

30. En el caso que ahora se estudia, la Sala observa que la tutela cumple con los requisitos generales de procedencia, como se pasa a exponer:

(i) Relevancia constitucional

31. Este asunto es de relevancia constitucional, por cuanto la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso surge, al parecer, con ocasión de varios yerros cometidos por las autoridades judiciales accionadas, relacionados con el desconocimiento de un régimen de transición, la aplicación de una norma que fue declarada nula por el Consejo de Estado, el desconocimiento del precedente judicial sobre la materia y la falta de pronunciamiento sobre la excepción de inconstitucionalidad que, a juicio del actor, era relevante para la resolución del caso.

32. Además, la posible violación del derecho al debido proceso traería consigo la vulneración de otra garantía fundamental, como es el derecho a la seguridad social. En consecuencia, la Corte considera que estas circunstancias, en principio, ameritan la intervención del juez constitucional.

(ii) Agotamiento de los recursos judiciales.

33. Al observar las actuaciones surtidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Arnulfo Rey López, se evidencia que el actor agotó los mecanismos a su alcance para obtener la protección de sus garantías fundamentales, según pasa a explicarse:

a) Mediante Resolución n.° 02335 del 27 de mayo de 2015, el Director de la Policía Nacional dispuso retirarlo del servicio activo por destitución[119].

b) En escrito radicado el 12 de agosto de 2015, solicitó ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- el reconocimiento de la asignación mensual de retiro[120]. Esta solicitud fue resuelta de manera negativa a través del oficio n.° 19132 del 15 de octubre de 2015; en dicho documento, CASUR le indicó al peticionario que *"[p]or tratarse de una información contra ese oficio no procede recurso alguno"*[121].

c) El 18 de febrero de 2016, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- la cual correspondió por reparto al Juzgado 54 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá[122].

d) El 23 de marzo de 2017 ese juzgado profirió sentencia de primera instancia, accediendo a las pretensiones de la demanda[123]. Esta decisión fue apelada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- en escrito del 28 de marzo de 2017[124]. El 9 de noviembre de 2017, la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar negó las pretensiones de la demanda[125].

34. Visto lo anterior, se tiene que el accionante acudió a los mecanismos judiciales que otorga el ordenamiento jurídico para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro, agotando todas las instancias administrativas y judiciales. No obstante, la Sala considera necesario analizar, además, los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia previstos en el

---

[119] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folio 30.
[120] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folio 18 a 23.
[121] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folio 17.
[122] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folio 34. Acta de reparto.
[123] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folios 73 a 78. Sentencia de primera instancia.
[124] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folios 79 a 83.
[125] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-001040. Folios 100 a 111. Sentencia de primera instancia.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-.

35. El artículo 248 del CPACA establece que el **recurso extraordinario de revisión** procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos y por los jueces administrativos.

A su vez, el artículo 250 prevé las causales para la procedencia de ese recurso extraordinario, a saber: *i)* haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria; *ii)* haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados; *iii)* haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición; *iv)* haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia; *v)* existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación; *vi)* aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar; *vii)* no tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida; *viii)* ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada.

Como puede observarse, ninguna de estas causales se configura o se alega en los casos objeto de estudio, razón por la cual los accionantes no tenían la posibilidad de interponer este recurso contra las decisiones proferidas en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

36. De otra parte, el artículo 256 del CPACA consagra que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales. De acuerdo con el artículo 258 de ese cuerpo normativo, habrá lugar a ese recurso cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

La Corte Constitucional ha explicado que el **recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia** procede contra las decisiones de única y segunda instancia proferidas por los tribunales administrativos, cuando contraríen o se opongan a una sentencia de unificación del Consejo de Estado; y su resolución le compete de forma exclusiva a las secciones que integran la Sala Plena de lo

Contencioso Administrativo[126]. Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que este recurso *"está restringido al examen de las sentencias que en segunda o única instancia dicten los tribunales, pues con tales decisiones es que se agotó el proceso judicial ordinario, no sometido a conocimiento del Consejo de Estado"* y su procedencia está limitada únicamente cuando dicha providencia contraría o se opone a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, *"es decir, su ejercicio está limitado y restringido a esta única causal"*[127].

Según lo previsto en el artículo 270 del CPACA las sentencias de unificación son aquellas que *"profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009"*[128]. El Consejo de Estado ha sostenido que esa clase de sentencias pueden emanar de la Sala Plena Contenciosa de esa Corporación o de sus Secciones. La primera hipótesis, se configura cuando el asunto procede de las Secciones de la Corporación; la segunda, cuando es de las Subsecciones, en los casos en que tales existen, o de los tribunales administrativos[129]. Así mismo, ha señalado que según el primer inciso del artículo 271 del CPACA el Consejo de Estado *"podrá asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público"*[130].

37. Aclarado lo anterior, para efectos del análisis del caso concreto se puede concluir que el Consejo de Estado no tiene una sentencia de unificación sobre la

---

[126] Sentencia C-179 de 2016. Al respecto, afirmó: *"si bien las fuentes que disponen el origen de las sentencias de unificación son limitadas y se encuentran sujetas a actuaciones precisas que en general se relacionan con la labor de sentar, unificar o salvaguardar la jurisprudencia que como órgano de cierre produce el Consejo de Estado, su conocimiento se distribuye entre las secciones, subsecciones y la Sala Plena que desarrollan la función de lo contencioso administrativo"*.

[127] Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 16 de agosto de 2016. Radicado: 11001-03-28-000-2016-00052-00. C.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En esa decisión señaló que ese recurso se rige por unas específicas y especiales reglas de procedencia y de oportunidad, por ejemplo, que se interponga ante el operador jurídico que profirió la decisión cuestionada en un término de cinco días después de su ejecutoria, o que sea presentado por quien ha actuado como parte en el trámite procesal en el que se dictó la providencia cuestionada.

[128] Como lo explicó la Corte en la sentencia C-179 de 2016, esa categoría de sentencia emerge *"como el fallo que brinda certeza y seguridad sobre la regla de derecho que se debe aplicar a un caso que presenta una hipótesis semejante de decisión. Son providencias que al identificar de manera clara y uniforme el precedente aplicable, se imponen de manera forzosa por razón de la obligatoriedad del mandato de unificación que les asiste a los órganos de cierre, en este caso, al Consejo de Estado como máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo"*. Así mismo, señaló que esa clase de providencias producen unos efectos *inter partes* o subjetivos, que alcanzan a las personas involucradas en el proceso de origen, *"sin que dicho propósito concrete la operatividad de este mecanismo, pues el mismo se enfoca, fundamentalmente, en la consolidación de unos efectos vinculantes para todos los casos semejantes, brindado un carácter objetivo al respectivo fallo, ya que introduce una subregla o criterio de decisión judicial que deviene en obligatorio para todos los jueces que integran la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"*.

[129] Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2019. Radicado: 05001-33-33-021-2015-00685-01. C.P: Oswaldo Giraldo López.

[130] Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Sentencia del 27 de septiembre de 2018. Radicado: 11001 03 24 000 2017 00448 00. C.P: Oswaldo Giraldo López. Reiterada en la sentencia del 26 de febrero de 2019, previamente citada.

materia que se analiza. Al revisar la jurisprudencia de ese Tribunal sobre el asunto, se observa que los eventos en que ha evaluado lo concerniente al reconocimiento de la asignación de retiro, ya sea en un trámite de tutela o de nulidad y restablecimiento del derecho, han sido resueltos por las diferentes subsecciones sin que hasta el momento se haya dirimido un asunto por el pleno de esa Corporación o de algunas de las secciones que la conforman. Bajo ese entendido, el accionante no tenía la posibilidad de interponer este recurso contra la decisión proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

(iii) Requisito de inmediatez:

38. La última actuación dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Arnulfo Rey López es la sentencia de segunda instancia proferida el 9 de noviembre de 2017. La acción de tutela fue interpuesta el 20 de febrero de 2018, esto es, aproximadamente tres meses después de esa última acción. A juicio de esta Corporación, dicho término es razonable para el ejercicio del amparo constitucional, más aún si se tiene en cuenta que ese lapso coincidió con el periodo de la vacancia judicial.

(iv) En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales. Este requisito no es aplicable a los asuntos bajo estudio ya que las anomalías que se alegan son de carácter sustantivo.

(v) Identificación de los hechos que generaron la vulneración de derechos.

El actor identificó cada uno de los hechos que considera vulneradores del derecho fundamental al debido proceso cuya protección se invoca. Los mismos fueron alegados también en el trámite de nulidad y restablecimiento de derecho dentro de las etapas procesales correspondientes. En efecto, el señor Arnulfo Rey López cuestionó en la reclamación administrativa, en el proceso contencioso administrativo y en sede de tutela, que la negativa del reconocimiento de la asignación de retiro se dio en aplicación de una norma que era contraria a la Constitución y en desconocimiento del precedente sobre la materia.

(vi) El fallo controvertido no es una sentencia de tutela.

Como se ha indicado, las providencias que se censuran hicieron parte de dos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

Análisis sobre la configuración del defecto sustantivo

39. Verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pasa la Sala a determinar si las autoridades judiciales accionadas desconocieron el derecho fundamental al debido proceso de Arnulfo Rey López.

40. En sentencia del 23 de marzo de 2017, el Juzgado 54 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá profirió sentencia de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

(i) En primer lugar, determinó que a quienes se encontraban al servicio activo del nivel ejecutivo de la Policía Nacional al momento de la expedición del Decreto 4433 de 2004, les eran aplicables las normas anteriores para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, pues con la declaratoria de nulidad del parágrafo 2° del artículo 25 de ese decreto y del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 *"automáticamente produce la reviviscencia de la norma anterior que había sido derogada por esta"*[131].

(ii) Así, indicó que quedaron vigentes, tratándose de Suboficiales el Decreto 1212 de 1990, y de Agentes el Decreto 1213 de 1990; y aclaró que si bien para ese momento se había revocado la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012 y por lo tanto se encontraba vigente *"no es menos cierto que dicha norma lo único que hizo fue reproducir de forma taxativa lo establecido en el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, razón por la cual, siendo estas normas declaradas nulas en su momento, es deber entrar a inaplicar por excepción de inconstitucionalidad el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012"*[132].

(iii) Sobre el caso concreto, encontró probado que el señor Arnulfo Rey López estuvo vinculado a la Policía Nacional desde el 6 de diciembre de 1993 hasta el 24 de julio de 2015, fecha en que se produjo su retiro definitivo del servicio por destitución. Así mismo, halló demostrado que desde el momento del ingreso a la institución policial y hasta su retiro se encontraba en el nivel ejecutivo, habiendo prestado sus servicios por 20 años, 8 meses y 17 días, razón por la cual su asignación de retiro se debía reconocer en los términos del Decreto 1212 de 1990.

(iv) Con fundamento en lo anterior, inaplicó *"por excepción de inconstitucionalidad el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012"*, declaró la nulidad del Oficio n.º 19132 de 2015 y a título de restablecimiento del derecho, ordenó reconocer y pagar la asignación de retiro del actor.

41. Esta decisión fue revocada por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 9 de noviembre de 2017, con sustento en lo siguiente:

(i) De manera preliminar explicó que el nivel ejecutivo de la Policía Nacional se integraba por el personal no uniformado, los suboficiales y agentes que de manera voluntaria se vincularan a ese nivel, conocidos como personal homologado, y los uniformados que ingresaran por primera vez a esa institución, los cuales se denominaron de incorporación directa. Así mismo, resaltó que la Ley 180 de 1995 al crear el nivel ejecutivo fue enfática al sostener que la creación del nivel

[131] Expediente n.° 2016-001040. Folio 76.
[132] Ibídem.

ejecutivo no podía discriminar ni desmejorar en ningún aspecto la situación de las personas que estando al servicio de la Policía voluntariamente ingresaran al mismo.

De ese modo, señaló que existía una especial protección para los suboficiales y agentes que estando en servicio activo fueron homologados voluntariamente al nivel ejecutivo, en el sentido de que no se podían hacer más gravosos los requisitos exigidos para el régimen de asignación de retiro que en aquel entonces cubría a aquellos y que se encontraba contenido en los Decretos 1212 (artículo 144) y 1213 (artículo 104) de 1990, los cuales requerían, según la correspondiente modalidad de retiro, quince (15) o veinte (20) años de servicio para el reconocimiento de la asignación.

(ii) Refirió que posteriormente el Decreto 1858 de 2012, contempló la asignación de retiro para los suboficiales y agentes que se incorporaron al nivel ejecutivo, es decir, el personal homologado, a quienes les fue conservado el requisito del tiempo de servicios exigido en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, esto es, de 15 a 20 años de servicios, según la modalidad de retiro; y que el artículo 2 determinó la asignación de retiro del personal de incorporación directa, esto es, aquellos que ingresaron por primera vez a la institución policial a la carrera profesional del nivel ejecutivo, manteniendo el requisito del tiempo de servicios de 20 a 25 años, dependiendo de la modalidad de retiro, siendo este el tiempo que desde el momento de creación del nivel ejecutivo señalaban las normas que les han sido aplicables, contenidas en los Decretos 1029 de 1994, 1091 de 1995 y 2070 de 2003.

(iii) De acuerdo con lo anterior, determinó que al proferirse el Decreto 1858 de 2012 y al establecer esa norma una distinción entre el personal homologado y el de incorporación directa, *"no se incurrió en la falencia encontrada por el Consejo de Estado en el anulado artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, pues claramente se hizo una distinción entre ambos tipos de personal, y adicional a ello fue respetado un régimen de transición a favor del personal homologado"*[133]. Además, señaló que *"al establecerse en el decreto en mención los requisitos mínimos a considerar para el reconocimiento de esa prestación al personal de incorporación directa (20 a 25 años de servicio), no se estableció un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de expedición de la Ley 923, el cual correspondía a veinte (20) o veinticinco (25) años de servicio, según la modalidad de retiro, según lo contemplaba el para ese entonces vigente artículo 51 del Decreto 1091 de 1995"*[134].

(iv) Con fundamento en lo anterior, afirmó que tratándose del personal incorporado directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional les resulta plenamente aplicable el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012. Concluyó que el demandante perteneció e ingresó de manera directa al nivel ejecutivo y fue retirado del servicio por destitución el 27 de mayo de 2015, por lo que en los

---

[133] Expediente n.° 2016-001040. Folio 108 vto.
[134] Ibídem.

términos del referido decreto se encontraba en la obligación de acreditar 25 años de servicio para ser acreedor de la asignación de retiro, pero únicamente demostró 20 años. Por lo anterior, revocó la decisión del *a quo* y negó las pretensiones de la demanda.

42. Visto lo anterior, esta Corporación considera que la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no incurrió en un defecto sustantivo por concluir que no acreditó el tiempo de servicio exigido en el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012.

La Ley Marco 923 de 2004 estableció unos parámetros mínimos que el Gobierno debía tener en cuenta al momento de fijar el régimen de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. La inconformidad del actor es, precisamente, que al aplicar dicho artículo 2° se desconocieron esos parámetros mínimos, pues el tiempo de servicio exigido en esa norma era mayor al permitido en la ley marco.

A juicio de esta Corporación, el análisis efectuado por Tribunal accionado no puede ser calificado como irrazonable, pues se sustentó en una diferenciación entre el personal homologado y el incorporado directamente al nivel ejecutivo, para concluir que la especial protección otorgada por la ley marco estaba dirigida a los primeros. Además, esta interpretación se basó en la última decisión adoptada para ese momento por el Consejo de Estado sobre la voluntad del legislador al expedir la Ley 923 de 2004 -Auto del 8 de octubre de 2015 que revocó la suspensión provisional del artículo 2° del Decreto 1858- donde se aclaró que *i)* si bien mediante fallo del 4 de febrero de 2007 se había anulado el Decreto 1091 de 1995, esto sucedió porque al reglamentar lo relacionado con el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo no se diferenció entre el personal incorporado directamente y el homologado, y le impusieron a ambos la misma exigencia de 20 y 25 años de servicio, cuando a estos últimos no podía desmejorarlos en ese aspecto.

43. De otra parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tampoco incurrió en un defecto sustantivo por negar el reconocimiento de la asignación de retiro con fundamento en el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, norma que fue declarada nula por el Consejo de Estado.

Según se mencionó, en un primer momento el Consejo de Estado decretó la suspensión provisional de esa disposición, mediante auto del 14 de julio de 2014 y en esa decisión señaló que *"a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, al 31 de diciembre de 2004, la normatividad aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo por incorporación directa, por cuanto los Decretos que de forma específica regulaban dicha prestación, esto es, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003[135] y el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, perdieron vigencia*

[135] Como se señaló anteriormente, este Decreto fue declarado inexequible por la Honorable Corte Constitucional mediante la sentencia C-432 de 2004.

por declaración judicial"[136]. Sin embargo, la Corporación revocó esa decisión en providencia del 8 de octubre de 2015, al resolver el recurso de súplica que se interpuso contra el citado auto[137].

Cuando el señor Arnulfo Rey López interpuso la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, el 18 de febrero de 2016, ya se había proferido la decisión que revocó la suspensión provisional decretada en 2014. Por lo tanto, el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 se encontraba vigente y era la disposición que regulaba lo concerniente a la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se habían incorporado de manera directa a la institución para ese momento. La consecuencia de revocar la decisión que había decretado como medida cautelar la suspensión provisional del artículo 2 del decreto 1858 de 2012 es que este mantiene su vigencia hasta que el Consejo de Estado decida sobre la legalidad de esa norma. Aunque esta Sala no desconoce que finalmente la disposición mencionada fue anulada por esa Corporación, esto sucedió cuando ya habían culminado los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto, es preciso señalar que en esa decisión el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, advirtiendo que los efectos otorgados a la sentencia serían 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 tome*[138]*. 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 inmediata*[139]*".*

Sin embargo, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho había culminado antes de proferirse la decisión de fondo sobre la legalidad de la norma. Por lo tanto, no era susceptible de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contenciosa administrativa para ese momento, y en consecuencia, se trataba de una situación jurídica consolidada que no fue cobijada por los efectos *ex tunc* de la decisión que declaró la nulidad de esa norma. Bajo ese entendido, mal haría esta Corporación en endilgarle al Tribunal accionado la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues mientras duró todo el trámite contencioso y hasta su finalización con la sentencia de segunda

---

[136] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 14 de julio de 2014. M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

[137] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Auto del 8 de octubre de 2015. M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.*

[138] *Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.*

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

instancia, el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 que regulaba lo concerniente a la asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, estuvo vigente. Para la Sala, el Tribunal actuó con fundamento en el principio de legalidad, aplicando la normatividad vigente para el momento en que se tramitaron los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

44. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca tampoco incurrió en un defecto sustantivo por supuestamente abstenerse de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012.

Contrario a lo manifestado por el accionante, el Tribunal sí estudió dicha solicitud al efectuar un análisis sobre la legalidad de la norma. En efecto, señaló que al proferirse el Decreto 1858 de 2012 *"no se incurrió en la falencia encontrada por el Consejo de Estado en el anulado artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, pues claramente se hizo una distinción entre ambos tipos de personal, y adicional a ello fue respetado un régimen de transición a favor del personal homologado"*[140]. Este fue el fundamento para concluir que la decisión del *a quo*, que había aplicado la excepción de inconstitucionalidad, debía ser revocada.

Ahora bien, el accionante alega que el Tribunal accionado no se pronunció sobre su solicitud de dar aplicación a la excepción de ilegalidad. En su decisión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó:

> *"En consecuencia, toda vez que el demandante perteneció e ingresó de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional y fue retirado del servicio por destitución el 27 de mayo de 2015, en los términos del artículo en comento* [art. 2, Decreto 1858 de 2012] *aquél se encuentra en la obligación de acreditar veinticinco (25) años de servicio para ser acreedor de la asignación de retiro. No obstante, toda vez que únicamente acreditó veinte (20) años, ocho (8) meses y veintidós (22) días, se arrima a la conclusión que el demandante no acreditó los requisitos exigibles por la normativa aplicable para ser acreedor de esa prestación.*
>
> *Por estos motivos, se concluye que, contrario a lo expuesto y resuelto por el a quo en la sentencia apelada, el acto administrativo demandado se encuentra conforme a la normativa en que debía fundarse toda vez que el demandante no cumplió el requisito de tiempo de servicio para ser acreedor de la asignación, motivo por el cual habrá de revocarse ese fallo y se negarán las súplicas de la demanda.*
>
> ***Conclusión.*** *Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que en el presente asunto no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, motivo por el cual se revocará la sentencia de primera instancia (…)"*[141].

[140] Expediente n.° 2016-001040. Folio 108 vto.
[141] Expediente n.° 2016-001040. Folio 110.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que *"la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandante o el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio"*[142]. De conformidad con lo anterior, la Corte constata que, en efecto, el Tribunal accionado se pronunció sobre la referida excepción, indicando los argumentos por los cuales no logró desvirtuarse la presunción de legalidad del acto administrativo que negó la asignación de retiro y, por lo tanto, la decisión del juez de primera instancia debía revocarse.

45. En consecuencia, la Sala Octava de Revisión considera que la autoridad judicial accionada no vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Arnulfo Rey López. Ahora bien, la Corte estima necesario aclarar que ante el nuevo panorama normativo que surge con la decisión adoptada el 9 de septiembre de 2018 por el Consejo de Estado, el actor puede acudir nuevamente ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, esto es, agotar la solicitud administrativa y, de ser el caso, la vía gubernativa, para reclamar la asignación de retiro. En este trámite, las autoridades administrativas y judiciales deberán ajustarse a la decisión adoptada por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo que fijó los parámetros de interpretación para el reconocimiento de dicha prestación.

Análisis sobre la configuración del defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial

46. De acuerdo a lo señalado en el escrito de tutela, el señor Arnulfo Rey López considera que el Tribunal accionado desconoció el precedente judicial sobre la materia. Sin embargo, el accionante solamente enumera dichas providencias sin indicar la razón por la cual las mismas constituyen un precedente aplicable ni por qué en su parecer fueron desconocidas. En todo caso, la Sala explicará los motivos por los que se considera que las sentencias referidas no constituyen un precedente judicial:

(i) Sentencia del 5 de octubre de 2017 proferida por la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado: 3034-2016. Esta providencia no puede ser considerada como un precedente para este asunto porque la razón que llevó a anular el acto administrativo que negó la asignación de retiro fue que se fundamentó en el Decreto 4433 de 2004 que había sido declarado nulo mediante sentencia del 12 de abril de 2012. Además, el demandante en ese asunto había sido retirado antes de la entrada en vigencia del Decreto 1858 de 2012.

---

[142] Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 12 de julio de 2018. Radicado: 11001-03-24-000-2010-00001-00. C.P: Oswaldo Giraldo López.

(ii) Auto del 14 de julio de 2014 proferido por la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado 1783-2013. Mediante esta decisión se decretó la suspensión provisional del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012; por lo tanto, no puede ser considerada como un precedente aplicable, en tanto fue revocada posteriormente mediante Auto del 5 de octubre de 2015.

(iii) Sentencia del 23 de noviembre de 2017 proferida por la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 2016-01310. La causal de retiro que se estudió en esa ocasión fue por solicitud propia, diferente a la analizada en este asunto

(iv) Sentencia del 13 de mayo de 2014 proferida por la *"Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca"*. Radicado 2010-00372. Los datos suministrados por el accionante no permiten identificar la sentencia a la cual hace referencia. Sin embargo, de lo relatado por él mismo en el escrito de tutela, este caso versa sobre la aplicación del Decreto 4433 de 2004, razón por la cual no puede considerarse como un asunto aplicable al que ahora estudia esta Corporación.

47. Ahora bien, el actor invocó como precedente aplicable la sentencia T-415 de 2016. Al respecto, es importante aclarar que el desconocimiento del precedente constitucional es una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales que se configura cuando: *"(i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexequibles por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la ratio decidendi de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente, la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es la que debe acogerse a la luz del texto superior, (iii) se desconoce la parte resolutiva de una sentencia de exequibilidad condicionada, o (iv) se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela"*[143].

La sentencia invocada por el actor versa sobre el reajuste de una pensión de sobrevivientes reconocida a los familiares de un miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por lo tanto no puede ser asimilable al asunto objeto de estudio.

48. En consecuencia, a juicio de esta Corporación no se configura el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial en este asunto.

Expediente T-7.033.331

Breve presentación del asunto

[143] Sentencia T-369 de 2015.

49. Jorge Eliécer Hernández Suárez ingresó a la Policía Nacional en 1996 y fue retirado de la institución en noviembre de 2015 estando en el grado de intendente, acumulando así un tiempo de servicio de 19 años, 1 mes y 20 días. El 11 de abril de 2016, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- le negó la asignación mensual de retiro por lo cual interpuso una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

En sentencia del 15 de mayo de 2017, el Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Bogotá negó las pretensiones aduciendo que según el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, el tiempo de servicio requerido por el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional es de 25 años cuando sea destituido, como ocurrió en esa oportunidad. Esta decisión fue confirmada por la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de diciembre de 2017 por las mismas razones.

Según el accionante, las autoridades judiciales incurrieron en un defecto sustantivo por inobservancia del régimen de transición establecido en el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004. Además, que incurrieron en un desconocimiento del precedente horizontal y vertical, pues no atendieron algunas decisiones del Consejo de Estado y de Tribunales Administrativos, en las cuales se les ha reconocido la asignación de retiro en casos como el suyo.

La Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó el amparo invocado. Sostuvo que la norma vigente para la fecha en que el actor fue retirado del servicio era el Decreto 1858 de 2012, como efectivamente lo reconoció el Tribunal accionado en su sentencia. Así mismo, destacó que a la fecha no existía un precedente judicial sobre la materia ni un mecanismo de extensión de jurisprudencia, revisión o avocación oficiosa mediante los cuales se haya definido la materia.

Esa decisión fue confirmada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aduciendo que la fecha de retiro era la que determina la norma aplicable, para este caso, el Decreto 1858 de 2012. De igual forma, sostuvo que el régimen de transición del artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004 aplicaba únicamente al personal policial con condición de suboficial o agente de la Policía Nacional que se hubiera homologado al nivel ejecutivo antes del 31 de diciembre de 2004, que no era el caso del demandante.

Verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

50. En el caso que ahora se estudia, la Sala observa que la tutela cumple con los requisitos generales de procedencia, como se pasa a exponer:

(i) Relevancia constitucional

51. Este asunto es de relevancia constitucional, por cuanto la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso surge, al parecer, con ocasión de

varios yerros cometidos por las autoridades judiciales accionadas, relacionados con el desconocimiento de un régimen de transición, la aplicación de una norma que fue declarada nula por el Consejo de Estado y el desconocimiento del precedente judicial sobre la materia. Además, la posible violación del derecho al debido proceso traería consigo la vulneración de otra garantía fundamental, como es el derecho a la seguridad social. En consecuencia, la Corte considera que estas circunstancias, en principio, ameritan la intervención del juez constitucional.

(ii) Agotamiento de los recursos judiciales

52. Al observar las actuaciones surtidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Jorge Eliécer Hernández Suárez, se evidencia que el actor agotó los mecanismos a su alcance para obtener la protección de sus garantías fundamentales, según pasa a explicarse:

a) Mediante resolución n.° 05858 del 31 de diciembre de 2015, el Director de la Policía Nacional dispuso retirarlo del servicio activo por destitución[144].

b) En escrito radicado el 24 de mayo de 2016, solicitó ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- el reconocimiento de la asignación mensual de retiro[145]. Esta solicitud fue resuelta de manera negativa a través del oficio n.° 6650 del 11 de abril de 2016; en dicho documento, CASUR le indicó al peticionario que *"[p]or tratarse de una información contra ese oficio no procede recurso alguno"*[146].

c) El 30 de agosto de 2016 se llevó a cabo una diligencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 79 Judicial I para asuntos administrativos de Bogotá, la cual fue declarada fallida ante la manifestación de la parte convocada, esto es, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, de no tener ánimo conciliatorio[147].

d) El 1 de septiembre de 2016, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- la cual correspondió por reparto al Juzgado 25 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá[148].

e) El 15 de mayo de 2017 ese juzgado profirió sentencia de primera instancia, negando las pretensiones de la demanda[149]. Esta decisión fue apelada por el demandante en escrito del 30 de mayo de 2017[150].

---

[144] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folio 4.
[145] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folio 17.
[146] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folio 18.
[147] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folio 19.
[148] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folio 34. Acta de reparto.
[149] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folios 72 a 76. Sentencia de primera instancia.
[150] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folios 80 a 91.

f) El 14 de diciembre de 2017, la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la sentencia de primera instancia[151].

53. Visto lo anterior, se tiene que el accionante acudió a los mecanismos judiciales que otorga el ordenamiento jurídico para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro, agotando todas las instancias administrativas y judiciales. Al igual que en el caso anterior, en esta oportunidad no se configuran ninguna de las causales que habilitan el recurso extraordinario de revisión, razón por la cual el actor no tenía la posibilidad de interponer este recurso contra la decisión proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca; de igual forma, se recuerda que el Consejo de Estado no tiene una sentencia de unificación sobre la materia que se analiza, razón por la cual el actor tampoco tenía la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia contra la decisión proferida por el Tribunal.

(iii) Requisito de inmediatez:

54. La última actuación dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Jorge Eliécer Hernández Suárez es la sentencia de segunda instancia proferida el 14 de diciembre de 2017. La acción de tutela fue interpuesta el 31 de mayo de 2018, esto es, aproximadamente cinco meses después de esa última acción. A juicio de esta Corporación, dicho término es razonables para el ejercicio del amparo constitucional, más aún si se tiene en cuenta que ese lapso coincidió con el periodo de la vacancia judicial.

(iv) En caso de tratarse de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales.

Este requisito no es aplicable a los asuntos bajo estudio ya que las anomalías que se alegan son de carácter sustantivo.

(v) Identificación de los hechos que generaron la vulneración de derechos.

El actor identificó cada uno de los hechos que considera vulneradores del derecho fundamental al debido proceso cuya protección se invoca. Los mismos fueron alegados también en el trámite de nulidad y restablecimiento de derecho dentro de las etapas procesales correspondientes. En efecto, el señor Arnulfo Rey López cuestionó en la reclamación administrativa, en el proceso contencioso administrativo y en sede de tutela, que la negativa del reconocimiento de la asignación de retiro se dio ante la indebida aplicación de la norma y en desconocimiento del precedente sobre la materia.

(vi) El fallo controvertido no es una sentencia de tutela.

---

[151] Expediente de nulidad y restablecimiento del derecho n.° 2016-00357. Folios 106 a 119. Sentencia de segunda instancia.

Como se ha indicado, las providencias que se censuran hicieron parte de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Análisis sobre la configuración del defecto sustantivo

55. Verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, pasa la Sala a determinar si las autoridades judiciales accionadas desconocieron el derecho fundamental al debido proceso de Jorge Eliécer Hernández Suárez.

56. En sentencia del 15 de mayo de 2017, el Juzgado 25 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá profirió sentencia de primera instancia bajo los siguientes argumentos:

(i) Indicó que la norma que invoca el demandante a efectos de obtener el reconocimiento de la asignación de retiro, Decreto 1212 de 1990, *"no le resulta aplicable en consideración a que no es la disposición vigente al momento de su retiro, el cual se produjo a partir del 7 de enero de 2016, por destitución, sumado al hecho de que desde su ingreso a la Institución lo hizo directamente al nivel ejecutivo, razón más que suficiente para afirmar que debe aplicársele en su totalidad la normatividad que rige para dicho personal"*[152].

(ii) Resaltó que el Decreto 1212 de 1990 regula la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y sus prestaciones sociales, y el actor nunca fue homologado al nivel, razón por la cual en ningún tiempo ostentó alguno de los grados mencionados[153].

(iii) Advirtió que el Decreto 1858 de 2012 era la disposición aplicable pues era la que se encontraba vigente al momento en que se produjo su retiro del servicio (7 de enero de 2016) y, mediante esta se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al nivel ejecutivo por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004.

(iv) Concluyó que al demandante no le asistía el derecho a la asignación de retiro porque solo había completado 19 años, 2 meses y 9 días, y según el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, cuando la causal de retiro fuera por destitución, exigía 25 años de servicio. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

57. Esta decisión fue confirmada por la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 14 de diciembre de 2017, con base en los siguientes argumentos:

(i) Adujo que conforme al artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 el personal del nivel ejecutivo vinculado por incorporación directa cuando fuere separado por destitución, debía acreditar 25 años para acceder a la asignación de retiro.

---

[152] Expediente n.° 2016-00357. Folio 75.
[153] Ibídem.

(ii) Señaló que el Consejo de Estado, mediante auto del 14 de julio de 2014 (radicación 2013-00850) declaró la suspensión provisional de esa disposición aduciendo que *"al cotejarse el texto de este decreto con el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el gobierno nacional desconoce las previsiones contenidas en la ley marco respecto de la prohibición de exigirse al personal del servicio activo de la policía nacional al 31 de diciembre de 2004, requisitos adicionales, como el permanecer vinculado a la institución por un término superior al previsto en los decretos que les eran aplicables; decretos 1212 y 1213 de 1990, que fijan como tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro un mínimo de 15 años de servicio"*[154].

(iii) Luego de eso, indicó que tendría razón el apelante al sostener que la normatividad aplicable eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, aplicables al personal del nivel ejecutivo, por cuanto los decretos que de forma específica regulaban dicha prestación para ese personal, perdieron vigencia por declaración judicial.

(iv) Sin embargo, aclaró que mediante providencia del 28 de mayo de 2015, el Consejo de Estado al resolver un recurso de súplica contra la decisión del 14 de julio de 2014, revocó dicha medida provisional y dispuso:

> *"Ahora bien, para la Sala tiene especial relevancia el contenido del auto suplicado de 14 de julio de 2014, pues, si bien dicha providencia realiza un análisis serio y razonado sobre la legalidad del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, dicho estudio se concretó a analizar la situación legal del personal uniformado homologado al Nivel Ejecutivo y las garantías contenidas en el artículo 3° de la Ley Marco 923 de 2004, concluyendo que se les desconocían sus derechos adquiridos, y trayendo como referencia para apoyar su argumentación los fallos de 14 de febrero de 2007 (11001-03-25-000-2004-00109-01, M.P. Alberto Arango M.) y de 12 de abril de 2012 (11001032500020060001600, M. P. Alfonso Vargas R.), que decretaron la nulidad del artículo 51 del Decreto Reglamentario 1091 de 1995 y el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004.*
>
> *Encontrando esta Sala que en dichas sentencias no se comprende un estudio de la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional para regular lo relacionado con los requisitos para acceder a la asignación de retiro exigidos a los policías que se incorporaron directamente al Nivel Ejecutivo; materia que constituye el contenido del artículo 2° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012, lo cual no deja ver ab initio una violación de las normas invocadas en la demanda.*
>
> *En conclusión, de la confrontación del acto administrativo acusado con las normas invocadas como violadas, la Sala no encuentra, en esta instancia procesal, y sin que ello implique prejuzgamiento, que el Decreto*

[154] Expediente n.° 2016-00357. Folio 116.

Reglamentario 1858 de 2012 las haya transgredido. De esta forma es forzoso revocar el auto objeto del recurso de súplica, para en su lugar, negar la medida cautelar solicitada por el demandante". (Resaltado por el Tribunal).

(v) Entonces, señaló que *"al levantarse la referida medida cautelar"*, el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 era el precepto aplicable al actor *"en la medida que, en materia de asignaciones de retiro la normatividad que rige la situación jurídica del beneficiario es aquella vigente a la fecha en que se produzca el retiro del miembro de la fuerza pública, máxime, si se tiene en cuenta que la regla general es que las normas se rigen por el principio de irretroactividad de la ley"*[155]. Con base en ello, confirmó la sentencia de primera instancia.

58. Visto lo anterior, esta Corporación considera que las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en un defecto sustantivo por concluir que no acreditó el tiempo de servicio exigido en el artículo 2° del Decreto Reglamentario 1858 de 2012.

El análisis efectuado por el juzgado en primera instancia no puede ser calificado como irrazonable, en tanto explicó por qué la norma invocada por el demandante -Decreto 1212 de 1990- no le era aplicable teniendo en cuenta la fecha del retiro y el tipo de incorporación al nivel ejecutivo; además, destacó que el Decreto 1858 de 2012 era la disposición aplicable porque era la que se encontraba vigente al momento en que se produjo la destitución.

Tampoco se puede considerar irrazonable la decisión del Tribunal, pues se basó en la última decisión adoptada para ese momento por el Consejo de Estado sobre la voluntad del legislador al expedir la Ley 923 de 2004 -Auto del 8 de octubre de 2015 que revocó la suspensión provisional del artículo 2° del Decreto 1858- donde se aclaró que *i)* si bien mediante fallo del 4 de febrero de 2007 se había anulado el Decreto 1091 de 1995, esto sucedió porque al reglamentar lo relacionado con el requisito de tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo no se diferenció entre el personal incorporado directamente y el homologado, y le impusieron a ambos la misma exigencia de 20 y 25 años de servicio, cuando a estos últimos no podía desmejorarlos en ese aspecto. El Tribunal indicó que, en principio, el demandante tendría razón en señalar que los Decretos 1212 y 1213 de 1990 serían los aplicables para el personal del nivel ejecutivo en tanto los demás decretos que regulaban esa materia habían perdido vigencia. Sin embargo, recordó que el Consejo de Estado había revocado la decisión de suspender provisionalmente el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, razón por la cual, en su parecer, al levantarse la referida medida cautelar, esa era la disposición aplicable al actor.

59. De otra parte, las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales accionadas tampoco incurrieron en un defecto sustantivo por negar el reconocimiento de la asignación de retiro con fundamento en el artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, norma que fue declarada nula por el Consejo de Estado.

---

[155] Expediente n.° 2016-00357. Folio 117.

Al igual que en el otro asunto, cuando el señor Jorge Eliécer Hernández Suárez interpuso la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, 1° de septiembre de 2016, ya se había proferido la decisión que revocó la suspensión provisional decretada en 2014.

Por lo tanto, el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 se encontraba vigente y era la disposición que regulaba lo concerniente a la asignación de retiro para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se habían incorporado de manera directa a la institución. La consecuencia de revocar la decisión que había decretado como medida cautelar la suspensión provisional del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 es que este mantiene su vigencia hasta que el Consejo de Estado decida sobre la legalidad de esa norma. Aunque esta Sala no desconoce que finalmente la disposición mencionada fue anulada por esa Corporación, esto sucedió cuando ya habían culminado los procesos en la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo tanto, no era susceptible de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contenciosa administrativa para ese momento, y en consecuencia, se trataba de una situación jurídica consolidada que no fue cobijada por los efectos *ex tunc* de la decisión que declaró la nulidad de esa norma. El Tribunal actuó con fundamento en el principio de legalidad, aplicando la normatividad vigente para el momento en que se tramitaron los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho.

60. En consecuencia, la Sala Octava de Revisión considera que las autoridades judiciales accionadas no vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de Jorge Eliécer Hernández Suárez. Ahora bien, la Corte estima necesario aclarar que ante el nuevo panorama normativo que surge con la decisión adoptada el 9 de septiembre de 2018 por el Consejo de Estado, el actor puede acudir nuevamente ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-, esto es, agotar la solicitud administrativa y, de ser el caso, la vía gubernativa, para reclamar la asignación de retiro. En este trámite, las autoridades administrativas y judiciales deberán ajustarse a la decisión adoptada por el órgano de cierre de lo contencioso administrativo que fijó los parámetros de interpretación para el reconocimiento de dicha prestación.

Análisis sobre la configuración del defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial

61. Según expuso en el escrito de tutela, el señor Jorge Eliécer Hernández Suárez considera que el Tribunal accionado desconoció el precedente judicial decantado en las siguientes providencias. A continuación, la Sala explicará los motivos por los que se considera que las sentencias referidas por el accionante no constituyen un precedente judicial:

(i) Sentencia 19 de noviembre de 2015 proferida por la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Radicado: 11001-33-35-007-2014-00258-01. La causal de retiro que se estudió en esa ocasión fue por voluntad del Gobierno Nacional, diferente a la analizada en este asunto.

(ii) Sentencia del 1° de junio de 2017 proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado: 11001-03-15-000-2016-03812-00. En esa ocasión se concedió el amparo por haberse incurrido en un defecto sustantivo ante la aplicación retroactiva del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, lo que no sucede en este caso pues como se expuso previamente, la norma estaba vigente al momento de ser proferidas las decisiones cuestionadas.

(iii) Sentencia del 5 de octubre de 2017 proferida por la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado: 3034-2016. Esta decisión no puede ser considerada como un precedente para este asunto la razón que llevó a anular el acto administrativo que negó la asignación de retiro fue que este se fundamentó en el Decreto 4433 de 2004 que había sido declarado nulo mediante sentencia del 12 de abril de 2012. Además, el demandante en ese asunto había sido retirado antes de la entrada en vigencia del Decreto 1858 de 2012.

(iv) Sentencia del 9 de marzo de 2017 proferida por la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado: 27001-23-33-000-2016-00068-01. Al igual que en el caso anterior, el demandante había sido retirado antes de la entrada en vigencia del Decreto 1858 de 2012, razón por la cual no es un asunto aplicable al que ahora es objeto de estudio.

(v) Sentencia del 1° de marzo de 2018 proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado: 11001-03-15-000-2017-03432-00 y sentencia del 19 de abril de 2018 proferida por la Subsección A, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Radicado: 1288-2016. Estas decisiones son posteriores a las sentencias proferidas en el proceso de nulidad y restablecimiento que se cuestiona, por lo tanto, no eran vinculantes al momento del análisis de los asuntos.

62. Entonces, a juicio de esta Corporación no se configura el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial en este asunto.

63. Con fundamento en lo anterior, la Sala Octava de Revisión concluye que las autoridades judiciales accionadas no vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de los señores Arnulfo Rey López y Jorge Eliécer Hernández Suárez, pues no incurrieron en un defecto sustantivo, así como tampoco desconocieron el precedente judicial sobre la materia. En consecuencia, procederá a confirmar las decisiones proferidas en sede de tutela por el Consejo de Estado en ambos asuntos, mediante las cuales se negó la protección invocada.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2018 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que revocó la emitida en primera instancia el 20 de marzo de 2018 por la Subsección B, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y en su lugar, negó la protección invocada en la acción de tutela interpuesta por Arnulfo Rey López contra la Subsección A, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (T-7.033.327).

Segundo. CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2018 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que a su vez confirmó la emitida en primera instancia 12 de julio de 2018 por la Subsección A, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que negó la protección invocada en la acción de tutela interpuesta por Jorge Eliécer Hernández Suárez contra el Juzgado 25 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (T-7.033.331).

Tercero.- DEVOLVER el expediente n.° 11001-33-42-054-2016-00104-00 correspondiente a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Arnulfo Rey López contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- al Juzgado 54 Administrativo del Circuito de Bogotá; y el expediente n.° 11001-33-35-025-2016-00357-01 correspondiente a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Jorge Eliécer Hernández Suárez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR- al Juzgado 25 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, allegados a esta Corporación en calidad de préstamo.

Cuarto.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General