

Sentencia T-022/19

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Concebida como juicio de validez no como juicio de corrección del fallo cuestionado

PRECEDENTE JUDICIAL-Definición

Ha sido definido por esta Corporación como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.

OBLIGATORIEDAD DEL PRECEDENTE-Carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional

La obligatoriedad de aplicar el precedente judicial no es absoluta dado que el funcionario o autoridad judicial puede válidamente, apartarse de el con base en los principios de independencia y autonomía judicial. Pero, para ello debe “(i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que haga manifiestas las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa”.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto específico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominado violación directa de la Constitución, se genera a partir del desconocimiento de los jueces de su obligación de aplicar el texto superior, conforme con el mandato consagrado en el artículo 4 de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados, en procura de materializar la supremacía constitucional y de garantizar la eficacia directa de las disposiciones superiores

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Criterios para determinar su configuración

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Definición

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto se encuentra en trámite el recurso de queja y no se acreditó perjuicio irremediable en proceso laboral

Referencia: Expediente T- 6.760.535

Acción de tutela interpuesta por Jhon Edinson Yela Rodríguez contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de 12 de abril de 2018 proferido por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, el cual confirmó la sentencia de primera instancia emitida el 13 de febrero de 2018 por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, que negó el amparo constitucional solicitado por Jhon Edinson Yela Rodríguez contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F. El expediente fue seleccionado para revisión por la Sala Número Cinco, mediante Auto del 31 de mayo de 2018[1].

I. ANTECEDENTES

El 28 de noviembre de 2017, el señor Jhon Edinson Yela Rodríguez presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F, por

considerar que esa autoridad judicial con la decisión que profirió el 20 de octubre de 2017, dentro del trámite de la segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que aquel impetró contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social, en tanto incurrió en defectos sustantivo, de desconocimiento del precedente judicial y de violación directa de la Constitución Política, al negar las pretensiones de la demanda. Solicita dejar sin efectos ese fallo judicial y que, en su lugar, se profiera una nueva sentencia ajustada a derecho. A continuación, se exponen los hechos en que se funda la acción de tutela y la solicitud planteada.

1. Hechos y solicitud

1.1. El señor John Edinson Yela Rodríguez prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 27 de agosto de 1993 hasta el 8 de julio de 1994, desempeñándose como Auxiliar de Policía. Posteriormente fue alumno del nivel ejecutivo desde el 17 de julio de 1995 hasta el 18 de abril de 1996, última fecha en la cual se graduó y accedió al nivel ejecutivo hasta el 6 de agosto de 2014, cuando se retiró del servicio por voluntad propia ocupando el escalafón de Intendente. En total laboró en esa entidad 20 años, 2 meses y 13 días[2].

1.2. Plantea que solicitó el reconocimiento de la asignación de retiro para el Nivel Ejecutivo a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, la cual mediante oficio No. 27279 GAG-SDP del 28 de octubre de 2014 le negó el reconocimiento de dicha asignación al estimar que no cumplía con el requisito de haber prestado el servicios durante un mínimo de 25 años, como lo establece el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012.

1.3. Debido a lo anterior, el accionante formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con el objeto de que se declarara la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 27279 GAG-SDP del 28 de octubre de 2014 y se reconociera el pago de la asignación de retiro adicional a los tres meses de alta a partir del 6 de agosto de 2014, fecha en que se hizo efectivo en hoja de vida el retiro del servicio por la causal de voluntad propia.

1.4. En ese proceso judicial el actor expuso que (i) la Ley 923 de 2004 estableció que a los miembros de la fuerza pública en servicio activo no se les exigiría como requisito para el reconocimiento del derecho a la asignación de retiro un tiempo de servicio superior

al fijado en ese momento por las disposiciones vigentes, esto es, por los Decretos 1212 y 1213 de 1990 que señalaban para acceder a ese derecho como mínimo 15 años de servicios y un máximo de 20 años de servicio; y que, (ii) el Consejo de Estado el 12 de abril de 2012 (expediente 0290-06) declaró la nulidad del parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, por cuanto desconoció los límites contenidos en la Ley 923 de 2004 al haber exigido a los miembros de la fuerza pública en servicio activo un tiempo de servicio superior para proceder al reconocimiento de la asignación de retiro.

1.5. El 30 de noviembre de 2016, el Juzgado Trece Administrativo de Bogotá accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, que exigió los mismos requisitos para la asignación de retiro de los Decretos 1091 de 1995 art. 51, 2070 de 2003 art. 25 y 4433 de 2004 art. 25, y que fueron declarados nulos por el Consejo de Estado e inexecutable por la Corte Constitucional, desconocen los derechos adquiridos del personal vinculado de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional antes del 31 de diciembre de 2004, pues estableció requisitos adicionales a los exigidos por los Decretos 1212 y 1213 de 1990. Señaló además que al desaparecer del mundo jurídico aquellos decretos en comento, se generó un vacío normativo que hacía necesaria la aplicación del artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, cuyos requisitos para la asignación de retiro indicó que fueron cumplidos por el señor Yela Rodríguez. Así las cosas, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del accionante por haber cumplido más de 20 años de servicio en la Policía Nacional.

1.6. Apelada esa decisión por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F, en sentencia del 20 de octubre de 2017, revocó la decisión proferida por el Juzgado Trece Administrativo de Bogotá y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, revocó la medida cautelar de suspensión provisional del oficio No. 27279 GAG-SDP del 28 de octubre de 2014 y condenó al demandante a responder patrimonialmente por los perjuicios ocasionados con la medida cautelar.

1.7. Para fundamentar su decisión, el Tribunal accionado señaló que el Consejo de Estado en providencia del 8 de octubre de 2015[3], precisó que la intención de la Ley 923 de 2004 consistió en que al personal uniformado homologado al nivel ejecutivo hasta el 31

de diciembre de 2004 (Suboficiales, Oficiales y Agentes) se le aplicaran los Decretos 1212 y 1213 de 1990 y que para los incorporados de manera directa al nivel ejecutivo, que adujo era el caso del accionante, se les aplicaran las normas vigentes a 31 de diciembre de 2004, esto es, el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 el cual exigía 25 años de servicios para acceder a la asignación de retiro cuando la causal invocada es retiro por voluntad propia. De allí, concluyó que el Gobierno Nacional no se extralimitó en el ejercicio de la facultad conferida en la mencionada Ley y que, por consiguiente, el requisito de 20 años para acceder a la asignación de retiro que establece el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 no es aplicable al señor Yela Rodríguez. Adicionalmente, el Tribunal accionado indicó que en tanto el demandante se retiró del servicio por voluntad propia el 1° de agosto de 2014, le es aplicable lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, norma que también exige 25 años de servicios para acceder a la asignación de retiro.

1.8. El accionante considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F en esa decisión judicial vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social que le asisten, por cuanto incurrió en varios defectos que habilitan el amparo constitucional.

1.10. Respecto a las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, identificó los siguientes defectos que a continuación se sintetizan.

1.10.1. Defecto sustantivo: El actor plantea que la sentencia que se cuestiona proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca viola el derecho fundamental al debido proceso porque se fundamenta en normas inaplicables al caso concreto, como son el párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 que fue declarado nulo por el Consejo de Estado y el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 que el accionante indica que se encontraba suspendido al momento de su retiro de la Policía Nacional. De allí, el actor señala que ante el vacío normativo que existía en el régimen prestacional para el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el Tribunal acusado debió aplicar el Decreto 1212 de 1990 que era la norma vigente al momento de su retiro.

Precisa que el derecho a acceder a la asignación de retiro que reclama se consolidó, ya que al momento de su retiro “todas las normas que regulaban el régimen prestacional y pensional de las personas que nos encontrábamos en la Fuerza Pública – Policía Nacional –

Nivel Ejecutivo vinculados de manera directa antes del 30 de diciembre de 2004, no existían jurídicamente, pues el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y el párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, se encontraban nulos por sentencias ya conocidas del Honorable Consejo de Estado, y el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, se encontraba suspendido provisionalmente, desde el 14 de julio de 2014 por auto del mismo Consejo, y hasta octubre de 2015, es decir, un año después de haber sido retirado, la norma fue regresada al ordenamiento jurídico, al levantarse la medida cautelar”[4]. De esta forma, el actor explica que su fecha de retiro es la que determina la normatividad aplicable en cuanto al reconocimiento de la asignación de retiro, pues es la desvinculación la que da origen a que se cause el derecho o no, dependiendo de los requisitos establecidos en ese momento.

Seguidamente, plantea que la sentencia censurada si bien aceptó que al 1° de agosto de 2014 estaba suspendido el Decreto 1858 de 2012 y por ende no le era aplicable al demandante, lo cierto es que incurrió en defecto sustantivo al establecer que la norma legal aplicable era el párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, el cual estaba fuera del ordenamiento jurídico colombiano ante su declaratoria de nulidad desde el año 2012, es decir, en criterio del actor el Tribunal le aplicó una norma declarada nula que “sacó del mundo jurídico, de la vida jurídica el requisito de 25 años para acceder al derecho de asignación de retiro”.

Adicionalmente, el accionante indica que la Ley 923 de 2004 en ningún caso discrimina o ha discriminado el personal homologado antes del 31 de diciembre de 2004 al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, con relación al personal que se vinculó o incorporó directamente al nivel ejecutivo de la misma entidad. Es más, aduce que el artículo 3.9 de esa ley fijó unas condiciones de transición para acceder a la asignación de retiro por parte del personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encontraran en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de esa normatividad, y que incluso las sentencias que declararon la nulidad del régimen prestacional de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional tampoco han realizado esa distinción que califica de errada.

1.10.2. Defecto por desconocimiento del precedente judicial: El actor considera lesionado su derecho a la igualdad porque la sentencia cuestionada realiza una diferenciación

injustificada entre el personal activo de la Policía Nacional que al 31 de diciembre de 2004 tuviera la condición de homologado en el nivel ejecutivo, respecto de aquellos que se vincularon directamente al mismo nivel de la entidad. Al respecto, señala que diferentes sentencias judiciales han reconocido el derecho a la asignación de retiro con base en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, sin incurrir al trato diferenciado que predica el fallo objeto de censura. Puntualmente invoca las siguientes decisiones que en su criterio constituyen un precedente judicial desconocido por el Tribunal accionado, a saber:

(i) Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda – Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado No. 18001233300020140008501. Demandante: Carlos Andrés Zea Zea. Sentencia del 5 de octubre de 2017.

Según expone el accionante, el señor Carlos Andrés Zea fue vinculado directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional el 17 de octubre de 1995, es decir, mucho tiempo antes de la vigencia de la Ley 923 de 2004. Señala que es una situación similar a la de él y que al demandante en ese proceso se le reconoció la asignación de retiro con base en el Decreto 1212 de 1990.

(ii) Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda – Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicado No. 15001233300020150023801. Demandante: Ricardo Escamilla Calderón. Sentencia del 28 de septiembre de 2017.

Frente a esta sentencia el accionante manifiesta que el señor Escamilla se vinculó a la Policía Nacional desde el 15 de octubre de 1985, es decir, antes de la vigencia de la Ley 923 de 2004, y que a pesar de ser homologado del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, esa decisión indicó que (a) la Ley 923 de 2004 aplica para todos los miembros de la fuerza pública en servicio activo, a quienes no se les puede exigir un tiempo superior al previsto en los Decretos 1212 y 1213 de 1990; (b) la declaratoria de nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y del párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 aplica desde el mismo momento en que fueron expedidas esas normas, por lo que las condiciones establecidas para acceder a la asignación de retiro deben ser las consagradas en la Ley 923 de 2004. A partir de lo anterior, el accionante estima que “en la sentencia, en ningún

momento se hace distinción alguna si para acceder al derecho de asignación de retiro se debe cumplir con algún otro requisito diferente al servicio activo, como por ejemplo si era homologado o de incorporación directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional (sic)”[5].

(iii) Consejo de Estado – Secretaría General. Ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Radicado No. 11001031500020160381200. Demandante: Simón Felipe Triviño Casallas y otro. Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C. Sentencia del 1º de junio de 2017.

De acuerdo a lo planteado por el accionante, en ese caso el señor Luis Alberto Triviño fue vinculado directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional el 5 de agosto de 1996, antes de la vigencia de la Ley 923 de 2004. Por estimar que era un miembro del personal activo se le reconoció la asignación de retiro.

(iv) Consejo de Estado – Secretaría General. Ponente: Rocío Araújo Oñate. Radicado No. 11001031500020160345201. Demandante: Antonio José Rojas González. Demandado: Tribunal Administrativo de Risaralda y otro. Sentencia del 13 de julio de 2017.

El accionante señala que el señor Antonio José Rojas fue vinculado directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional en el año 1997 y que le fue reconocida la asignación de retiro en esa decisión judicial.

(v) Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicado No. 25000234200020150058901. Demandante: Arleider Parada Tavera. Sentencia del 12 de marzo de 2015.

El accionante aduce que el señor Parada Tavera se vinculó directamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, es decir, antes de la vigencia de la Ley 923 de 2004, y a pesar de ello se le reconoció la asignación de retiro sin discriminación alguna.

(vi) Adicionalmente, el actor trae a colación 5 sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Bogotá[6], un fallo expedido por el Tribunal Administrativo del Tolima[7] y 5 sentencias dictadas por diferentes juzgados administrativos del país, en las cuales se reconoció la asignación de retiro a miembros activos de la Policía Nacional que se

vincularon directamente al nivel ejecutivo de la entidad antes del 31 de diciembre de 2004.

Respecto a todas las decisiones judiciales antes mencionadas, el accionante considera que existe una igualdad fáctica que vincula al Tribunal acusado en tanto reconocieron asignaciones de retiro a favor de personas que se vincularon directamente en el nivel ejecutivo a la Policía Nacional antes del 31 de diciembre de 2004. Así mismo, señala que existe identidad jurídica por cuanto cada sentencia se constituye en precedente judicial al explicar los derechos laborales constitucionales de las personas que se vincularon de manera directa a la Fuerza Pública – Policía Nacional antes de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, así como el régimen de transición que los rige y el efecto de las nulidades de las normas que han regulado la materia. Precisa que la nulidad del artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 y del párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2002 se produjeron antes de su retiro en agosto de 2014, e incluso para época se encontraba suspendida la aplicación del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012.

Con base en ello, el actor explica que el Tribunal accionado sin justificación razonable, decidió apartarse y transgredir el precedente judicial, lesionando el derecho a la igualdad al negarle la asignación de retiro a la cual aduce tener derecho.

1.10.3. Defecto por violación directa a la Constitución Política: El actor considera que la sentencia que censura desconoce el derecho constitucional a la seguridad social y el principio de favorabilidad en material pensional establecidos en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, respectivamente.

Sobre el punto, plantea que el Tribunal accionado realizó una interpretación extensiva de los efectos de la sentencia que declaró la nulidad del párrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al punto que terminó reviviendo esa disposición que, por los efectos de la declaratoria de nulidad, no era aplicable a su caso. Según el accionante, esa situación desembocó en que se le exigieran 25 años de servicios en la Policía Nacional para tener derecho a la asignación de retiro, cuando el marco dispuesto en la Ley 923 de 2004, que no hizo diferenciación entre personal del nivel ejecutivo homologado o vinculado directamente, impone la aplicación del Decreto 1212 de 1990. En tal sentido, estima que el Tribunal acusado violó el derecho a la seguridad social porque no respetó las expectativas

legítimas de quienes se encontraban próximos a alcanzar la asignación de retiro.

En forma adicional, precisa que ante la existencia de dos criterios o posiciones contrarias por parte del Consejo de Estado en la solución de esta clase de litigios, el Tribunal accionado debió hacer uso de sus poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales, es decir, debió aplicar la posición más favorable para privilegiar el acceso a la asignación de retiro. Como en el presente caso no acudió a la favorabilidad laboral, desconoció el artículo 53 superior.

1.11. Con base en los anteriores argumentos, el accionante solicita sean tutelados los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social que le asisten, y que en consecuencia, se deje sin efectos la sentencia de fecha 20 de octubre de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección F, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que aquel formuló contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-. En su lugar, se ordene al Tribunal dictar una nueva sentencia que reconozca la asignación de retiro por haber cumplido con el requisito de 20 años de servicios en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

1.12. Cabe aclarar que, el accionante interpuso recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia contra la decisión hoy atacada en sede de tutela. Dicho recurso fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, en providencia del 31 de enero de 2018, no concediendo por improcedente por cuanto el artículo 257 del CPACA dispone que dicho recurso procede siempre que la cuantía de la condena, o en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda, al momento de la interposición del recurso, la suma de 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el presente caso, la sentencia atacada no impuso condena y la cuantía al momento de interponer la demanda fue establecida en \$15.389.725, suma que no supera los 90 salarios mínimos mensuales vigentes.

Contra el anterior auto, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de queja, alegando que al momento del fallo de segunda instancia, la cuantía del proceso ya asciende a \$83.788.418 ya que esta suma corresponde al valor del sueldo a la fecha del retiro por 49 meses. El recurso fue resuelto en providencia del 2 de marzo de 2018, en la que se decidió

no reponer el auto del 31 de enero de 2018 por no asistirle razón al demandante dado que la norma es clara en disponer que al no establecer una cuantía definida de condena, la misma se tomaría de las pretensiones de la demanda, la cual, como ya se dijo, no supera los 90 smlmv. Así las cosas, por reparto le correspondió conocer del recurso de queja al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, autoridad judicial que recibió el expediente el 4 de mayo de 2018, y quien envió el expediente en calidad de préstamo, en cumplimiento del auto suscrito por la Magistrada Sustanciadora el 28 de septiembre del 2018.

2. Contestación de la tutela[8]

2.1. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F

La Magistrada Beatriz Helena Escobar Rojas, en representación del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F, dio respuesta a la acción de tutela señalando que la sentencia del 20 de octubre de 2017 no incurrió en los defectos sustantivo, de desconocimiento del precedente ni de violación directa a la Constitución porque “para proferir la decisión de fondo, se valoraron en debida forma las pruebas que obraban en el expediente, las cuales eran suficientes para determinar que al señor Jhon Edison Yela Rodríguez, en su calidad de Intendente correspondiente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, vinculado directamente, no le eran aplicables los Decretos 1212 y 1213 de 1990, que sólo regían para los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, respectivamente, y en ese sentido para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro reclamada debía cumplir con los requisitos para el nivel ejecutivo, lo cual no ocurrió en este caso” (Negrilla del texto original).[9]

Además de ello, adujo que se logró determinar que el accionante al haber prestado sus servicios a la Policía Nacional por 20 años, 3 meses y 13 días, no cumplió con el requisito de 25 años de servicios en la entidad para ser acreedor de la asignación de retiro dispuesta para el nivel ejecutivo vinculado directamente a la Policía Nacional, cuando la causal de retiro es la de voluntad propia. Destacó que el Consejo de Estado ha concedido asignaciones de retiro con el requisito de 20 años de servicios solo en los casos de miembros homologados al nivel ejecutivo, no así para los que se vincularon de forma directa al mismo nivel. Así las cosas, concluyó que al actor le son aplicables “las normas de

carácter especial para el personal del Nivel Ejecutivo”.

Seguidamente precisó que ese debate fue objeto de análisis por el Consejo de Estado en el Auto del 8 de octubre de 2015, que revocó la medida cautelar de suspensión provisional del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012. Señaló que en esa oportunidad el Consejo de Estado hizo una distinción entre el personal uniformado homologado, esto es, los Suboficiales y Agentes que voluntariamente se trasladaron al nivel ejecutivo hasta el 31 de diciembre de 2004, y los incorporados directamente, es decir, aquellos que ingresaron por primera vez a la carrera policial, “dejando claro que a los primeros se les aplicará el régimen propio de su antiguo escalafón de Agentes y Suboficiales, esto es, los decretos 1212 y 1213 de 1990, y a los segundos se les aplicarán las normas que se encontraban vigentes hasta el momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004. // En ese sentido al tutelante no se le podían aplicar los Decretos 1212 y 1213 de 1990, sino el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995 (...)”[10]. Con base en los anteriores fundamentos, el Tribunal accionado solicitó negar la tutela.

2.2. La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-

La Oficina Asesora Jurídica de esa entidad contestó la tutela indicando que el accionante se desempeñó en la Policía Nacional como Intendente hasta su retiro del servicio activo por solicitud propia, autorizado mediante resolución del 1° de agosto de 2014 y hecho efectivo el 6 de agosto de la misma anualidad. Preciso que el señor Yela Rodríguez radicó derecho de petición solicitando el reconocimiento de la asignación de retiro por haber prestado sus servicios a la Policía Nacional por más de 20 años. En la respuesta a esa petición, CASUR le informó que al estar vinculado directamente al Nivel Ejecutivo le eran aplicables los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, los cuales exigían el tiempo de 25 años de servicios para acceder a la asignación de retiro cuando la causal es por solicitud propia; por consiguiente, le negó el reconocimiento de la prestación. Explicó CASUR que “con base en la sentencia del 12-04-2012, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1858 del 06-09-2012, que modificó los tiempos de reconocimiento de la citada prestación para el personal homologado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, condición diferente al presente caso puesto que su vinculación fue por incorporación directa”.

A partir de lo anterior, CASUR adujo que la tutela es improcedente porque el actor pretende

revivir un proceso legalmente concluido cuestionando una decisión judicial fundada en la normatividad aplicable al caso de los miembros del nivel ejecutivo que se vincularon directamente a la Policía Nacional. De allí derivó que el Tribunal accionado no vulneró los derechos fundamentales del señor Yela Rodríguez, en tanto esa autoridad judicial aplicó los parámetros legales y jurisprudenciales acordes al caso.

2.3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Mediante oficio No. 91994 del 5 de diciembre de 2017, enviado al correo institucional dispuesto por esa entidad para recibir comunicaciones sobre acciones de tutela, fue notificada la admisión de la presente solicitud de amparo constitucional. A pesar de ello, la Agencia se abstuvo de emitir pronunciamiento.[11]

3. Decisiones que se revisan

3.1.1. El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta, en sentencia del 13 de febrero de 2018[12] negó el amparo constitucional que solicitó el señor Jhon Edinson Yela Rodríguez.

3.1.2. Para fundamentar lo anterior, la Sección Cuarta estudió el régimen de la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional y la vigencia del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 (régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa), resaltando que dicho artículo si bien fue suspendido provisionalmente mediante Auto del 14 de julio de 2014, lo cierto es que tal suspensión fue revocada por el Consejo de Estado – Sección Segunda en providencia del 8 de octubre de 2015, en la cual se señaló que el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional se integra por dos categorías de policías: (i) el personal uniformado que ingresó por primera vez a la carrera policial, a quienes se les llamó de “incorporación directa”; y, (ii) por los Suboficiales y Agentes que voluntariamente ingresaron al nuevo Nivel, a quienes se les llamó personal homologado.

Según la Sección Cuarta, esa distinción es importante porque se trata de dos categorías de policías que cuentan con regímenes distintos. Al personal homologado al Nivel Ejecutivo no se le puede exigir más de 15 y 20 años de servicios para acceder a la asignación de retiro si estaban en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, que es el requisito de tiempo de

servicios contemplado en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, normas vigentes al entrar a regir la Ley 923 de 2004. Cuestión diferente es el caso del personal que se vinculó directamente al Nivel Ejecutivo, porque la norma que estaba vigente a la expedición de la Ley 923 de 2004 era el Decreto 1091 de 1995 que fijaba 20 y 25 años de servicios para acceder a la asignación de retiro. Explicó que si bien esa norma fue declarada nula posteriormente por el Consejo de Estado, lo cierto es que el espíritu del legislador en la Ley 923 de 2004 fue mantener los requisitos que estaban vigentes en ese momento, situación que impone diferenciar las dos categorías de policías en el Nivel Ejecutivo.

Sumado a ello, la Sección Cuarta señaló que en la actualidad se encuentra vigente el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 que estableció 20 y 25 años de servicios para acceder a la asignación de retiro por parte del personal vinculado directamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

3.1.3. En cuanto al caso concreto, la Sección Cuarta precisó que el señor John Edinson Yela Rodríguez “que se vinculó de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional el 17 de julio de 1995, se retiró, por solicitud propia, el 1° de agosto de 2014, fecha en la que el Decreto 1858 del 6 de septiembre de 2012 ya había sido expedido, aunque estaba suspendido en virtud de la orden dictada por [el Consejo de Estado], en el auto del 14 de julio de 2014. // Entonces, como el demandante se vinculó de manera directa al nivel ejecutivo, no tiene derecho a las prerrogativas de los uniformados que ya estaban vinculados a la fuerza pública cuando se creó el nivel ejecutivo y simplemente fueron trasladados al nuevo nivel (homologados)”. Así, señaló que el personal homologado es al que quiso proteger el parágrafo del artículo 7° de la Ley 180 de 1995 y la Ley 923 de 2004, pues tales disposiciones prohibieron que se establecieran exigencias superiores a las que consagraba la normatividad anterior, es decir, 15 y 20 años de servicios para acceder a la asignación de retiro según los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Seguidamente, la Sección Cuarta planteó que la revocatoria de la medida de suspensión provisional del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 impone señalar que nunca perdió vigencia, esto es, “que rige todas las situaciones jurídicas originadas a partir de su expedición, incluso la asignación de retiro del señor Yela Rodríguez, que se causó el 1° de agosto de 2014, aunque para esa fecha haya estado suspendido”. Apoyada en ello, la Sección Cuarta concluyó que “a la autoridad judicial demandada no le asiste la razón al

señalar que la asignación de retiro del señor Yela Rodríguez debía ser resuelta con fundamento en el Decreto 4433 de 2004, pues, como se vio, la normatividad que rige esa situación jurídica es el Decreto 1858 de 2012, que en el artículo 2 consagra los requisitos para la asignación de retiro de los miembros de la Policía Nacional, que se incorporaron directamente al nivel ejecutivo”. No obstante, explicó que esa situación no configuró un defecto sustantivo porque el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 exigen el mismo tiempo de servicio a las personas que se retiran por solicitud propia para acceder a la asignación de retiro, es decir, 25 años de servicios. “En últimas, si el tribunal hubiese aplicado la norma que regía la situación del actor, la conclusión habría sido la misma”.

3.1.4. En tratándose del posible defecto por desconocimiento del precedente judicial que propuso el actor, la Sección Cuarta del Consejo de Estado indicó que (i) las sentencias del 28 de septiembre de 2017 y 5 de octubre de 2017 no constituye precedente para el caso concreto, porque el retiro de los uniformados se produjo antes de la entrada en vigencia del Decreto 1858 de 2012 y en la primera de esas decisiones se estudió la situación de una persona homologada al nivel ejecutivo, mientras que en la segunda se analizó el caso de un uniformado que fue retirado por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional; (ii) las sentencias de tutela que invoca el actor tienen efectos inter partes y no constituyen un precedente vinculante capaz de variar el criterio de las autoridades de la jurisdicción contenciosa administrativa, sumado a que analizaron casos de uniformados desvinculados del servicio por destitución y por retiro discrecional; y, (iii) las sentencias de otros tribunales y de juzgados de inferior jerarquía no constituyen un precedente judicial que tenga la virtualidad de vincular al Tribunal accionado. Por consiguiente, adujo que no se estructuró el defecto por desconocimiento del precedente judicial.

3.2. Impugnación de la decisión de primera instancia

El accionante impugnó[13] la decisión desfavorable a sus pretensiones argumentando que la Ley 923 de 2004 “no va dirigida de manera única y directa a los nuevos y viejos miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí lo hace la Ley 180 de 1995, sino a todos los integrantes de la fuerza pública (...) por tal motivo el régimen de transición que expresó la ley 923 de 2004, artículo 3.1 y 3.9, se debe entender para todos los miembros de la fuerza pública sin discriminación alguna (...) sin realizar discriminación entre la manera de

vinculación”.

Explicó que a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, la norma aplicable para el reconocimiento de la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo que se había incorporado de manera directa eran los Decretos 1212 y 1213 de 1990, por cuanto las normas que regulaban dicha prestación, es decir, los Decretos 1091 de 1995, 2070 de 2003 y 4433 de 2004 “perdieron vigencia por decisión judicial”. En especial, la declaratoria de nulidad de los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004 art. 25 parágrafo 2° deben entenderse como si estas normas nunca hubiesen existido en el ordenamientos jurídico desde el inicio en que fueron creadas.

El actor precisó que en la exposición de motivos de la Ley 923 de 2004 no se realizó ninguna clase de discriminación entre los miembros del nivel ejecutivo homologados y los de vinculación directa; por tal motivo, no existen zonas grises que den lugar a diversas interpretaciones sino una única posibilidad que consiste en que el régimen de transición que establece la Ley 923 de 2004 aplica para todos los miembros que integren el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, independientemente de su forma de vinculación. De allí advirtió que tiene derecho a la asignación de retiro por haber cumplido más de 20 años de servicios habiéndose retirado por solicitud propia siendo beneficiario del régimen de transición que establece la Ley 923 de 2004 para todos los miembros que estaban en servicio activo en la Policía Nacional.

Agregó que la sentencia de primera instancia constitucional no se pronunció sobre el defecto por violación directa a la Constitución, concretamente, al principio de favorabilidad que consagra el artículo 53 superior. Al respecto, afirmó que la favorabilidad laboral debe ser aplicada incluso cuando existen las denominadas “zonas grises” en la interpretación de la ley. Por consiguiente, aún en caso de dudas interpretativas, el accionante adujo que la Ley 923 de 2004 debe interpretarse de tal forma que el régimen de transición que crea debe beneficiar a todos los miembros de la Policía Nacional que al 31 de diciembre de 2004 estuvieran en servicio activo escalafonados en el nivel ejecutivo.

Finalmente, el impugnante planteó que su retiró se consolidó por resolución del 1° de agosto de 2014, fecha en la cual se encontraba suspendido el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 y por ello no puede ser una norma aplicable a su caso. Señaló que hacerlo

desconoce la buena fe, la confianza legítima y la seguridad jurídica.

3.3. Decisión de segunda instancia

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, mediante sentencia del 12 de abril de 2018[14] confirmó la denegatoria del amparo.

Fundamentó su decisión en que el Tribunal accionado no incurrió en defecto sustantivo porque “las normas alegadas por el tutelante, no eran aplicables al proceso ordinario objeto de revisión, ello, toda vez que dichos decretos (1212 y 1213 de 1990) regulan la situación administrativa de los Agentes, Oficiales y Suboficiales que ingresaron al Nivel Ejecutivo por homologación, mientras que el actor, como lo expone él mismo, ingresó en forma directa a dicho escalafón”.

Explicó que el Tribunal se equivocó al aplicar el parágrafo 2° del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 al caso que se cuestiona, por cuanto esa disposición legal había sido retirada del ordenamiento jurídico por la declaratoria de nulidad por parte del Consejo de Estado. Señaló que la norma que debió aplicar el Tribunal acusado era el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012, porque “si bien sobre esta recayó una medida cautelar de suspensión provisional (14 de julio de 2014), lo cierto es que para la fecha en que profirió sentencia el Tribunal Administrativo enjuiciado (20 de octubre de 2016), dicha decisión había sido revocada por esta misma Corporación (8 de octubre de 2015), vale resaltar que esto ocurrió incluso antes de que se dictara sentencia de primera instancia dentro del trámite ordinario (30 de noviembre de 2016). // Sin embargo, dicho yerro (defecto sustantivo) no tiene identidad de prosperar toda vez que la norma aplicada por el Tribunal accionado, esto es el artículo 25, parágrafo 2° del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 (precepto legal que debió aplicar), contemplan la misma regla, esto es, que los miembros de la fuerza pública – Nivel Ejecutivo, que soliciten el retiro por voluntad propia, como es el caso del actor, deben acreditar un mínimo de 25 años de servicios para acceder a la asignación de retiro, hipótesis que no se presentó en el caso sub examine, toda vez que el mismo actor informó haber estado vinculado a la entidad por un periodo de 20 años y dos meses”. De esa forma, la Sección Quinta explicó que aunque el Tribunal accionado utilizó una norma que había sido retirada del ordenamiento jurídico, lo cierto es que la regla contemplada en ella fue reproducida por el artículo 2° del Decreto

1858 de 2012, lo que impide estructurar un defecto sustantivo.

En cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad constitucional, indicó que su aplicación se habilita en aquellos casos en los cuales el operador jurídico tiene duda sobre cuál disposición jurídica aplicar, pero que en el presente caso “no existe duda respecto de la norma que debió aplicar el juez accionado”.

4. Trámite en sede de revisión

4.1. Mediante Auto del 10 de septiembre de 2018, la Magistrada Sustanciadora manifestó a los demás integrantes de la Sala Séptima de Revisión de Tutelas el posible impedimento en el cual se encontraba incurso y que le impedía resolver el asunto de la referencia. Dicho impedimento fue objeto de análisis y mediante Auto del 13 de septiembre de 2018, los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos decidieron no aceptarlo, motivo por el cual el 21 de septiembre del año en curso el asunto ingresó nuevamente al despacho de la Magistrada Sustanciadora.

4.2. En el curso del trámite de revisión, el accionante allegó fotocopia de la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2018 por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, mediante la cual declaró, con efectos ex tunc, la nulidad del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional” (exp No. 1060-2013 acumulado).

4.3. Posteriormente, con fundamento en el artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015), por considerarse útil y necesario para resolver el fondo del asunto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas en Auto del 28 de septiembre de 2018 procedió a decretar pruebas y dispuso la suspensión de los términos para resolver por tres meses contados desde la fecha de emisión del Auto de pruebas, los cuales una vez cumplidos reactivan la contabilización del término inicial. Así, ordenó al Juzgado Trece Administrativo de Bogotá remitir en calidad de préstamo a la Corte Constitucional, el expediente contentivo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que Jhon Edinson Yela Rodríguez instauró contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, identificado con el radicado No. 11-0001-33-35-013-2015-00417-01. También dispuso poner a disposición de las partes o terceros con interés legítimo la prueba una vez

fuese recibida, con el fin de dar cumplimiento al artículo 64 del Reglamento Interno de la Corte.

4.4. Durante el término del traslado indicado anteriormente, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR radicó escrito el 4 de octubre de 2018, en el cual solicitó declarar el amparo improcedente por cuanto el accionante se incorporó de forma directa a la Policía Nacional y prestó sus servicios por 20 años, 2 meses y 8 días, siendo retirado de la Institución por solicitud propia a partir del 6 de agosto de 2014. Preciso que de conformidad con los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004, cuando la desvinculación se haya producido por voluntad propia, para acceder a la asignación de retiro como miembros del Nivel Ejecutivo se debe acreditar 25 años de servicios, condición que no se cumple en el presente caso.

Agregó que el accionante pretende la revisión de un proceso legalmente concluido endilgando un supuesto defecto sustantivo, cuando lo cierto es que el juez natural goza de autonomía e independencia judicial para aplicar las normas legales, como también los parámetros jurisprudenciales respectivos. Indicó que la acción de tutela no es un mecanismo idóneo para el control de legalidad de las providencias judiciales, lo cual pretende el accionante que realice el juez de tutela en el presente caso.

4.5. El 18 de octubre de 2018 el despacho sustanciador recibió el expediente contentivo del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que Jhon Edinson Yela Rodríguez instauró contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, identificado con el radicado No. 11-0001-33-35-013-2015-00417-01, el cual fue remitido en calidad de préstamo por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F, por un término no mayor a quince (15) días, teniendo en cuenta que se encuentra al despacho para resolver el recurso de queja por la parte demandante, contra el auto que negó el recurso de unificación de jurisprudencia.

4.6. El 15 de noviembre de 2018 el despacho sustanciador recibió oficio No. 9156 de fecha 13 de noviembre del mismo año, en el que el Consejo de Estado, Sección Segunda, solicitó la devolución del expediente enviado en préstamo, dado que ya venció el término concedido en auto del 17 de octubre de 2018, y es necesario resolver el recurso de queja.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 inciso 3° y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas Jurídicos.

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantean los siguientes problemas jurídicos a resolver:

(i) Determinar si la presente acción de tutela contra providencia judicial resulta procedente al acreditar los requisitos generales que ha establecido la jurisprudencia constitucional para habilitar el amparo constitucional.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa habilitando la procedencia general de la acción tutela contra providencia judicial, la Sala deberá:

(ii) Establecer si la sentencia del 20 de octubre de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F, vulneró los derechos fundamentales del actor al incurrir en los defectos (a) sustantivo, en tanto aplicó una norma que había sido declarada nula, y que señalaba que para las personas vinculadas de manera directa al nivel ejecutivo de la Policía Nacional retiradas por decisión propia, tenían derecho a la asignación de retiro si cumplían 25 años de servicio activo, (b) desconocimiento del precedente, al omitir tener en cuenta decisiones tanto del Consejo de Estado, como de otros Tribunales Administrativos en las que se les aplicó a personas en su misma situación, la norma que indica 20 años de servicio activo para conceder la asignación de retiro, y (c) violación directa de la Constitución, ya que al no haber certeza de cuál interpretación aplicar a quienes se vincularon de manera directa, se debió aplicar la más favorable para los intereses del exfuncionario.

Para resolver las cuestiones planteadas, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Especial énfasis en los defectos sustantivo, de

desconocimiento del precedente judicial y de violación directa de la Constitución; y, de ser procedente la presente acción de amparo, se analizarán: (ii) el principio de favorabilidad en materia laboral y su desarrollo jurisprudencial; (iii) el régimen jurídico de la asignación de retiro de los integrantes del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. Análisis desde una perspectiva constitucional frente a la situación particular del personal vinculado directamente en dicho Nivel Ejecutivo; y, luego estudiará (iv) el caso concreto.

3. Requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.1. Esta Corporación, actuando como guardiana de la integridad y supremacía del texto constitucional, ha determinado unas reglas claras sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Esta línea se basa en la búsqueda de una ponderación adecuada entre dos elementos fundamentales del orden constitucional: la primacía de los derechos fundamentales y el respeto por los principios de autonomía e independencia judicial[15].

Precisamente, en desarrollo del principio de supremacía de la Constitución, todos los servidores públicos que ejercen funciones jurisdiccionales, deben garantizar y proteger los derechos fundamentales de los sujetos procesales que intervienen en los diferentes procesos ordinarios. Por consiguiente, las normas de la Carta Política y, en especial, aquellas que prevén tales derechos, constituyen parámetros ineludibles para la decisión judicial.

La jurisprudencia de esta Corte ha establecido dos presupuestos básicos para determinar si una actuación judicial goza de legitimidad desde el punto de vista constitucional, a saber: (i) que el procedimiento surtido para adoptar una decisión haya preservado las garantías propias del debido proceso, de las que son titulares los sujetos procesales; y, (ii) que la decisión judicial sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos previstos por la Constitución. Si se acredita con suficiencia que la decisión judicial cuestionada incumple estos presupuestos de legitimidad, surge la necesidad de restituir y de preservar la eficacia de los preceptos constitucionales en el caso concreto, mediante la intervención excepcional del juez tutelar.

De acuerdo con el estado actual de la jurisprudencia, la acción de tutela contra sentencias

judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en que la decisión del juez incurre en graves falencias, de relevancia constitucional, las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución. En este sentido, la acción de tutela contra providencias judiciales es concebida como un “juicio de validez” y no como un “juicio de corrección” del fallo cuestionado[16], lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado, que dieron origen a la controversia, más aún cuando las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para combatir las decisiones que estiman arbitrarias o que son incompatibles con la Carta Política. Empero, pueden subsistir casos en que agotados dichos recursos, persiste la arbitrariedad judicial; en esos especiales casos es que se habilita el amparo constitucional.

3.2. En desarrollo de esas premisas, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-590 de 2005[17], estableció de forma unánime un conjunto sistematizado de requisitos estrictos, de naturaleza sustancial y procedimental, que deben ser acreditados en cada caso concreto, como presupuestos ineludibles para la protección de los derechos fundamentales afectados por una providencia judicial.

Ellos se dividen en dos grupos: (i) los requisitos generales, que están relacionados con condiciones fácticas y de procedimiento, las cuales buscan hacer compatible dicha procedencia con la eficacia de valores de estirpe constitucional y legal, relacionados con la seguridad jurídica, los efectos de la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez, al igual que la distribución jerárquica de competencias al interior de la rama jurisdiccional; y, (ii) los requisitos específicos, que se refieren a la descripción de los defectos en que puede incurrir una decisión judicial y que la hacen incompatible con la Constitución.

3.3. Así, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son los siguientes, siguiendo lo definido por esta Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005:

3.3.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Corte, el juez constitucional no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde

definir a otras jurisdicciones.

3.3.2. 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.

3.3.3. 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.

3.3.4. 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.

3.3.5. 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 cuenta al fundamento de la afectación de derechos en 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.

3.3.6. 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.

3.4. Como se dijo anteriormente, los requisitos específicos que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales aluden a la configuración de defectos que, por su gravedad, tornan insostenible el fallo cuestionado al ser incompatible con los preceptos constitucionales. Estos defectos son los siguientes[18]:

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

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

3.4.3. 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.

3.4.4. 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.

3.4.5. 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.

3.4.6. 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. Así, este defecto se configura ante la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido.

3.4.7. 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.

3.4.8. Violación directa de la Constitución, que se presenta cuando el operador judicial desconoce un postulado de la Carta Política de 1991, es decir, el valor normativo de los preceptos constitucionales.

En este orden de ideas, los criterios esbozados constituyen un catálogo a partir del cual es posible comprender y justificar a la luz de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

3.5. Ahora bien, en alusión específica a los defectos sustantivo, de desconocimiento del precedente judicial y de violación directa de la Constitución que ocupan la atención de la presente decisión, la jurisprudencia constitucional los ha caracterizado de la siguiente manera, a saber:

3.5.1. Defecto sustantivo o material se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”[19]. De esta manera, la Corte en diversas decisiones ha venido construyendo los distintos supuestos que pueden configurar este defecto, los cuales fueron recogidos sintéticamente en la sentencia SU-649 de 2017[20], la cual se transcribe en lo pertinente:

“Esta irregularidad en la que incurren los operadores jurídicos se genera, entre otras razones: (i) cuando la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable, porque: (a) no es pertinente[21], (b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia[22], (c) es inexistente[23], (d) ha sido declarada contraria a la Constitución[24], (e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque la norma utilizada, por ejemplo, se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el legislador[25]; (ii) a pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable[26] 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”[27] o se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, sacando de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable la decisión judicial; (iii) no se toman en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes[28], (iv) la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva[29] o contraria a la Constitución[30]; (v) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”[31]; (vi) cuando la decisión se funda en una hermenéutica no sistémica de la norma, con omisión del análisis de otras disposiciones que regulan el caso[32] o (vii) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto[33]”.

Y es que, la independencia y la autonomía de los jueces para aplicar e interpretar una norma jurídica en la solución del caso sometido a su estudio, no es absoluta, pues la actividad judicial debe desarrollarse dentro del parámetro de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución que pueden afectarse con la indebida interpretación de una norma, con su inaplicación y con la aplicación de un precepto

inexistente. Es decir, que dicha actividad debe ceñirse al carácter normativo de la Constitución (artículo 4º de la CP), la obligación de dar eficacia a los derechos fundamentales (artículo 2º Superior), de la primacía de los derechos humanos (artículo 5º de la Constitución), el principio de legalidad contenido en el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la CP), y la garantía al acceso a la administración de justicia (artículo 228 Superior).[34]

Ahora bien, por ser relevante para el caso que nos ocupa, el defecto sustantivo por aplicación de una norma que resulta inaplicable al caso concreto se materializa cuando la disposición normativa no se ajusta a este, no está vigente por haber sido derogada o porque fue declarada inconstitucional. Así mismo, por aplicación de una norma jurídica que es declarada nula con efecto *ex tunc* por parte del Consejo de Estado, con lo cual la solución del operador judicial en el asunto se basa en una aparente disposición que carece de todo soporte constitucional y legal.

A su vez, el defecto sustantivo por interpretación se estructura cuando (i) el funcionario judicial le otorga a la norma un sentido y alcance que ésta no tiene, de tal suerte que la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación *contra legem* o irrazonable y desproporcionada a los intereses legítimos de las partes; y, (ii) la autoridad judicial le confiere a la norma una interpretación posible dentro de las varias interpretaciones que ofrece la disposición, pero con clara contravención de postulados constitucionales.[35]

De lo anterior se desprende que, para que la aplicación o interpretación de la norma al caso concreto constituya un defecto sustantivo es preciso que el funcionario judicial en su labor hermenéutica desconozca o se aparte abierta y arbitrariamente de los lineamientos constitucionales y legales. Quiere ello decir que el juez en forma arbitraria y caprichosa actúa en desconexión del ordenamiento jurídico. Y ello es importante indicarlo porque no es posible la intervención del juez de tutela cuando la interpretación resultante de la norma y su aplicación al asunto respectivo sean plausibles, constitucionalmente admisibles o razonables.

3.5.2. El defecto por desconocimiento del precedente judicial ha sido definido por esta Corporación como “aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver

que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”[36].

El juez, en sus decisiones, debe aplicar el precedente de manera obligatoria, siempre y cuando la “ratio decidendi de la sentencia antecedente (i) establezca una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) haya servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o una cuestión constitucional similar a la que se estudia en el caso posterior; y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la providencia anterior sean semejantes o planteen un punto de derecho parecido al que debe resolverse posteriormente”[37].

La importancia del precedente judicial se sustenta en dos razones principalmente: (i) en “la necesidad de garantizar el derecho a la igualdad y los principios de seguridad jurídica, cosa juzgada, buena fe, confianza legítima y de razonabilidad, pues la actividad judicial se encuentra regida por estos principios constitucionales”[38], y (ii) en el carácter vinculante de las decisiones judiciales ya que el ejercicio del derecho no es una aplicación de consecuencias jurídicas previstas en normas o preceptos generales, de manera mecánica, sino que es “una práctica argumentativa racional”[39]. De tal manera que se le otorga a la sentencia anterior, la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto[40].

No obstante lo anterior, “no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto”[41], por tanto, la Corte Constitucional ha establecido la diferencia entre lo llamado antecedente y precedente jurisprudencial:

“El (...) -antecedente- se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de Derecho (e.g. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad. (...)

[Entretanto, el] -precedente-, por regla general, es aquella sentencia o conjunto de

sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.”[42]

Sin embargo, la obligatoriedad de aplicar el precedente judicial no es absoluta dado que el funcionario o autoridad judicial puede válidamente, apartarse de él con base en los principios de independencia y autonomía judicial. Pero, para ello debe “(i) hacer referencia al precedente que va a dejar de aplicar y (ii) ofrecer una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que haga manifiestas las razones por las que se aparta de la regla jurisprudencial previa”[43]. De tal suerte que, cuando un juez falla apartándose del precedente ya establecido y no cumple con su deber de ofrecer una justificación con las características mencionadas, incurre en la causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial denominada defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, pues con su actuación termina por vulnerar garantías fundamentales de las personas que acudieron a la administración de justicia[44].

De forma reciente, esta Corporación precisó que el precedente judicial es la figura jurídica que sirve como dispositivo de preservación de la confianza de la ciudadanía en el ordenamiento, pues hace previsibles las consecuencias jurídicas de sus actos a partir de los lineamientos que emiten las Cortes de cierre jurisdiccional de acuerdo con la especialidad. De allí que el desconocimiento de dicho precedente estructure una modalidad de defecto sustantivo, que en sí es diferente a la causal autónoma de desconocimiento del precedente constitucional[45].

3.5.3. Finalmente, el defecto por incurrir en violación directa de la Constitución, parte del enunciado dispuesto en el artículo 4° superior que expresamente señala: “La Constitución es Norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así las cosas, la Carta Política es la de mayor rango en el ordenamiento jurídico y, de acuerdo con ella, se establece la eficacia de las demás disposiciones que componen la estructura legal del país. En ese orden, el sistema jurídico actual reconoce valor normativo a las disposiciones fundamentales contenidas en la Constitución, de manera que su aplicación se traduce en una obligación directa que le asiste a todas las autoridades judiciales de velar y materializar

el principio de supremacía constitucional, de tal forma que en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se apliquen las disposiciones constitucionales.

Recientemente, esta Corporación en la sentencia SU-024 de 2018[46] recordó que en principio esta causal se concibió como un defecto sustantivo, pero que a partir de la sentencia T-949 de 2013[47] se determinó como un defecto específico autónomo e independiente de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, interpretación que en efecto se consolidó en la sentencia C-590 de 2005 estableciendo que “(...) la violación directa de la Constitución opera en dos circunstancias: uno (i) cuando se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, dos (ii) al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución”[48]. Es más, la sentencia SU-336 de 2017 precisó que la violación directa a la Constitución “encuentra cimiento en el actual modelo de ordenamiento constitucional que reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Es por esa razón que resulta factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida o irrazonablemente tales postulados”[49].

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este defecto o causal se estructura en las siguientes hipótesis. En primer lugar, porque no se aplica una norma ius fundamental al caso en estudio, por ejemplo, cuando“(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución”[50]. Y en segundo lugar, porque se aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución, concretamente, “el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que con base en el artículo 4° de la C.P. la Constitución es norma de normas y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que es incompatible con la Constitución, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad”[51]. Significa lo anterior que, la prevalencia del orden superior debe asegurarse aun cuando las partes no hubieren solicitado la inaplicación de la norma para el caso particular.

En este orden de ideas, el defecto específico de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales denominado violación directa de la Constitución, se genera a partir del desconocimiento de los jueces de su obligación de aplicar el texto superior, conforme con el mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados, en procura de materializar la supremacía constitucional y de garantizar la eficacia directa de las disposiciones superiores.

4. Examen de la procedencia general en el caso concreto:

4.1. Relevancia constitucional. El caso bajo estudio tiene una evidente relevancia constitucional pues se analiza la posible afectación de derechos fundamentales como la igualdad, el debido proceso y la seguridad social de una persona a quien, aparentemente se le negó el derecho a la asignación de retiro aplicando una norma que no correspondía, desconociendo la jurisprudencia aplicable, y contrariando directamente la Constitución Política.

4.2. Requisito de inmediatez. En cuanto a este requisito se tiene que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F es de fecha 20 de octubre de 2017 y la acción de tutela se interpuso el 28 de noviembre de 2017, es decir, entre las dos actuaciones transcurrió poco más de un mes, lo cual se considera un tiempo razonable, prudente y proporcionado.

4.3. Las irregularidades alegadas tienen incidencia directa en los fallos cuestionados. Los defectos alegados inciden directamente en la manera de fallar el caso, dado que de no incurrir en ellos, la solución al problema jurídico en sede ordinaria sería completamente diferente.

4.4. El accionante identificó de manera clara y lógica los argumentos que considera son los generadores de las presuntas vulneraciones de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y a la seguridad social.

4.5. No es tutela contra tutela. La presente acción constitucional está dirigida contra una sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Administrativo, al interior de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.6. Agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. En este caso, el accionante es quien demandó en nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo contenido en el oficio No. 27279 GAG-SDP del 28 de octubre de 2014, proferido por CASUR, medio de control idóneo para atacar dicha decisión. En primera instancia, la autoridad judicial accedió parcialmente a las pretensiones, por tanto, la demandada apeló la decisión.

En segunda instancia, se revocó la sentencia de primera instancia y se negaron las pretensiones, ante lo cual el demandante (hoy accionante) interpuso recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Dicho recurso no fue concedido por improcedente en providencia del 31 de enero de 2018. Contra este auto se presentó el recurso de reposición en subsidio de queja, que fue resuelto en providencia del 2 de marzo de 2018, en la que se decidió no reponer el auto del 31 de enero de 2018.

Frente al recurso de queja, le correspondió al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, autoridad judicial que recibió el expediente el 4 de mayo de 2018, y quien envió el expediente a la Corte Constitucional en calidad de préstamo, en cumplimiento del auto suscrito por la Magistrada Sustanciadora el 28 de septiembre del 2018.

Respecto del primero de ellos, la jurisprudencia Constitucional ha señalado ciertos criterios con base en los cuales es posible determinar la ocurrencia o no de un perjuicio irremediable. Entre ellos se encuentran: que (i) se esté ante un daño inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) de ocurrir, no existiría forma de repararlo, esto es, que resulta irreparable; (iii) debe ser grave y que, por tanto, conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; (iv) se requieran medidas urgentes para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (v) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable[52].

Frente a la calidad de sujeto de especial protección, esta Corporación ha indicado que dicha

categoría está conformada por “aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular, merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad efectiva”[53]. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que en este grupo de especial protección se encuentran “los niños, los adolescentes, los adultos mayores, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”[54], de tal manera que resultaría desproporcionado exigirle a este tipo de personas (en una situación de vulnerabilidad) el “agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, que por su dispendioso y lento trasegar judicial, no surgen como el medio más adecuado e idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales”[55].

4.6.2. Ahora bien, en el presente caso, al verificar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable se tiene que: (i) no se está ante un daño inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño, pues en el asunto analizado se trata del reconocimiento y pago de una asignación de retiro solicitada desde 2014, respecto de la cual en primera instancia (2016) se ordenó su pago como medida cautelar, y que posteriormente fue revocada en decisión de segunda instancia (2017) la cual hoy es acusada en sede de tutela, y que las dos instancias constitucionales han negado (2018); (ii) de ocurrir, como ya sucedió, la materialización o ejecución de la sentencia atacada, hay otros mecanismos para reparar el posible daño a los derechos fundamentales invocados; (iii) la vulneración puede resultar grave al derecho al debido proceso; pero (iv) no se requieren medidas urgentes para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, tanto así que el juez de segunda instancia y dos jueces constitucionales, consideraron que no era necesaria decretar la medida cautelar solicitada. De tal manera, que no se está ante la posible configuración de un perjuicio irremediable, por lo tanto, no procede de manera transitoria.

4.6.3. Por otra parte, de evidenciarse que se trate de una persona sujeto de especial protección, la acción constitucional superaría el examen de procedencia permitiendo al juez proferir una decisión de fondo y definitiva. Al verificar si el accionante es una persona con dicha calidad, se tiene que es un hombre de 42 años de edad, sin enfermedad o discapacidad calificada o, si quiera, alegada en su escrito tutelar, al parecer es cabeza de familia cuya esposa es profesional del derecho con una discapacidad menor del 50%, un

hijo mayor de edad en la universidad y una hija menor de edad en el colegio. Así las cosas, su situación no se enmarca entre quienes la Constitución y la jurisprudencia han señalado como sujetos de especial protección como lo son “aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular, merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad efectiva”[56], es decir, “los niños, los adolescentes, los adultos mayores, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza”[57]. De tal manera que no es desproporcionado exigirle al accionante el agotamiento de las vías ordinarias que tiene a su alcance, como lo es, esperar la decisión sobre el recurso de queja que resuelva si debe o no ser analizado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

4.7. En conclusión, la Sala Séptima de Revisión considera que la acción de tutela instaurada por Jhon Edinson Yela Rodríguez contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F es improcedente, puesto que no satisfizo el requisito de procedencia de subsidiariedad. No obstante, al declarar la improcedencia de la acción, no se produce una decisión que analice el fondo del asunto, lo que le permite al actor, previa culminación de todo el trámite ordinario, en caso de considerar que continúa la vulneración de sus derechos fundamentales, interponer la acción constitucional argumentando el cumplimiento de los medios idóneos y señalando los hechos nuevos que considere, como por ejemplo, la sentencia del 3 de septiembre de 2018, proferida dentro del radicado No. 1060-2013 acumulados, por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B que declaró la nulidad -con efectos ex tunc- del artículo 2° del Decreto 1858 de 2012.

En consecuencia, se revocará el fallo proferido en segunda instancia el 12 de abril de 2018 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta que confirmó el fallo de primera instancia del 13 de febrero de 2018 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta que negó el amparo y, en su lugar, se declarará la improcedencia de la acción de tutela.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en Auto del veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

SEGUNDO.- REVOCAR los fallos proferidos el 13 de febrero de 2018 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta y 12 de abril de 2018 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta que negaron el amparo invocado y, en su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por Jhon Edinson Yela Rodríguez contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F.

TERCERO. – DEVOLVER a través de la Secretaría de la Corte Constitucional, el expediente No. 1100133350132015 00417 01 (2148-2018) correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Jhon Edinson Yela Rodríguez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR, al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones –por la Secretaría General de la Corte Constitucional–, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Juez de tutela de instancia–, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La Sala de Selección Número Cinco de 2018 fue integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Alberto Rojas Ríos. En el numeral tercero de esa providencia judicial, se indicó que la selección para revisión del expediente de la referencia fue motivada por el criterio subjetivo denominado urgencia de proteger un derecho fundamental, el cual se encuentra consagrado en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015 - Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

[2] A folio 167 del cuaderno 1, se observa el formato de hoja de servicios que corresponde al Intendente Jhon Edinson Yela Rodríguez. Allí se indica que laboró como personal del nivel ejecutivo vinculado directamente. El Intendente pidió el retiro por solicitud propia y le fue aprobado mediante resolución No. 03133 del 1° de agosto de 2014 (visible a folio 170 cdno 1), siendo efectivizado el 6 de agosto de la misma anualidad (visible a folios 168 cdno 1).

[3] En esa decisión el Consejo de Estado resolvió un recurso de súplica y revocó la medida cautelar de suspensión provisional del artículo 2° del Decreto 1815 de 2012.

[4] Folio 22 del cuaderno 1.

[5] Folio 14 del cuaderno 1.

[6] Las sentencias que enlista son las siguientes: (i) Tribunal Administrativo de Bogotá - Oral Sección Segunda. Ponente: Samuel José Ramírez Poveda. Proceso 11001333503020140032001. Demandante: Luis Alberto Triviño Daza. Demandado: Casur. Sentencia del 26 de julio de 2017; (ii) Tribunal Administrativo de Bogotá - Oral Sección Segunda. Ponente: Carmen Alicia Rengifo Sanguino. Proceso: 11001333503020140012501; (iii) Tribunal Administrativo de Bogotá - Oral Sección Segunda. Ponente: Cerveleón Padilla Linares. Proceso 11001333500720140025801. Demandante: Nebardo Chiquillo Cely. Demandado: Casur. Sentencia del 19 de noviembre de 2015; (iv) Tribunal Administrativo de Bogotá - Oral Sección Segunda. Ponente: Cerveleón Padilla Linares. Proceso 25000234200020140403600. Demandante: Milton Francisco Paz Torres. Demandado:

Casur. Sentencia del 27 de agosto de 2015; y, (v) Tribunal Administrativo de Bogotá – Oral Sección Cuarta. Proceso 10001333501620130027201. Demandante: José Gregorio Jácome Ríos. Demandado: Casur. Sentencia del 20 de junio de 2013.

[7] Tribunal Administrativo del Tolima – Sección Segunda. Ponente: José Aleth Ruiz Castro. Proceso: 3001-33-33-751-2015-00093-02-00. Demandante: Edicson Luna Mendoza. Demandado: CASUR. Sentencia del 8 de septiembre de 2017.

[8] Mediante auto del 29 de noviembre de 2017, el Consejo de Estado – Sección Cuarta admitió la acción de tutela y ordenó dar traslado a los Magistrados del Tribunal accionado, al igual que dispuso vincular a la Caja de Sueldos de la Policía Nacional CASUR y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

[9] Folio 135 del cuaderno 1.

[10] Folio 137 del cuaderno 1.

[11] Folio 124 del cuaderno principal.

[12] Folios 1 a 12 del cuaderno 2.

[13] Escrito de impugnación visible a folios 20 a 32 del cuaderno 2.

[14] Folios 63 a 72 del cuaderno 2.

[15] Al respecto ver sentencias T-126 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger), T-474 de 2017 (MP Iván Humberto Escrucería Mayolo), T-018 de 2008 (MP Jaime Córdoba Triviño), citada en la sentencia T-757 de 2009. Así mismo, en las sentencias T-310 de 2009 y T-555 de 2009 (ambas del MP Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte señaló que “(...) la procedencia de la acción de tutela contra sentencias es un asunto que comporta un ejercicio de ponderación entre la eficacia de la mencionada acción [de tutela] –presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho-, y la vigencia de la autonomía e independencia judicial, el principio de la cosa juzgada y la seguridad jurídica”.

[16] Al respecto, la sentencia T-310 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) indicó: “(...) la acción de tutela contra sentencias es un juicio de validez de la decisión judicial, basado en

la supremacía de las normas constitucionales. Esto se opone a que la acción de tutela ejerza una labor de corrección del fallo o que sirva como nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron lugar al mismo. En cambio, la tutela se circunscribe a detectar aquellos casos excepcionales en que la juridicidad de la sentencia judicial resulte afectada, debido a que desconoció el contenido y alcances de los derechos fundamentales”. Sobre el punto también se puede consultar la sentencia T-126 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[17] En esta sentencia se declaró la inexequibilidad de la expresión “ni acción”, contenida en el artículo 185 de la Ley 906 de 2004, relacionado con la sentencia de casación penal.

[18] Para tal fin, se sigue de cerca la sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[19] Sentencia T-792 de 2010 (Jorge Iván Palacio Palacio).

[20] (MP Alberto Rojas Ríos). Sobre el punto también se puede consultar la sentencias SU-817 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), SU-195 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), SU-631 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). SU-632 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

[21] Corte Constitucional, Sentencia T-189 de 2005.

[22] Corte Constitucional, Sentencia T-205 de 2004.

[24] Corte Constitucional, Sentencia T-522 de 2001.

[25] Corte Constitucional, Sentencia SU-159 de 2002.

[26] Corte Constitucional, Sentencias T-1101 de 2005, T-1222 de 2005 y T-051 de 2009.

[27] Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1999 y T-462 de 2003.

[28] Corte Constitucional, Sentencia T-814 de 1999, T-462 de 2003, T-1244 de 2004, T-462 de 2003 y T-1060 de 2009.

[29] Corte Constitucional, Sentencia T-018 de 2008.

[30] Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2007.

[31] Corte Constitucional, T-231 de 1994. Dijo la Corte: “La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular. // Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo)...”.

[32] Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2004.

[33] Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2005, T-1216 de 2005, T-298 de 2008 y T-066 de 2009.

[34] Sentencia SU-050 de 2017 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[35] Sobre el punto se pueden consultar las sentencias SU-399 de 2012 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) y SU-400 de 2012 (MP Adriana Guillen Arango).

[36] Sentencia T-1029 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[37] Sentencia T-459 de 2017 (MP Alberto Rojas Ríos) citando la sentencia T-1029 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[38] Sentencia T-459 de 2017 (MP Alberto Rojas Ríos) citando la sentencia T-1029 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[39] Sentencia SU-053 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[40] Sentencia SU-053 de 2015 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[41] Sentencia T-292 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[42] Sentencia T-714 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), reiterada en la sentencia T-328 de 2018 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

[43] Sentencia SU-631 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[44] Sentencia SU-631 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[45] Sentencias SU-298 de 2015, T-039 de 2018 y T-198 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

[46] Sentencia SU-024 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[47] Sentencia T-949 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

[48] Sentencia C-590 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño).

[49] Sentencia SU-336 de 2017 (MP Iván Humberto Escruería Mayolo).

[50] Sentencia T-809 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez), reiterada en las sentencias SU-024 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger) y SU-069 de 2018 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

[51] Sentencia SU-024 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

[53] Corte Constitucional, sentencia T-486 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[54] Corte Constitucional, sentencias T-719 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP Jaime Araújo Rentería), T-700 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-953 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-707 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-979 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-1000 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-395 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.

[55] Corte Constitucional, sentencia T-456 de 2004 (MP Jaime Araújo Rentería), reiterada recientemente en las sentencias T-684 de 2016 (MP María Victoria Calle Correa), T-717 de

2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-228 de 2017 (MP María Victoria Calle Correa).

[56] Corte Constitucional, sentencia T-486 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

[57] Corte Constitucional, sentencias T-719 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP Jaime Araújo Rentería), T-700 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-953 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-707 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-979 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-1000 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), T-395 de 2013 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), entre otras.