República de Colombia
Rama Judicial

Distrito Judicial Administrativo de Sucre
Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo

Sincelejo, nueve (9) de septiembre de dos mil trece (2013)

Referencia: Acción de Tutela
Radicado No.: 700013333006-2013-00219-00
Demandante: Andrés Felipe Henao Castaño
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR"

Tema: Procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Vulneración al derecho fundamental al debido proceso por aplicación de norma declarada nula por el Consejo de Estado. Falta de prueba del tiempo de servicios.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La demanda (fls. 1-14).

1.1.1. Partes.

Accionante. Andrés Felipe Henao Castaño, quien se identifica con la C.C. No. 75.084.551 (fl. 31), actuó a través de apoderado judicial (fls. 15-16).

Accionada. Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", quien no compareció al trámite de la demanda de tutela en primera instancia.

1.1.2. Hechos (fls. 2-4).

El Señor Andrés Felipe Henao Castaño ingresó a la Policía Nacional en el año 1994, obtuvo el grado de Subteniente, posteriormente y de acuerdo a

su trayectoria y desempeño laboral fue escalando posiciones hasta llegar al grado de Mayor.

Mediante Decreto 1135 de 31 de mayo de 2013, el Ministro de la Defensa Nacional decidió separar al Mayor Andrés Felipe Henao Castaño de forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional, quien se encontraba adscrito al Departamento de Policía de Sucre.

El accionante laboró en la Policía Nacional 16 años, 10 meses y 2 días.

El señor Andrés Felipe Henao Castaño, solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento de su asignación de retiro por haber laborado por más de 16 años en la Policía Nacional, en aplicación del Decreto 1212 de 1990, artículo 144.

Mediante oficio No. GAG/SDP 4073 de fecha 17 de julio de 2013, firmada por el señor Brigadier General ® JORGE ALIRIO BARON LEGUIZAMON, Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional “CASUR”, se le negó la asignación de retiro al señor Andrés Felipe Henao Castaño, por cuanto no cumple con los requisitos señalados en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, ya que al momento del retiro debía acreditar 18 años o más de servicio para acceder a ella.

El Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, mediante providencia del 28 de febrero de 2013, proferida dentro del radicado No. 11001032500020070006100, No. interno 1238-2007, declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, norma tenida en cuenta por la entidad accionada para negar la asignación mensual de retiro del señor Andrés Felipe Henao Castaño, ocasionándole un perjuicio enorme, ya que lo deja sin su mínimo vital, sin seguridad social, sin salud no sólo a él sino a su hijo menor.

El acto administrativo demandado fue expedido con base en una norma declarada nula (art. 24 del Decreto 4433 de 2004 parágrafo 1°), por lo que es un capricho que CASUR continúe en el error.

Al ser retirado de la Policía Nacional quedó sin los medios económicos para sostener a su familia, integrada por él su cónyuge Helen Voguel y su hijo menor de edad Nicolás Henao Voguel; quedaron desvinculados del sistema de seguridad social en salud; no tienen para pagarle a su hijo la mensualidad por la suma de $325.000 en el colegio Colina Campestre, pues además la señora Helen Voguel se dedica a las labores de la casa, no tiene empleo, dependía económicamente de su cónyuge.

1.1.3. Pretensión (fls. 1-2).

El accionante afirma, que al expedir el acto administrativo demandado con esa motivación, la entidad demandada le está vulnerando los derechos al debido proceso, al mínimo vital, a la educación de su hijo menor de edad, el derecho a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad.

Por lo tanto, solicita que se acceda a la tutela como mecanismo transitorio de defensa para evitar un perjuicio irremediable, y como consecuencia de ello se ordene:

- La suspensión provisional del acto administrativo contenido en el oficio No. GAG/SDP 4073 de fecha 17 de julio de 2013.

- El reconocimiento de la asignación mensual de retiro al demandante con base en el Decreto 1212 de 1990, artículo 144, mientras la Jurisdicción Contenciosa Administrativa decide de fondo el asunto, con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

1.2. Contestación de la demanda.

La entidad accionada no contestó la demanda, a pesar de que su admisión se le notificó por un medio expedito y eficaz (fls. 66, 69, 70, 84).

1.3. Intervención del señor Procurador 104 Judicial 1 Administrativo.

El señor Agente del Ministerio Público no conceptuó en el presente asunto.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Se plantea en la demanda, que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le está vulnerando al accionante y a su entorno familiar, conformado por su esposa y su hijo menor de edad, los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, seguridad social, entre otros, porque le negó al primero el reconocimiento de la asignación de retiro, fundamentando tal decisión en que el señor Andrés Felipe Henao Castaño no cumple los requisitos señalados en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, norma que fue declarada nula en sentencia del 28 de febrero de 2013 proferida por el Consejo de Estado, y dado que ese núcleo familiar no tiene otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas.

Frente a los cargos realizados por la parte demandante, la entidad accionada no se pronunció.

2.2. Análisis probatorio.

Analizados individualmente y en conjunto los medios probatorios que están en el expediente se presentan las siguientes conclusiones:

2.2.1. Hechos relacionados con la vinculación y retiro del demandante de la Policía Nacional.

Está probado que mediante el Decreto 1135 del 31 de mayo de 2013 (fls. 22-24), el señor Ministro de Defensa Nacional retiró del servicio al señor Mayor Andrés Felipe Henao Castaño por “Voluntad del Gobierno”, a partir

de la fecha de comunicación de dicho acto administrativo. No existe prueba de cuándo se le comunicó al accionante la anterior decisión.

En el expediente no existe prueba que ofrezca la certeza del tiempo laborado por el accionante en dicha institución.

En efecto, por una parte, con la demanda se aportó copia incompleta del extracto de la hoja de vida del demandante, expedida el 18 de febrero de 2013, y sin la firma de quien lo elaboró (fls. 25-26), particularidades que afectan su autenticidad (art. 252 del C.P.C.), por lo tanto impiden lograr certeza de lo declarado en él.

De otra parte, si bien en la respuesta a la petición que está en el folio 21 (acto administrativo que negó la asignación de retiro-oficio GAG/SDP 4073) se afirmó que el accionante trabajó 16 años, 10 meses y 2 días, ese es precisamente el acto administrativo objeto del debate, por consiguiente no es procedente valorarlo como único medio probatorio para inferir la existencia de ese hecho.

Se afirma lo anterior, no obstante la informalidad de la acción de tutela y lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, dado que dichas normas no son imperativos, pues en todo el caso el juez debe llegar al convencimiento respecto de la situación litigiosa (art. 22 D. 2591 de 1991), y el convencimiento lo aportan las pruebas legalmente recaudadas, sobre todo en casos –como el presente- en los que se solicita por via de tutela el reconocimiento de una asignación de retiro, que es pretensión objeto, en términos generales, de un proceso ordinario contencioso administrativo.

Por lo anterior, desde la admisión de la demanda el juzgado ordenó que se aportara el certificado del tiempo de servicios del accionante en la institución, pero la prueba no fue recaudada.

Finalmente está probado, que el accionante devengó, sin los descuentos, el mes de abril de 2013 la suma de $5.615.651, y el mes de mayo de 2013 la suma de $4.657.405. (fl. 30).

2.2.2. Hechos relacionados con la solicitud de asignación de retiro y su respuesta por CASUR.

Está probado que en junio de 2013 el accionante envió a CASUR una petición de reconocimiento de la asignación de retiro (fls. 17-21), fundamentada en el Decreto 1212 de 1990, art. 144, y con base en que el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de febrero de 2013.

La entidad demandada respondió la solicitud en forma negativa, mediante el oficio GAG/SDP del 17 de julio de 2013 (fl. 21).

Sustentó la decisión en dos argumentos; en primer lugar, en que el accionante fue retirado del servicio por voluntad del Gobierno Nacional, por tanto debió acreditar 18 años de servicio como mínimo para tener derecho a la asignación de retiro de conformidad con el Decreto 4433 de 2004; en segundo lugar, en que a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 el demandante no tenía 15 años de servicio de acuerdo con el art. 24 parágrafo 1º del citado decreto.

En dicho oficio la entidad demandada dio a entender, que conoce la sentencia del H. Consejo de Estado a la que se refirió el accionante en su petición, pero –según la entidad- el accionante debe esperar a que el Gobierno Nacional expida la normatividad que contenga los requisitos del art. 25 del Decreto 4433 de 2004, anulado, para resolverle al demandante la petición de asignación de retiro.

2.2.3. De la situación actual económica y laboral del núcleo familiar del demandante.

Está demostrado que el accionante nació el 12 de abril de 1977 (fl. 27), por ello en la actualidad tiene 36 años.

Está demostrado que el demandante está casado con la señora Helen Amalfy Vogel Carevilla (fl. 81). Ellos tienen como hijo al menor de edad Nicolás Henao Vogel (fl. 28), que tiene 6 años.

El niño fue matriculado este año en la Institución Educativa Colina Campestre ubicado en el Municipio de Sincelejo, para cursar el grado escolar de Transición de Educación Preescolar; pero, desde el 21 de junio no asiste a clases. Por los estudios del niño se adeuda en el colegio la suma de $975.000 correspondientes a las pensiones de los meses de junio, julio y agosto (fls. 29, 74-75). No ha asistido a clases porque el retiro de su papá de la institución afectó la economía del hogar y sus papás no tienen dinero para sufragar los gastos de sus estudios (fl. 87).

Está probado que en abril y mayo de 2013 se descontaron por nómina al accionante la cuota de unos créditos, y el canon de arrendamiento de una casa fiscal que debe entregar en los próximos días (fls. 30, 85-89).

La cónyuge del accionante y su hijo sufren de asma bronquial y de rinitis han recibido tratamiento por parte del Dr. Octavio Otero Nader. La abuela del niño es quien actualmente asume el costo del tratamiento del niño (fls. 90-94). El niño Nicolás recibió tratamiento en la Cruz Roja Colombiana Seccional Meta el 6 de septiembre de 2013 (fls. 95-100).

El núcleo familiar en la actualidad está recibiendo ayuda económica de la mamá y hermana de la señora Helen, para pagar los gastos de la casa, mercados, servicios públicos y lonchera para su hijo.

El accionante y su cónyuge actualmente no están laborando, ni ejercen actividad que les genere ingresos (fls. 85-89).

El retiro del demandante de la Policía Nacional produjo la desafiliación de todos del subsistema de salud de la Policía Nacional (fls. 77-78).

Por lo anterior, se infiere que, la asignación de retiro del accionante, es el medio para restablecer los derechos al mínimo vital, salud y dignidad humana del accionante y de su núcleo familiar.

2.2.4. De la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado proferida dentro del radicado No. 11001032500020070006100(1238-2007).

El Consejo de Estado, a través de su Secretario, certificó que la sentencia proferida dentro de ese expediente fue expedida el 28 de febrero de 2013, y notificada en legal forma a las partes, quedó ejecutoriada el día 3 de septiembre de 2013 (fl. 83).

2.2.5. De los trámite de la parte para presentar la demanda ordinaria ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La parte demandante aportó copia del acta individual de reparto de una solicitud de conciliación extrajudicial ante de la Procuraduría General de la Nación (fl. 114), que demuestra que se presentó una solicitud de conciliación extrajudicial contra CASUR por parte del demandante, cuyo conocimiento le correspondió a Procurador 103 Judicial 1 Administrativo, pero se desconoce cuál fue el objeto de esa solicitud de conciliación.

2.3. Teniendo en cuenta todo lo expuesto se formulan como problemas jurídicos los siguientes:

¿Es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable?

¿La entidad accionada le está vulnerando derechos fundamentales al negarle al demandante el reconocimiento de la asignación de retiro con base en norma declarada nula por el Consejo de Estado?

2.4. De la procedencia de la acción de tutela en el caso bajo estudio.

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, expresa que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, y mediante un procedimiento breve y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Dicha acción, según la misma norma, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta disposición fue reiterada por el artículo 6 numeral 1 y por el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario de la acción de tutela

Por consiguiente, y dado que en el caso concreto la tutela tiene por objeto que se le reconozca al accionante la asignación de retiro, debe analizarse si ella es o no procedente a la luz de la doctrina constitucional de la H. Corte Constitucional que ha interpretado tal aspecto, dado que el demandante dispone del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 Ley 1437/11), ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 104-4 ibídem), para controvertir la legalidad del acto administrativo que le negó dicha prestación laboral.

Pues bien, en la sentencia T- 472 de 2008 la H. Corte Constitucional frente al tema expresó:

> “3. Procedibilidad excepcional de la acción tutela contra actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia.
>
> Como ha sido reiterado en múltiples ocasiones por esta Corporación, la acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados [1]. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6º numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: “[c]uando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos

mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional [2] para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción, en este sentido en Sentencia T-106 de 1993 esta Corporación, afirmó:

"El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico.”

Sobre el mismo asunto la Corte en sentencia T-983 de 2001, precisó:

“Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.”

Sobre la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela, en el mismo sentido, la Corte en Sentencia T-1222 de 2001 afirmó:

“...el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda

calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.”

En reciente pronunciamiento, sobre este mismo aspecto la Corporación en sentencia T-132 de 2006 confirmó:

“Así pues, la acción de tutela fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se tiene, entonces, que para que un derecho sea amparable a través de la acción de tutela es necesario que (i) su carácter definitorio fundamental se vea severamente amenazado, dadas las circunstancias del caso concreto; (ii) se establezca una conexión necesaria entre la vulneración de un derecho meramente asistencial y el compromiso de la efectividad de otros derechos fundamentales. La acción de tutela es procedente para amparar derechos de carácter fundamental que se encuentran seriamente amenazados, así como derechos meramente asistenciales cuya vulneración compromete gravemente un derecho directamente fundamental [3]”.

Atendiendo a lo expuesto, esta Corporación en sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se establecido:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

Así pues, a manera de conclusión, la Sala debe insistir en que como regla general la tutela no procede como mecanismo principal contra actos expedidos por una autoridad administrativa pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales, sin embargo, sólo de manera excepcional esta acción procede transitoriamente cuando se

compruebe la existencia de un perjuicio irremediable.

3.1. Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable [4]. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.” [5]

En otro aparte jurisprudencial, Sala de Revisión, a través de la sentencia T-634 de 2006, conceptualizó el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable” (sentencia T-1316 de 2001).

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que reclaman un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

Bajo el parámetro señalado, la jurisprudencia de esta Corporación,

> también ha sido reiterativa, al señalar que el juicio de exigencia frente a los requisitos aludidos adquiere una menor intensidad en relación con los sujetos de especial protección constitucional, dada su debilidad o marginalidad en materia económica, física o mental, como ocurre por ejemplo con personas de la tercera edad, menores, madres cabeza de familia, mujeres embarazadas, personas en extrema pobreza, desplazados, etc. [6]
>
> (…)”

La misma Corporación en la sentencia T- 1102 de 2008 sintetizó lo siguiente en relación con los requisitos que deben tenerse en cuenta para valorar la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de la negativa de una pensión, doctrina igualmente aplicable a los casos que tratan sobre asignación de retiro, dado que esta prestación guarda con la pensión la misma naturaleza y fin:

> “(…) 8.- Las reglas anteriores[1] han sido igualmente sistematizadas en tres criterios generales: *(i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable*.[2]”

Se concluye entonces, frente al primero de los problemas jurídicos planteados, que en el caso concreto es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de defensa para evitar un perjuicio irremediable, no obstante que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya que está demostrado que el restablecimiento de los derechos del menor Nicolás Henao Vogel al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la educación, a la alimentación y demás derechos fundamentales de los menores para cuya satisfacción se necesita dinero (art. 44 C.P.), están siendo afectados por la mala situación económica de su papá, quien

[1] Estas reglas se han aplicado, entre otras en las sentencias T-083 T-446, T-425, T-904 y T-1078 todas del 2004. Además, en la sentencia T-904 de 2004, en su fundamento jurídico número 7, se señalan varios casos en los cuales en sede de revisión, el juez constitucional no atiende la solicitud de ordenar reliquidaciones o reajustes pensionales, porque no se cumple alguno de los anteriores requisitos.
[2] Cr. T-043 de 2007. Fundamento Jurídico número 5.

tiene una expectativa seria en el reconocimiento de la asignación de retiro, actualmente negada con base en argumento que *prima facie* desvirtúa la legalidad de esa decisión.

2.5. De la negativa al reconocimiento de la asignación de retiro teniendo en cuenta norma declarada nula por el Consejo de Estado y de los efectos de la nulidad de un acto administrativo.

En el caso bajo estudio se tiene que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a través de su Director General, le negó el reconocimiento de la asignación de retiro al accionante.

Para lo anterior, CASUR fundamentó su decisión en el Decreto 4433 de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, argumentando que por ser el citado decreto norma especial vigente al momento del retiro del accionante, se requiere que acredite como mínimo 18 años de servicio, ya que su desvinculación de servicio activo se produjo por voluntad del Gobierno.

Pues bien, dicho decreto tuvo su análisis de legalidad por parte del Consejo de Estado- Sección Segunda, que en sentencia[3] de 28 de febrero de 2013, con ponencia de la Consejera de Estado Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, anuló los siguientes apartes –los subrayados- de los artículos 24 y 25 parágrafo 2 del Decreto 4433 de 2004:

> “ARTÍCULO 24. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL EN ACTIVIDAD. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta 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, (…)

[3] Radicación No. 11001-03-25-000-2007-00061-00 (1238-07)

> ARTÍCULO 25. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE LA POLICÍA NACIONAL.
>
> (…)
>
> PARÁGRAFO 2o. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.”

Como puede verse, las normas usadas por la entidad accionada para sustentar el no reconocimiento de la asignación de retiro al accionante, fueron retiradas del ordenamiento jurídico con la declaratoria de nulidad del Consejo de Estado.

Los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo son retroactivos, lo que implica que con dicha declaratoria las situaciones jurídicas no consolidadas vuelven al estado inicial en el que se encontraban, al respecto el H. Consejo de Estado se ha pronunciado[4] indicando:

> “Al respecto, la Sala[5] ha precisado que la sentencia de nulidad de un acto administrativo produce efectos “ex tunc”, esto es, desde el momento en que se profirió y que, debido a la retroactividad que se genera con tal decisión, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto.
>
> Ha señalado también que la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones que no se encuentren consolidadas, o lo que es lo mismo, que al tiempo de

[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Hugo Fernando Bastidas Barcenas Radicación número: 76001-23-31-000-2002-00452-01(16404)
[5] Sentencias del 13 de marzo de 2003, C.P. Dra. Ligia López D., expediente 13336 y del 18 de octubre del 2006, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

> producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de controversia ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción contencioso-administrativa.” (Subrayas fuera del texto).

A pesar de que la ejecutoria de dicha providencia se produjo con posterioridad a la expedición del acto administrativo que le negó al accionante la asignación de retiro, la entidad accionada no desconoció en él la existencia de esa decisión, de todos modos los efectos hoy existen y son retroactivos, y no obstante esto la entidad demandada le impuso al actor la carga injustificada e innecesaria de esperar a que el Gobierno Nacional expida la normatividad que contenga los requisitos del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, decisión que el demandante y su núcleo familiar no se encuentran en capacidad ni tiene el deber de soportar (art. 90 C.P.).

Por lo anterior, está demostrado que el acto administrativo que le negó al accionante la asignación de retiro está viciado de ilegalidad, y esa ilegalidad le desconoce al demandante su derecho fundamental al debido proceso, sin embargo, no es posible decidir sobre su reconocimiento en esta instancia judicial, ya que no existe prueba indubitable sobre el tiempo de servicios para efectos pensionales laborado por él en la Policía Nacional.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

3.1. Le tutela al señor Andrés Felipe Henao Castaño su derecho fundamental al debido proceso.

3.1.1. En consecuencia se deja sin efectos el oficio GAG/SDP del 17 de julio de 2013, por medio del cual CASUR le negó la asignación de retiro al señor Andrés Felipe Henao Castaño.

3.1.2. Se le ordena a la entidad demandada que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, decida

nuevamente sobre el reconocimiento de la asignación de retiro del señor Andrés Felipe Henao Castaño sin tener en cuenta las disposiciones anuladas por el Consejo de Estado en la sentencia citada en esta providencia.

3.2. Notifíquese la presente providencia a las partes por un medio expedito y eficaz.

3.3. Si no es impugnada, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Decreto 2591/91 art. 31 inciso 2).

Mary Rosa Pérez Herrera
Jueza