

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia cuestionada incurre en defecto sustantivo / VULNERACION DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Por interpretación errónea se niega cómputo de tiempo de servicio para obtener el reconocimiento de la asignación de retiro / DEFECTO SUSTANTIVO - Interpretación errónea del artículo 7 del Decreto 2070 de 2003/ / COMPUTO DE TIEMPO DE SERVICIO PARA RECONOCIMIENTO DE LA ASIGNACION DE RETIRO - Procedencia

La Sala observa que las razones por las cuales el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda difieren de lo argumentado por el actor, pues en esa oportunidad se consideró que la norma aplicable era el Decreto 2070 de 2003 y no los Decretos 1211 y 1213 de 1990, habida cuenta de que éste derogó estos últimos y, además, era el vigente al momento del retiro definitivo del actor del Ejército Nacional; en consecuencia, tras analizar el artículo 7 del Decreto 2070, que regula lo relacionado con el cómputo de tiempo de servicio, concluyó que no era posible acumular los tiempos como suboficial del Ejército y Agente de la Policía Nacional, para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues de la lectura literal de la norma, estas calidades se excluían entre sí. Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que el artículo 7 del Decreto en mención, establece los parámetros para la liquidación del tiempo de servicio que deben tener en cuenta el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional para efecto de la asignación de retiro o pensión de sobreviviente. En consecuencia, la norma consagra 7 casos, para los cuales establece el tiempo de servicio que debe ser tenido en cuenta por parte de las entidades en mención, sin que se observe distinción alguna entre las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, es decir, que cuando la norma se refiere a Oficiales, Suboficiales, etc., éstos deben ser entendidos para ambas Instituciones... Los casos en comento son los siguientes: ... 7.- El tiempo de servicio prestado como Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente, o Soldado Profesional, a quienes se les debe computar 365 días por año de servicio... La Sala observa que, contrario a lo afirmado por la Sección Segunda –Subsección E- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los rangos enlistados en el numeral citado en precedencia no se excluyen entre sí, pues la norma al no distinguir entre Fuerzas Militares y Policía Nacional, da vía libre al nominador para que compute el tiempo de servicio prestado en cada uno de esos rangos con independencia de la Institución a la que se pertenezca. Admitir la tesis del Tribunal, implicaría sostener que si un Suboficial del Ejército pasa a ser Oficial de la misma entidad, solamente se le tendría el tiempo laborado en el último rango en que se desempeñó, porque éste se excluye con el de Suboficial según la interpretación literal de la norma. Advierte la Sala que la Jurisprudencia de esta Corporación ya se ha referido en otras oportunidades a la procedibilidad de

acumular el tiempo de servicio prestado en las Fuerzas Militares con el de la Policía Nacional... Visto lo anterior, considera la Sala que la Sección Segunda - Subsección E- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto sustantivo al proferir la sentencia de 25 de agosto de 2015, pues la interpretación que realizó del artículo 7 del Decreto 2070 no se aviene a su contenido, así como también contraviene lo dispuesto por el Legislador y vulneró el derecho fundamental al acceso a la Administración de Justicia del actor, razón por la que se dejará sin efecto la providencia en mención para que, en su lugar, se profiera una nueva decisión que se ajuste a los lineamientos aquí expresados.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2070 DE 2003 - ARTICULO 7 / DECRETO 1211 DE 1990 / DECRETO 1213 DE 1990

NOTA DE RELATORIA: la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sobre los requisitos generales de procedencia y las causales específicas de procedibilidad, consultar la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional.

NOTA DE RELATORIA: En lo relacionado a la asignación de retiro y cómputo de tiempo de vinculación, consultar, Consejo de Estado sentencia de 1 de septiembre de 2014, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp. 2010-000166-01.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ.

Bogotá, D. C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03099-00(AC)

Actor: CARLOS JULIO GOMEZ MERCHAN

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA - SUBSECCION E**

Procede la Sala a decidir la acción de tutela instaurada por el señor **CARLOS JULIO GÓMEZ MERCHAN**, contra la Sección Segunda –Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES.

I.1.- La Solicitud.

El señor **CARLOS JULIO GÓMEZ MERCHAN**, por medio de apoderado, interpuso acción de tutela contra la Sección Segunda –Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa, acceso a la Administración de Justicia y “amparo de la tercera edad”.

I.2 Hechos.

El actor manifestó que prestó sus servicios a la Policía Nacional en calidad de Agente, hasta que, mediante Resolución núm. 7055 de 3 de noviembre de 1978, fue retirado de la Institución. Aseguró que laboró por 17 años y 10

meses. Asimismo, señaló que con posterioridad a su retiro, estuvo laborando como civil en el Ministerio de Defensa por 2 meses y 27 días.

Adujo que, posteriormente, mediante orden administrativa núm. 1074 de 31 de agosto de 1983, emitida por el Comando del Ejército Nacional, fue escalafonado como Suboficial del Cuerpo Logístico de dicha Institución, habida cuenta de que reunió los requisitos del artículo 31 del Decreto Ley 612 de 1977, 38 y 39 del Decreto 1300 de 1978, por lo que permaneció allí por 15 años, 9 meses y 17 días.

Señaló que en virtud de un proceso penal adelantado en su contra por el delito de homicidio que culminó con sentencia condenatoria de 14 de febrero de 2001, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante Resolución núm. 718 de 5 de agosto de 2003, fue retirado de las Fuerzas Militares.

Señaló que mediante escrito de 17 de diciembre 2003, solicitó a la Jefatura de Recursos Humanos del Ejército el reconocimiento y pago de la asignación de retiro y que se efectúen las acumulaciones de tiempo de servicios prestados con la Policía Nacional, lo cual fue denegado en Oficio núm. 304152 de 20 de ese mismo mes y año, con el argumento de que no era viable acumular el tiempo de servicio como oficial, suboficial, agente o

empleado público de la Policía Nacional al tiempo de servicio como oficial o suboficial de las Fuerzas Militares para efecto de la prima de antigüedad, por tratarse de calidades distintas de servidores públicos.

Expresó que en virtud de lo anterior, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la cual fue conocida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Girardot, el que en sentencia de 3 de julio de 2007, se inhibió de pronunciarse de fondo respecto de las pretensiones de nulidad de la Resoluciones núms. i) 21251 de 11 de diciembre de 2003, emitida por la Jefatura de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares por cuanto operó la caducidad de la acción; ii) 2121 de 9 de julio de 2004 de la Caja de Retiro de la misma Institución, habida cuenta de que prosperó la falta de legitimación en la causa por pasiva y; iii) del Oficio núm. 03305 MDAGPSE-177 del Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, toda vez que el mismo no contiene una decisión definitiva ni impide la continuación de la actuación.

Puso de presente que contra la anterior decisión, interpuso recurso de apelación ante la Sección Segunda –Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de todo lo actuado, toda vez que no se integró el litis consorcio necesario, pues no fue vinculada al proceso la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que emitió la Resolución

núm. 2121 de 9 de julio de 2004. En consecuencia, se ordenó rehacer la actuación con notificación y audiencia del Director de CREMIL.

Adujo que en virtud de lo anterior y una vez adelantado el trámite procesal correspondiente, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Girardot dictó sentencia el 25 de junio de 2013, en el sentido de acceder a las pretensiones de la demanda.

Señaló que la anterior decisión fue apelada por la entidad demandada, razón por la que la Sección Segunda –Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia de 25 de agosto de 2015, revocó el fallo impugnado y en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda por considerar que no había norma que autorice el cómputo de los tiempos como suboficial del Ejército y Agente de la Policía Nacional.

Sostuvo que en la demanda se solicitó el cómputo de los tiempos laborados en la Policía Nacional para el reconocimiento de la asignación de retiro, lo cual está en concordancia con los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 48 y 53 de la Constitución Política, 2° de la Ley 923 de 2004, 2° de la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, así como también la Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Antioquia y del Consejo de Estado, que han admitido su procedencia, como es el caso de la sentencia de 17 de octubre

2014 emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, quien aseguró que el reconocimiento de la asignación de retiro, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de defensa, el cual se compone de las Fuerzas Militares y de Policía, de conformidad con lo expuesto en el artículo 234 del Decreto 1211 de 1990.

Puso de presente que el Ejército Nacional mediante Resolución núm. 0650 de 3 de mayo de 2012, aprobó la Hoja de Servicios, en la cual se certificó que prestó sus servicios a la Fuerza Pública por un tiempo total de 35 años, 5 meses y 28 días, razón por la que consideró que la misma Institución está aceptando que se debe tener en cuenta el tiempo laborado en la Policía para el reconocimiento de la asignación de retiro. Aclaró que la Resolución en mención no fue allegada al expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto fue expedida por el Ejército con posterioridad a la etapa probatoria.

Consideró que el Tribunal accionado incurrió en los siguientes defectos:

- a.- Fático: Por cuanto en la demanda está todo el material probatorio que demuestra el derecho que le asiste.
- b.- Sustantivo: Porque no se dio aplicación al artículo 234 del Decreto 1211 de 1990, el cual resulta pertinente al caso concreto.

c.- Desconocimiento del precedente: habida cuenta de que no se tuvo en cuenta la Jurisprudencia sentada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia 1° de septiembre de 2014 y por el Tribunal Administrativo de Antioquia en fallo de 17 de octubre del mismo año.

Finalmente, argumentó que merece especial protección, ya que tiene 67 años de edad, por lo que no está en condiciones de soportar otra demanda ordinaria, eso sin contar que ha estado reclamando la protección de sus derechos durante 12 años.

I.3 Pretensiones.

Solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se de aplicación, en forma parcial, al fallo de 25 de junio de 2013, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Girardot.

I.4 Defensa.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, manifestó que no existe la vulneración del derecho al debido proceso alegada por el actor, pues éste tuvo a su disposición todos los medios ordinarios de defensa de los cuales hizo uso, lo que, a su vez, da cuenta de que se le respetó el derecho al acceso a la Administración de Justicia.

En relación con el derecho a la igualdad, sostuvo que el Juez de tutela no es el competente para revisar las actuaciones procesales surtidas en otros juicios ordinarios y determinar en cuál de ellos se tomó la decisión que se ajusta a la ley.

Argumentó que el hecho de que no se acceda a las pretensiones del actor, no implica que el Juez de instancia incurrió en una vía de hecho.

Sostuvo que lo pretendido por el actor es que se le reconozcan unas peticiones que ya fueron debatidas y sobre las cuales existen pronunciamientos judiciales de fondo que se encuentran amparados por el principio de la cosa juzgada, más aún si se tiene en cuenta que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Un primer aspecto que interesa resaltar, es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012 (Expediente núm. 2009-01328, Actora: Nery Germania Álvarez Bello, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la Jurisprudencia, luego de analizar

la evolución jurisprudencial de la acción de tutela contra providencias judiciales tanto en la Corte Constitucional como en esta Corporación, concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004** (Expediente núm. AC-10203) han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales. De ahí que a partir de tal pronunciamiento se modificó ese criterio radical y se declaró la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que esta Corporación o aquella elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez (Expediente núm. 2012-02201-01).

En la mencionada sentencia la Corte Constitucional señaló los requisitos generales y especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, así:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

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

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

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

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

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

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

... Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado^[11].
- i. Violación directa de la Constitución.”

En el presente caso, se advierte que el actor pretende que se deje sin efecto la providencia de 25 de agosto de 2015, proferida por la Sección Segunda – Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de

la cual se revocó la sentencia de 25 de junio de 2013, emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Girardot y, en su lugar, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho radicada bajo el núm. 2005-00640-03.

A la citada providencia se le atribuye la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, defensa, acceso a la Administración de Justicia y “amparo de la tercera edad”, habida cuenta de que, a juicio del actor, el Tribunal accionado incurrió en los defectos fáctico, sustantivo y desconocimiento del precedente, al considerar que no había norma que autorizara el cómputo de los tiempos como suboficial del Ejército y Agente de la Policía Nacional, lo que, en su parecer, contradice lo dispuesto por el artículo 234 del Decreto 1211 de 1990, el cual no fue aplicado y desconoce el material probatorio allegado al expediente y la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Comoquiera que el amparo solicitado cumple con los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, la Sala consultará la providencia cuestionada.

Siendo ello así, corresponde a la Sala determinar si la Sección Segunda – Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, incurrió en los defectos alegados por el actor, al denegar el cómputo de los tiempos de servicio prestados en la Policía Nacional como Agente con los laborados como suboficial del Ejército, para efecto de obtener la asignación de retiro.

Al revisar el escrito de tutela, la Sala advierte que el actor considera que la vulneración de sus derechos fundamentales obedece a que la Sección Segunda –Subsección “E”- del Tribunal Administrativo Cundinamarca consideró que “no hay norma específica para que el demandante tenga derecho a percibir la asignación de retiro donde se computen los tiempos como Suboficial del Ejército y Agente de la Policía Nacional”, lo que a su juicio, desconoce el artículo 234 del Decreto 1211 de 1990, que dispone que el reconocimiento de la asignación de retiro se realizará de conformidad con la Hoja de Servicios aportada por el Ministerio de Defensa, el cual comanda las Fuerzas Militares y de Policía, los que, según el artículo 216 de la Constitución Política, componen la Fuerza Pública.

Aseguró que el Tribunal accionado “omitió en forma injustificada la aplicación del mandato legal contenido en la Carta Política y el Decreto 1211 de 1990”. Asimismo, expresó otros argumentos por los cuales consideraba que la

autoridad judicial accionada incurrió en una vía de hecho, como lo es el desconocimiento del precedente y la falta de valoración probatoria.

Sin embargo, al revisar la sentencia cuestionada, la Sala observa que las razones por las cuales el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda difieren de lo argumentado por el actor, pues en esa oportunidad se consideró que la norma aplicable era el Decreto 2070 de 2003 y no los Decretos 1211 y 1213 de 1990, habida cuenta de que éste derogó estos últimos y, además, era el vigente al momento del retiro definitivo del actor del Ejército Nacional; en consecuencia, tras analizar el artículo 7° del Decreto 2070, que regula lo relacionado con el cómputo de tiempo de servicio, concluyó que no era posible acumular los tiempos como suboficial del Ejército y Agente de la Policía Nacional, para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues de la lectura literal de la norma, estas calidades se excluían entre sí.

Para el efecto, el Tribunal accionado consideró lo siguiente:

“Prosiguiendo con el desarrollo del tema, en relación con el cómputo del tiempo de servicios para percibir asignación de retiro, la parte actora hace hincapié en la aplicación del Decreto 1211 y 1213 de 1990, para analizar sus pretensiones de acuerdo con el concepto de violación; por ende, se indica que estas disposiciones hicieron las siguiente precisiones:

(...)

De acuerdo con los artículos antes transcritos, existe diferencia entre las normas que regulan la liquidación del tiempo de servicio para los Agentes de la Policía Nacional y para los miembros de las Fuerzas Militares, ya que las que regulan a los Agentes de la Policía Nacional contemplan la posibilidad de reunir el período de desempeño como Agente y el de Suboficial de las Fuerzas Militares, para acumular tiempo y acceder a la asignación de retiro. En cambio las normas que rigen a los Oficiales y Suboficiales de este último ente, excluye la liquidación del tiempo servido como Agente con el tiempo de servicios como Oficial o Suboficial, para ser beneficiario de la asignación de retiro.

Las anteriores normas, no conciernen al caso propuesto, por cuanto el Decreto 2070 del 28 de julio de 2003 “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”, las derogó, abarcando en su aplicación a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares. Se indica que este Decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia del 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, tras considerar que dichas disposiciones debían preverse en una Ley marco en la que se precisara el contenido especial o básico del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, para lo cual, señalando elementos tales como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingresos base de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de dicha asignación y de otras prestaciones relacionadas. Sin embargo, era la norma vigente para la fecha de retiro por separación absoluta de las Fuerzas Militares, del Sargento Primero (r) Carlos Julio Gómez Merchán.

(...)

No obstante, el Sargento Primero (r) del Ejército Nacional de Colombia CARLOS JULIO GÓMEZ MERCHÁN, no podía ser cobijado por las previsiones del Decreto 1211 de 1990..., porque no reunió los requisitos dispuestos en él, para acceder a la asignación de retiro como ya se explicó, debido a que fue retirado por una causal no contemplada en el artículo 163 ibídem para el reconocimiento de la asignación de retiro, como ya se expuso.

Sumado a esto, el Decreto 1213 de 1990..., para la época en que fue retirado del servicio en condición de Agente de la Policía Nacional, 3 de enero de 1978 (fol 245), no se había emitido aún, sin que pudiera por ello, sujetarse a las prerrogativas de su contenido normativo.

Como se dijo antes, en la Resolución 2121 de 9 de julio de 2004 “Por la cual se ornea el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor Sargento Primero (r) del Ejército CARLOS JULIO GÓMEZ MERCHÁN”, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, fundamentó el reconocimiento de la asignación de retiro en el Decreto 1211 de 1990..., haciendo énfasis en la inexecutable del Decreto 2070 de 2003 “Por medio del cual se reforma el régimen pensional”, pero al constituirse el retiro del servicio de la parte actora, por separación absoluta de las Fuerzas Militares, el 5 de agosto de 2003, debió darse aplicación al Decreto 2070 de 2003 que se mantuvo entre el 25 de julio de 2003 al 6 de mayo de 2004.

De modo que se tiene que entrar a revisar, si para la fecha del retiro del servicio del Sargento Primero (r) del Ejército Nacional de Colombia CARLOS JULIO GÓMEZ MERCHÁN, era procedente la acumulación de tiempos de servicio como Agente y como Suboficial del Ejército, para alcanzar el reconocimiento de la asignación de retiro, con fundamento en el Decreto 2070 de 2003..., más aún cuando así lo sustentó, en el escrito de recurso de reposición y en subsidio el de apelación en la vía gubernativa contra el oficio 314162 de 20 de diciembre de 2003 por medio del cual la Subdirección de Personal del Ejército, le negó la posibilidad de acumular tiempos de servicio en la Policía Nacional y en el Ejército Nacional para computar “para la liquidación de su sueldo de retiro (sic)”

El citado Decreto, con relación a la liquidación del tiempo de servicio para la asignación de retiro, determinó:

“Artículo 7º. Cómputo de tiempo de servicio. Para efectos de la asignación de retiro o pensión de sobrevivientes, el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional, liquidarán el tiempo de servicio, así:

7.1 Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, el tiempo de permanencia en la respectiva escuela de formación, sin que pueda sobrepasar de dos (2) años.

7.2 Soldados profesionales, el tiempo de permanencia como alumno de la escuela de formación, con un máximo de seis (6) meses.

7.3 El tiempo de servicio militar obligatorio en cualquiera de las modalidades establecidas por ley.

7.4 El tiempo como soldado voluntario.

7.5 Tres meses de alta que se entienden como de servicio activo.

7.6 El tiempo prestado como uniformado en las extinguidas Policías Departamentales o Municipales, siempre y cuando el uniformado policial realice el aporte correspondiente a dicho período a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, de acuerdo con las normas del presente Decreto.

7.7 El tiempo de servicio como Oficial, Suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente, o Soldado Profesional, computando 365 días por año de servicio.

Parágrafo. El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, o de separación temporal, no se computará como tiempo de servicio.”

De acuerdo a lo anterior, es viable computar el tiempo de permanencia en la escuela de formación respectiva, el tiempo de servicio militar obligatorio, los tres meses de alta, el prestado como uniformado en las extinguidas Policías Departamentales o Municipales, y el servido como oficial, suboficial, miembro del Nivel Ejecutivo, Agente o Soldado Profesional, para percibir la asignación de retiro, sin que se estableciera la posibilidad de computar los tiempos como Suboficial del Ejército y Agente de la Policía Nacional, para el reconocimiento de la asignación de retiro.

El numeral 7.7. del artículo 7° del Decreto 2070 de 2003..., sin lugar a duda, determina para el cómputo de tiempo para percibir asignación de retiro, el tiempo de servicio como suboficial o como Agente, excluyéndose entre sí, según su contexto literal, sin que hallar a establecer (sic) lo contrario.

En ese orden, no existe lugar al cómputo de los tiempos acumulados como Agente de la Policía Nacional y como Suboficial del Ejército de Colombia para alcanzar el reconocimiento de la asignación de retiro, resultando suficientes los argumentos expuestos para revocar la sentencia recurrida que accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar negar las mismas.”

De lo anterior, resulta claro para la Sala que el Tribunal Administrativo accionado, contrario a lo afirmado por el actor, justificó de manera clara y precisa las razones por las cuales no era procedente dar aplicación a los Decretos 1211 y 1213 de 1990, lo que descarta la configuración de los defectos: i) sustantivo por la inobservancia del artículo 234 del Decreto 1211 de 1990; ii) fáctico por la valoración indebida del material probatorio y; iii) el desconocimiento del precedente jurisprudencial, el cual, por demás, no fue correctamente individualizado.

Sin embargo, advierte la Sala, en atención del principio *Iura Novit Curia*, que lo pretendido por el actor con el amparo de tutela solicitado y con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es que se le compute el término laborado como Agente de la Policía con el de Suboficial del Ejército, cuya pretensión fue analizada por la Sección Segunda –Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia que aquí se cuestiona, a la luz de lo establecido en el artículo 7° del Decreto 2070 de 2003, para lo cual concluyó que el actor no tenía derecho a tal reconocimiento.

Al respecto, la Sala no puede pasar por alto la interpretación que el Tribunal accionado hizo del artículo 7° del Decreto 2070 de 2003, que regula lo relacionado con el cómputo de tiempo de servicio que debe tener en cuenta el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía para efecto de la asignación de retiro o pensión de sobreviviente, pues consideró que los cargos enlistados en el numeral 7° de dicha disposición, en los que se encuentra el de Suboficial y Agente, se excluyen entre sí, es decir, que se debe observar el tiempo que se prestó como Agente o como Suboficial, pero no ambos.

La Sala considera que dicha interpretación no se encuentra ajustada a derecho ni a la Jurisprudencia sostenida por esta Corporación, la cual ha admitido, en reiteradas oportunidades y bajo distintas disposiciones normativas, la posibilidad de acumular el tiempo laborado en la Policía y en el Ejército Nacional para efectos de la asignación de retiro o la pensión de sobreviviente.

En efecto, el artículo 1° del Decreto 2070 de 2003, señala que sus disposiciones se aplican, entre otros, a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y a los Agentes de la Policía Nacional¹, las cuales deben

¹ Decreto 2070 de 2003. Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto.

responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad², lo que permite concluir que el objeto de la norma no es otro que el de garantizar que los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, entre otros, tengan acceso a las prestaciones económicas periódicas, tales como la asignación de retiro, en condiciones de igualdad y como una unidad.³

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que el artículo 7° del Decreto en mención, establece los parámetros para la liquidación del tiempo de servicio que deben tener en cuenta el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional para efecto de la asignación de retiro o pensión de sobreviviente. En consecuencia, la norma consagra 7 casos, para los cuales establece el tiempo de servicio que debe ser tenido en cuenta por parte de las entidades en mención, sin que se observe distinción alguna entre las Fuerzas

² Ibídem, Artículo 3°. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como se describe a continuación:

3.1 Eficiencia: Es la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros necesarios para que los derechos originados en la seguridad social de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sean cubiertos en forma adecuada, oportuna y suficiente.

3.2 Universalidad: Es la garantía de protección para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

3.3 Solidaridad: Es la práctica de la ayuda mutua entre los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

³ Ibídem. Artículo 4°. Alcance. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, regula los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública, que comprende la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia.

Militares y la Policía Nacional, es decir, que cuando la norma se refiere a Oficiales, Suboficiales, etc., éstos deben ser entendidos para ambas Instituciones. Los casos en comento son los siguientes:

1.- Hace referencia al tiempo de permanencia de los **Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes** en la respectiva **escuela de formación**, a quienes solamente se les tendrá en cuenta hasta 2 años.

2.- Trata del tiempo de permanencia de los **Soldados Profesionales** como alumnos de la **escuela de formación**, a quienes se les reconoce un máximo de 6 meses.

3.- El tiempo del **servicio militar obligatorio**.

4.- El tiempo como **soldado voluntario**.

5.- **Tres meses de alta** que se entienden como de servicio activo.

6.- El tiempo prestado como uniformado **en las extinguidas Policías Departamentales o Municipales**, siempre y cuando el uniformado hubiese aportado, durante dicho período, a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

7.- El tiempo de servicio prestado como Oficial, **Suboficial**, miembro del Nivel Ejecutivo, **Agente**, o Soldado Profesional, a quienes se les debe computar 365 días por año de servicio.

La Sala observa que, contrario a lo afirmado por la Sección Segunda – Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los rangos enlistados en el numeral citado en precedencia no se excluyen entre sí, pues la norma al no distinguir entre Fuerzas Militares y Policía Nacional, da vía libre al nominador para que compute el tiempo de servicio prestado en cada uno de esos rangos con independencia de la Institución a la que se pertenezca.

Admitir la tesis del Tribunal, implicaría sostener que si un Suboficial del Ejército pasa a ser Oficial de la misma entidad, solamente se le tendría el tiempo laborado en el último rango en que se desempeñó, porque éste se excluye con el de Suboficial según la interpretación literal de la norma.

Advierte la Sala que la Jurisprudencia de esta Corporación ya se ha referido en otras oportunidades a la procedibilidad de acumular el tiempo de servicio prestado en las Fuerzas Militares con el de la Policía Nacional. Así en

sentencia de 10 de septiembre de 1992⁴, la Sala Plena al resolver un recurso extraordinario de súplica, consideró lo siguiente:

“En la sentencia de julio 16 de 1980 que hace referencia concreta a una **acumulación de tiempo servido en el Ejército y en la Policía Nacional** por el demandante, se dijo

"Así pues, la ley no puede ser retroactiva, aunque se trata de una que sea favorable al trabajador, pero puede, en algunos casos, ser retrospectiva si tiene en cuenta factores de computación o de liquidación de prestaciones sociales y en general hechos ocurridos antes de la fecha en que entró en vigencia":

"Para saber si se puede aplicar al demandante la acumulación de los 13 años, 4 meses y 13 días servidos a la Policía Nacional y el año, 3 meses y 13 días en que ocupó el cargo de soldado en el ejército, es necesario analizar las leyes 24 y 72 de 1947 que se refieren al tema.

"La primera de ellas dispuso en su artículos 10, que derogó el 29 de la Ley 6a de 1945.

"Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y el salario o remuneración devengados en cada una de ellas."

"La Fiscalía Cuarta, en su concepto de fondo, manifiesto que en su criterio esta norma no era aplicable a los militares puesto que la Ley 6a dispuso en su artículo 26 que los empleados del ramo de guerra quedarán regulados exclusivamente por sus propias disposiciones.

"Esta interpretación de la fiscalía cuarta es demasiado exegética puesto que esta norma se refiere a **"entidades de Derecho Público"** entre las cuales se cuentan naturalmente, las

⁴ Expediente núm. S-182. Consejero ponente Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

adscritas al Ramo de Defensa. No se ve por qué este criterio general, de acumulación de tiempo de servicios para dichas entidades, no pueda aplicarse a todos los casos de acumulación de servicios ya que si bien el artículo 26 dispone que el ramo de guerra tendrá normas especiales se entiende en cuanto a su regulación específica sin que exista razón que permita excluirlas del ámbito de las normas que consagran principios generales tales como el indicado.

"Por otra parte el artículo 10 de la Ley 24 de 1947 se refiere a los **""los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de Derecho Público""** (subraya la Sala) **y en el presente caso ni siquiera se trata de dos entidades diferentes sino de los organismos adscritos a una misma entidad al Ramo o Ministerio de Guerra, actualmente Ministerio de Defensa Nacional, perteneciente a la persona de Derecho Público llamada Nación.**

"También se refiere a la acumulación, en forma indirecta, la Ley 72 de 1947 que, en su artículo 21, dispuso:

""Los empleados nacionales, departamentales o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la pensión de jubilación. La Caja pagadora repetirá en las entidades obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicios del empleado en cada una de las entidades oficiales"".

""La fiscalía mencionada sostuvo que esta norma tampoco es aplicable al presente caso. Sin embargo, es evidente que instituye la acumulación al expresar que la Caja Nacional de Previsión puede ""repetir contra las entidades obligadas"", (subraya la Sala), pues está reconociendo el hecho de que la pensión puede haberse generado mediante la prestación de servicio a varias entidades entre ellas las pertenecientes al ramo de guerra.

"De manera que el artículo 10 de la Ley 24 y 20 de la Ley 72 de 1947 sustancialmente instituyen el principio de la acumulación del tiempo de servicios que comprende a todos los funcionarios y a todas las entidades. Pero, aceptando en gracia de discusión que no fueran aplicables al ramo de guerra lo sería analógicamente según lo dispuesto por el artículo So. de la Ley 153 de 1887, en cuanto suplirían el vacío en materia semejante

en el ramo de guerra y también lo sería con un argumento a fortiori: si esas normas autorizan acumular el tiempo servido a entidades de Derecho Público con mayor razón es posible en relación con los servicios prestados a diferentes dependencias de una misma entidad de Derecho Público, en este caso, la Nación".

La no acumulación del tiempo de servicio que prestó el señor Farfán Camelo como soldado, al servicio como agente de la Policía Nacional, para el no reconocimiento de la pensión sustitutivo, viene a ser el fundamento para afirmarse que en la providencia suplicada no se le dio al Decreto 3187 de 1968 artículo 58, carácter retrospectivo, contrariando así la orientación jurisprudencias dada por el Consejo de Estado a ese tema de las prestaciones sociales.

Aunque el señor Farfán Camelo murió en marzo de 1968, o sea en vigencia del Decreto 981 de 1946, lo cierto es que al entrar a regir el Decreto 3187 de 1968 disponiendo en su artículo 58, que para efecto de la asignación de retiro, pensión; de jubilación y otras prestaciones sociales, el tiempo de servicios se liquidará "teniendo en cuenta el servicio como suboficial o soldado de las Fuerzas Militares, debió de aplicársela en virtud de la aplicación de normas de carácter general aceptada por el Consejo de Estado en la última de las providencias anotadas, por serle más favorable a sus interesados.

De lo anotado y explicado, se concluye que el recurso está llamado a prosperar, con base en la transgresión de la jurisprudencia sentada en la sentencia de julio 16 de 1980 sobre la aplicación de normas de carácter general que consagraban en ese momento la acumulación de tiempo de servicios prestados a diferentes entidades públicas." (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Visto lo anterior, considera la Sala que la Sección Segunda –Subsección “E”- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto sustantivo al proferir la sentencia de 25 de agosto de 2015, pues la interpretación que realizó del artículo 7° del Decreto 2070 no se aviene a su contenido, así como también contraviene lo dispuesto por el Legislador y vulneró el derecho

fundamental al acceso a la Administración de Justicia del actor, razón por la que se dejará sin efecto la providencia en mención para que, en su lugar, se profiera una nueva decisión que se ajuste a los lineamientos aquí expresados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

PRIMERO: AMPÁRASE el derecho fundamental al acceso a la Administración de Justicia del señor **CARLOS JULIO GÓMEZ MERCHÁN**. En consecuencia, **DÉJASE SIN EFECTO** la sentencia de 25 de agosto de 2015, proferida por la Sección Segunda –Subsección “E” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en su lugar, en el término de veinte (20) días contados a partir de la ejecutoría de esta providencia, profiera una nueva decisión en la que tenga en cuenta los lineamientos expresados en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma más expedita.

TERCERO: En caso de que esta providencia **no sea impugnada y quede en firme**, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y **DEVUÉLVASE** el expediente solicitado en calidad de préstamo al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Girardot.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día 11 de febrero de 2016.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA