

**REGIMEN PRESTACIONAL ESPECIAL – Fuerzas militares y policía nacional /
REGIMEN DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y LA
POLICIA NACIONAL – Aplicación de la Ley 100 de 1993 / ASIGNACION DE
RETIRO, PENSION MILITAR Y PENSION DE JUBILACION – Compatibles si
son percibidas por tiempos diferentes**

de las anteriores consideraciones se pueden concluir tres supuestos: 1.) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran para la misma cartera e institución; 2.) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990 se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y 3.) el sistema integral de la seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional que se encontraban en servicio a la fecha de entrada en vigencia del mismo, es decir que por tratarse de un régimen exceptuado no se puede invocar el régimen de transición del artículo 36, por quien a la fecha de entrada en vigencia de esta ley ostentaba la calidad de militar en servicio. (...) Esta prohibición, derivada de la imposibilidad de asumir por el mismo riesgo y con el mismo tiempo de servicio dos prestaciones, se resuelve a la luz del principio de favorabilidad a quienes les aplica el régimen. Es por virtud de la Ley que se impide percibir al mismo tiempo la pensión de jubilación y la asignación de retiro, pues, se reitera, ello implicaría percibir dos prestaciones con base en el mismo tiempo de servicio. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990, concordante con lo dispuesto por la Constitución Política, artículo 128, y la Ley 4ª de 1992, artículo 19, las asignaciones de retiro y pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación provenientes del derecho público, siempre y cuando lo sean por tiempos diferentes.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1214 DE 1990 / DECRETO 1211 DE 1990 / LEY 100 DE 1993

PENSION DE JUBILACION – Magistrada del Tribunal del Tribunal Superior Militar / CONMUTACION PENSIONAL – No permitida para militares / RECONOCIMIENTO ASIGNACION DE RETIRO – No es posible computar el tiempo como militar para solicitar la pensión de jubilación / RECONOCIMIENTO PENSION DE JUBILACION – Se debe contar con veinte años continuos o discontinuos adicionales a los que se tuvieron en cuenta para reconocimiento de la asignación de retiro

En la primera hipótesis resulta válido el cómputo de los tiempos servidos como militar y como civil para acceder a la pensión de jubilación, dado que no existe reconocimiento alguno, por consiguiente los tiempos no han sido considerados con tal fin. Empero, en la segunda hipótesis no resulta válido computar los tiempos servidos como militar y como civil dado que ya hubo un primer reconocimiento del tiempo servido como militar, que se descuenta y no puede computarse nuevamente para pretender un nuevo reconocimiento pensional más aún sin ser posible renunciar a la asignación de retiro, como se pretende en este caso, dado que la ley no permite para los militares la conmutación pensional. La conmutación pensional es un “mecanismo que tiene la finalidad de permitir a un empleador particular o estatal que tiene obligaciones pensionales a su cargo sustituir esas obligaciones mediante un pago de capital, para que el pago de las pensiones sea asumido por una entidad del sistema de seguridad social”. Tal figura se presenta cuando el empleador, particular o estatal, adquiere obligaciones de índole pensional respecto de sus empleados y las sustituye a una entidad del

sistema de seguridad social para que ésta la asuma, previo el pago de un capital, sin que sea posible al empleado discrecionalmente acceder a tal figura sin estar prevista en la ley. Luego, para el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en el tiempo servido como civil, no es posible computar el tiempo servido como militar por haber sido reconocida la asignación de retiro con base en ese tiempo, se requiere que el civil cumpla las previsiones contempladas en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 siempre y cuando se haya vinculado a la justicia penal militar antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, porque recuérdese que aquellos civiles vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se les aplica el sistema general de seguridad social contenido en ella. (...) Luego, en criterio de esta Sala habrá de contarse con veinte años de servicio continuo o discontinuo adicionales a los que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, dado que no es el cargo lo que determina el régimen aplicable sino la condición de civil o militar en el ejercicio de cualquier función o de empleo que compone la Justicia Penal Militar y que cumple la función judicial encomendada de acuerdo al Código Penal Militar Decreto 2250 de 1988 y la Ley 522 de 1999 que rigió hasta el 16 de agosto de 2010, vigentes durante el periodo de vinculación de la hoy actora, máxime si se tiene en cuenta que el régimen de transición de la Ley 100 no aplica a los militares que al momento de su vigencia se encontraban en servicio activo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1214 DE 1990 / DECRETO 1211 DE 1990 / LEY 100 DE 1993

RECONOCIMIENTO ASIGNACION DE RETIRO – No es posible computar el tiempo como militar para solicitar la pensión de jubilación del personal civil de las fuerzas militares / REGIMEN PENSIONAL APLICABLE – Magistrada del Tribunal Superior Militar / BENEFICIARIA DEL REGIMEN EXCEPTUADO – Excluida del régimen de transición / RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL - lo atinente a la aplicación de estos dos regímenes en materia pensional frente al reconocimiento de pensión en los casos de ausencia de asignación de retiro o pensión militar y en caso de existir previamente dicho reconocimiento, teniendo en cuenta la vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de la transición temporal prevista para el régimen del Decreto 1214 de 1990

Así las cosas, para el 1º de abril de 1994, cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993 la demandante se encontraba en servicio como militar, luego era beneficiaria del régimen exceptuado y excluida del régimen de transición. Para el reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2001 se le tuvo en cuenta el tiempo laborado como militar, que en todo caso no es factible computar nuevamente o tener en cuenta para acceder a un reconocimiento pensional que no es propio con dicho tiempo, porque para acceder a la pensión de jubilación en términos del estatuto de personal civil, si fuera aplicable a la actora, requería en primer lugar haber accedido al cargo en su condición de civil con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en segundo lugar haber completado los veinte años continuos o discontinuos en tal condición, esto es, como civil. La vinculación para determinar el régimen pensional aplicable a la demandante está determinado por el acto administrativo de nombramiento como Magistrada del Tribunal Superior Militar surtido mediante Decreto No. 1256 del 7 de julio de 1998 nombra a la Coronel abogada como Magistrada del Tribunal Superior Militar como integrante de la Quinta Sala para el periodo de cinco (5) años y su posesión en ese cargo llevada a cabo en la misma época. Como se trata de cargo de periodo fijo el régimen jurídico difiere con relación a los restantes cargos de la justicia penal militar, por tener vocación de permanencia limitada en el tiempo, por

tanto el que haya continuado prestando su servicio como civil para culminar el periodo para el cual fue nombrada Magistrada en nada influye para variar al régimen civil y pretender computar tiempo en esta condición. Debe recordarse que el retiro como militar se produjo a partir del día 1 de julio de 2001, y desde el 1 de octubre se le reconoció asignación de retiro para la que se le computó un total de 22 años, 1 mes y 19 días, tiempo que en todo caso no es posible computar al servido como civil en cargo de periodo para acceder a la pensión de jubilación solicitada, porque de un lado la fecha de vinculación como magistrada lo fue en su condición de militar condición tenida en cuenta para el reconocimiento del régimen pensional aplicable, y porque para acceder a la pensión de jubilación solicitada requería cumplir las previsiones del art. 98 o 99 del Decreto 1214 de 1990 en el entendido que su vinculación como civil se diera con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, supuesto factico que no se presenta en este caso. Tampoco es posible tener en cuenta el tiempo desempeñado como civil para un reajuste de la asignación de retiro, dado que esta prestación no es reajutable por servicios prestados a entidades de derecho público por expresa prohibición del Decreto 1211 de 1990. Con esta argumentación la Sala rectifica y clarifica lo atinente a la aplicación de estos dos regímenes en materia pensional frente al reconocimiento de pensión en los casos de ausencia de asignación de retiro o pensión militar y en caso de existir previamente dicho reconocimiento, teniendo en cuenta la vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de la transición temporal prevista para el régimen del Decreto 1214 de 1990.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 25000-23-25-000-2010-000166-01(1641-12)

Actor: LUCY EUGENIA RESTREPO STERLING

Demandado: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA

AUTORIDADES NACIONALES- APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 11 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección F en Descongestión quien accedió a las pretensiones

de la demanda de la referencia.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Lucy Eugenia Restrepo Sterling, a través de apoderado presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 1415 del 15 de mayo de 2009, proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Social y la Coordinadora de Grupo de Prestaciones Sociales, por la cual se declaró que no hay lugar a reconocer ni ordenar pagar suma alguna por concepto de pensión mensual de jubilación contenida en el Decreto 1214 de 1990, a la exmagistrada del Tribunal Superior Militar, hoy demandante, porque para la fecha de vinculación en el cargo de Magistrada del Tribunal Superior Militar se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993.

De la misma manera, impetra declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición formulado el 8 de junio de 2009 contra la anterior respuesta.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

Reconocer y pagar, a favor de la Magistrada CR (r) **LUCY EUGENIA RESTREPO STERLING**, una pensión mensual de jubilación por vejez, igual al 75% del último salario mensual devengado, mas la totalidad de los factores salariales como son: Sueldo básico, Bonificación por servicios prestados, otros gastos Serv. Bonificación por Gestión Judicial, prima sin carácter salarial, prima de Navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, tal como lo establece el Decreto 1214 de 1990 por pertenecer a una norma especial y ser beneficiaria del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, con efectividad a partir del 17 de julio de 2008, con la respectiva indexación.

Impetró que no se limite el valor de la pensión mensual de jubilación y que se aplique la indexación sobre los valores adeudados desde que se hicieron exigibles hasta su pago total.

Solicitó, además, que en caso de condena se ordene el ajuste al valor de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., con la previsión sobre intereses moratorios que se debe ordenar liquidarlos desde la ejecutoria de la sentencia de conformidad con el fallo C-183 de 1999 de la Corte Constitucional (art. 177 C.C.A.) dando cumplimiento por la administración dentro del término establecido en el artículo 176.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Como hechos en que fundamenta sus pretensiones, en síntesis, narró los siguientes:

La demandante prestó sus servicios al Estado por más de veintinueve años, sin solución de continuidad desde el 1º de agosto de 1979 hasta el 17 de julio de 2008, todo el tiempo en el Ministerio de Defensa Nacional.

Nació el 11 de noviembre de 1954 y a la fecha de su desvinculación del cargo tenía más de 54 años de edad.

Mediante Decreto 2801 de 9 de noviembre de 1979, suscrito por el Ministro de Defensa Nacional, fue escalafonada como oficial del cuerpo logístico en el Ejército en el grado y con la especialidad de justicia.

Por Decreto 3054 del 1 de diciembre de 1979 es nombrada Juez 27 de Instrucción Penal Militar en el grado 17 de la Sexta Brigada, del que tomó posesión el 21 de diciembre del mismo año.

Fue ascendiendo en los diferentes grados militares hasta alcanzar el de Coronel, grado en el cual fue retirada del servicio activo del ejército nacional por solicitud propia con novedad fiscal 1 de julio de 2001, mediante Decreto No. 1285 de 29 de junio del mismo año, continuando en esta última fecha su vinculación al Ministerio

de Defensa, sin solución de continuidad, como civil en el cargo de Magistrada del Tribunal Superior Militar, para el cual había sido nombrada mediante Decreto No. 1256 de julio 7 de 1998, para un periodo de cinco años que comenzaron el 15 de julio del mismo mes y año, designación prorrogada por un tiempo igual mediante Resolución Ministerial No. 0627 del 16 de julio de 2003 a partir del 14 de julio de 2003, termino que se cumplió el 17 de julio de 2008, habiendo permanecido en el cargo un total de diez años.

Le fue reconocida asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y al mes de octubre de 2008 devengaba la suma de CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MCTE. (\$4'173.456.00)

El 24 de junio de 2008, solicitó el reconocimiento bajo las previsiones legales del Decreto 1214 de 1990, igual al 75% del último salario devengado, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales por pertenecer a una norma especial y ser beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, porque a la entrada en vigencia de ésta tenía más de 40 años de edad, y con fundamento en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil Rad. 1143, respuestas que favorecen a la demandante sobre la acumulación de tiempos de servicio, con la única condición, que se debe renunciar a la asignación de retiro.

Mediante escritos de fechas 10 y 21 de noviembre de 2008, la demandante puso en conocimiento un caso similar, en lo factico y jurídico, referido al Coronel José Tomas Garaviz Callejas, que en sede administrativa se le había negado la pensión de jubilación conforme al Decreto 1214 de 1990, porque para la fecha de vinculación como magistrado se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993. Acudiendo a esta Jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró nulas las resoluciones que negaron el derecho solicitado y resolvió el recurso, en consecuencia ordenó al Ministerio de Defensa reconocer la pensión de jubilación por vejez a partir del día siguiente en que laboró como magistrado del Tribunal Superior Militar, conforme lo establece el Decreto 1214 de 1990, teniendo en cuenta el 75% del último salario mensual devengado, incluyendo bonificación por servicios, prima de servicios,

prima de navidad y bonificación por gestión judicial.

Luego de nueve meses sin respuesta, interpone tutela contra el Ministerio de Defensa, resuelta el 29 de abril de 2009 por el Tribunal Superior de Bogotá el cual protegió el derecho ordenando resolver la petición en el término de 10 días.

Por Resolución 1415 de 15 de mayo de 2009 proferida por el director de Veteranos y Bienestar Social declaró que no hay lugar a reconocer ni ordenar pagar suma alguna por concepto de pensión mensual de jubilación contenido en el Decreto 1214 de 1990 porque para la fecha de vinculación para el cargo de magistrado se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 y por tanto debía someterse como trabajadora, si continuaba al servicio de ese Ministerio, a la normatividad que regulaba el sistema integral de Seguridad Social, por lo que en ningún momento entro a formar parte del régimen especial del personal civil exceptuado, para efectos de pensión, pues solo es aplicable a quienes hacían parte del mismo a la fecha en que entra en vigencia el régimen general.

Interpuesto recurso de reposición el 8 de junio de 2009, la entidad guardó silencio.¹

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 13, 48, 53, y 280, literal a) del artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, artículo 60 del C.C.A..., artículos. 2º, 4º, 98 y 102 del Decreto 1214 de 1990, Decreto 4040 de 2004, Decreto 610 de 1999, artículos 36, 273 y 279 de la Ley 100 de 1990 y artículo 10 del Código Civil subrogado por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 ordinal 1º.

En síntesis, expuso que la demandante se ubica en los extremos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad por haber nacido el 11 de noviembre de 1954, de tal manera que su pensión de jubilación debió liquidarse

¹ Flios 172-176

con base en las reglas y orientaciones del régimen anterior cuando el Decreto 1214 de 1990 contiene el régimen de especial que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y el Ministerio Público.

Antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 la demandante ya formaba parte del personal del Ministerio de Defensa Nacional, siendo muy clara la norma al establecer que dicha ley se aplicará al personal que se vincule a partir de su vigencia y la demandante se vinculó a la Justicia Penal Militar el día 1º de agosto de 1979, ingresando por posesión efectivamente el 21 de diciembre del mismo año, en el cargo de Juez 27 de Instrucción Penal Militar de la Sexta Brigada, vinculación esta sin solución de continuidad hasta el 17 de julio de 2008.

A la entrada en vigencia de la Ley 100/93 la actora se encontraba desempeñando el cargo de Auditora de Guerra Superior del comando General de las Fuerzas Militares, luego fue nombrada como Auditora Superior de Guerra del Comando del ejército, y el 7 de julio de 1998 fue nombrada como Magistrada de Tribunal Superior Militar por periodo de cinco años, prorrogado por una sola vez a partir del 16 de julio de 1998 por cinco años más.

Alude que la fecha real de vinculación al Ministerio de Defensa y la Justicia Penal Militar fue antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir desde el 1º de agosto de 1979 sin solución de continuidad hasta el 17 de julio de 2008 y no fue cuando se le designó magistrada del Tribunal Superior Militar. Encontrándose vinculada como Magistrada del Tribunal Superior Militar fue retirada del servicio activo de las fuerzas militares el 29 de junio de 2001 y continuó ejerciendo el cargo hasta el 17 de julio de 2008, lo que deja en claro que el retiro del servicio activo como militar para pasar al servicio civil no afecta para nada la vinculación a la Justicia Penal Militar, esta nueva circunstancia no produce una nueva vinculación.²

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada, siendo notificada **por aviso** guardo silencio.³

II. LA SENTENCIA APELADA.

² Flios 104-105

³ Flio 201

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F en Descongestión, declaro la existencia de silencio administrativo negativo y la nulidad del mismo así como de la Resolución No. 1415 del 15 de mayo de 2009, proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Social del Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual le fue negado el reconocimiento liquidación y pago de una pensión mensual de jubilación de conformidad con el Decreto 1214 de 1990.

Como consecuencia se ordenó al Ministerio de Defensa Nacional reconocer a favor de la señora CO (r) Lucy Eugenia Restrepo Sterling, una pensión mensual vitalicia de jubilación de conformidad con el Decreto 1214 de 1990 a partir de la fecha de retiro del servicio el 17 de junio de dos mil ocho (2008), con base en el 75% del último salario devengado, incluyendo como partidas el sueldo básico, la prima de servicios y la doceava de la prima de navidad, con los reajustes de ley.

Declaró la incompatibilidad del reconocimiento con la asignación de retiro, por lo que una vez reconocida la pensión de jubilación ordenada dispuso comunicación a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que proceda a extinguir la asignación de retiro reconocida.

Para desatar la controversia, se refirió al régimen aplicable, en particular al artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y a la argumentación expuesta por la Corte Constitucional para su declaración de exequibilidad, con el finde concluir que el legislador se encuentra facultado para establecer excepciones a las normas generales siempre que dichas estén razonadamente justificadas como en el caso de la fuerza pública en el que la excepción tiene fundamento en la garantía de los derechos adquiridos contenidos en los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, como también está facultado para establecer que, en tratándose de la fuerza pública, así como el regido por el Decreto 1214 de 1990, se les puede aplicar el sistema integral de seguridad social si se vincularon a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, porque de ellos no se desconocen derechos adquiridos.

Así mismo, que el personal civil de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no se pueden equiparar o asimilar con los miembros activos de dichas instituciones, dada la naturaleza del servicio que cada uno desempeña.

Luego refiere a la normatividad que reorganiza la carrera de oficiales y suboficiales de las fuerza militares, para referir en particular a los oficiales del cuerpo logístico en las fuerzas militares, para terminar mencionando el régimen jurídico de los funcionarios de instrucción penal militar distinguiendo el régimen de la asignación de retiro para personal que sea retirado del servicio activo, de la pensión de jubilación para personal civil.

Frente al caso, señala que de conformidad con el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, la actora cumplió veinte años de servicios el 1º de noviembre de 1999, teniendo en cuenta que ingreso a laborar como oficial del cuerpo logístico en el ejército, en la especialidad justicia, desde el 1º de noviembre de 1979 y continuo en servicio activo hasta el 17 de junio de 2008, por lo que estima que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990.⁴

III. LA APELACIÓN.

Tanto la actora⁵ como la entidad demandada⁶ interpusieron recurso de apelación contra el anterior proveído bajo los argumentos que se sintetizan así:

La demandante estima, que el Tribunal determina con acierto y legalidad que la pensión de jubilación de la actora se debe reconocer de conformidad con el Decreto 1214 de 1990 en base al 75% del último salario devengado.

No obstante la sentencia solo ordenó tener en cuenta algunos factores salariales como son: asignación básica, prima de servicios y prima de navidad, mas no tuvo

⁴ Flíos 289-333

⁵fls. 335-339

⁶fls. 355-372

en cuenta para nada los factores salariales: otros gastos serv. personales (bonificación por gestión judicial Decreto 4040/04), bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial.

Señala no ser de recibo el que la bonificación por gestión judicial no se tenga en cuenta como partida computable para la pensión de la actora por no haberse demostrado que la hubiere devengado en servicio activo.

Frente al factor salarial otros gastos serv. personales, que lo devengo durante el último año de servicios y se encuentra relacionado en la certificación que anexa en es el mismo factor bonificación por gestión judicial.

En cuanto a esta señala, con base en el decreto 4040 de 2004 es factor salarial para determinar las pensiones, agregando que este Decreto señala que tienen derecho a esta bonificación los magistrados de Tribunal y Consejo Seccional, los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Magistrados Auxiliares de Altas Cortes, abogados asistentes y abogados auxiliares del Consejo de Estado.

Respecto de los demás factores salariales, como son bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, y prima sin carácter salarial también deberán tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento pensional, porque por asignación mensual debe entenderse no solo la remuneración básica mensual, sino todo lo que el funcionario o empleado percibe por concepto de salario, vale decir, todo lo que devengue como retribución de sus servicios, para lo cual cita sentencias de esta Sección.

Agrega que todo lo que recibió la demandante como retribución de sus servicios también se encuentra la Bonificación por servicios, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial, que hacen parte del Decreto 1214 de 1990, pero se le viola el principio de igualdad dado que no se le está reconociendo los factores salariales: Otros gastos serv personales (Bonificación por gestión judicial decreto 4040/04) bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima sin carácter

salarial, porque en otros casos de funcionarios de la misma categoría de la demandante si se les reconoció directamente por parte del Ministerio de Defensa Nacional aplicando directamente el Decreto 1214 de 1990.

Con base en lo anterior solicita se revoque la sentencia, dictando la que en derecho deba reemplazarla, ordenando al Ministerio de Defensa reconocer todos los factores devengados.⁷

Por su parte la apoderada del Ministerio de Defensa argumento en su apelación, que si bien es cierto la demandante ostentó dos vinculaciones laborales al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, lo hizo en distintas calidades y en diferentes épocas, la primera vinculación terminó al retiro del servicio en calidad de Coronel del Ejército Nacional el 01 de julio de 2001, y por la cual en cumplimiento de normas de carrera especial que es desarrollo constitucional, se le reconoció asignación de retiro que es pagada por un establecimiento público distinto al Ministerio de defensa Nacional como lo es la caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante, reiteró los argumentos expuestos de la apelación

El Ministerio Público y la demandada guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El problema jurídico por resolver es si la Resolución 1415 del 15 de mayo de 2009, mediante la cual se negó la pensión de jubilación de la accionante, y el silencio administrativo producto del recurso, resultan ajustadas a derecho.

⁷ Flíos 335-339

Se demanda la nulidad parcial de la Resolución No. 1415 del 15 de mayo de 2009, proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Social, y silencio administrativo producto del recurso de reposición en el sentido de que se reconozca la pensión de jubilación al amparo del Decreto 1214 de 1990 dado que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años y aquella normativa contiene el régimen de excepción o régimen especial que regula la administración del personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar.

Para resolver, este aserto se debe establecer que régimen jurídico resulta aplicable al asunto, si es factible que se computen para efectos pensionales los tiempos servidos como militar y como civil al servicio del Ministerio de Defensa, y finalmente que factores salariales hacen parte de la liquidación del régimen especial, y si de ellos es factible ordenar descuentos con destino a salud.

El motivo de inconformidad se circunscribe al argumento de que la sentencia de primera instancia ordenó tener en cuenta algunos factores salariales como son asignación básica, prima de servicios y prima de navidad, mas no tuvo en cuenta los factores salariales de Otros gastos Serv. Personales (Bonificación por gestión judicial Decreto 4040/04), bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Lo primero que debe dilucidarse para resolver el problema jurídico es si es posible acumular tiempos de servicio para efectos de acceder a la pensión solicitada, y luego de ello clarificar los regímenes pensionales tanto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares como del personal civil, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en tratándose de personal civil al servicio de las fuerzas Militares o el Ministerio de Defensa y finalmente si es posible la conmutación pensional en este caso.

De vieja data esta Sala ha sostenido⁸ que para efectos de pensión de jubilación la ley permite acumular todos los tiempos servidos al Estado, con mayor razón cuando, como en este caso, el empleador es uno solo, el Ministerio de Defensa.

El problema radica entonces en establecer, si los servicios militares pueden sumarse a los civiles para acceder la pensión.

En principio, no existe ninguna norma que se oponga a ello, y si la pensión de jubilación ha sido establecida como una compensación por servicios prestados, ellos pueden ser de diversa índole. Distinto es el caso de la asignación de retiro, consagrada únicamente para los militares y por servicios militares.

Con base en lo establecido en la Ley 66 de 1988, “Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro tempore para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada”, el Presidente de la República expidió, entre otros, los Decretos Leyes 1211 estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y 1214 de 8 de junio de 1990 estatuto y régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

A pesar de que, dichas normas se configuraron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, debe afirmarse que los regímenes pensionales especiales son perfectamente válidos actualmente, si se predicen respecto de situaciones que razonablemente merecen un trato diferenciador.

Este es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea, los cuales, dada su compleja labor en beneficio de los intereses de la Nación, gozan de un trato prestacional especial por

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: JOSE GABRIEL SALOM. Bogotá, D. E., tres (03) de agosto (08) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). Radicación número: 7391. Actor: CARLOS ARIEL GOMEZ RICO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Referencia: Expediente No. 7391.

expresa orden constitucional⁹.

Dicha diferenciación en la fuente del amparo y justificación de los citados regímenes especiales se reflejó precisamente en la Ley 100 de 1993, cuyo objetivo fue el de crear un sistema de seguridad social integral, pues mientras se exceptuó completamente a un régimen, al de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, al otro, el de civiles, se lo excluyó bajo una condición temporal, así:

“Artículo 279. El sistema integral de la seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (...)”.

La inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social a los miembros de la Fuerza Pública, encuentra su fundamento en el hecho de que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer excepciones a las normas generales, siempre y cuando ellas estén razonablemente justificadas.

En este orden, la excepción prevista en el artículo 279 en cita, tiene una doble justificación constitucional, en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional la misma obedece al mandato superior consagrado en los artículos 217 y 218 de la Carta, que defiere en el legislador la creación de un régimen prestacional especial para éstos, en tanto que la del personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que a la fecha de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 estaban vinculados, encuentra su fundamento en la salvaguarda de los derechos adquiridos y regulados por el Decreto Ley 1214 de 1990, norma especial que les era aplicable.

En relación a esto, el límite temporal impuesto para la protección de las

⁹ Artículo 217 de la Constitución Política: “*La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea. Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio.*”.

situaciones reguladas por el Decreto 1214 de 1990 fue avalado por la Corte Constitucional, porque se entendió como una protección a los derechos adquiridos. Frente al tema, la Alta Corporación sostuvo en sentencia C-665 de 28 de noviembre de 1996¹⁰:

“En esta forma, cabe señalar lo que la norma acusada protege son los derechos adquiridos y regulados por disposiciones especiales para quienes al momento de la vigencia de la ley se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares, Policía Nacional y personal regido por el Decreto 1214 de 1990. En tal sentido, con respecto a los nuevos servidores, es decir, aquellos vinculados en el mismo ramo dentro de la vigencia de la norma en referencia, no se desconocen derechos adquiridos salvo lo estipulado en el artículo 11 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, el precepto impugnado, contrario a lo que sostiene el actor, no hace cosa distinta que reconocer la voluntad del constituyente, diferenciando dos situaciones, que no constituyen en manera alguna discriminación: de una parte, la del personal que se había vinculado al Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y la Justicia Penal Militar antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para quienes se mantendrán las disposiciones especiales en materia de seguridad social y en especial, el previsto en el Decreto-Ley 1214 de 1990, cuyos derechos adquiridos deben ser respetados y garantizados, y de la otra, el personal de las mismas instituciones que se vinculó a partir de la vigencia de la citada ley, a quienes se les aplica el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, y que por consiguiente no gozan de derechos adquiridos, razón por la cual es procedente, dada la fecha de su vinculación, aplicarles el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993.”.

De otro lado, el régimen del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional no fue considerado por el Constituyente de 1991 como especial; argumento que, a diferencia del régimen de las fuerzas militares, sustenta su origen y justificación posterior de orden legal. Frente al tema, en sentencia C-888 de 2002, la Corte Constitucional encontró que el tratamiento diferente entre el régimen prestacional de los miembros civiles al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, contemplado en el Decreto 1214 de 1990, y el régimen de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, no constituyen una discriminación pues regulan situaciones de hecho distintas *que ameritan constitucionalmente un tratamiento*

¹⁰ M.P. Doctor Hernando Herrera Vergara

legislativo diferente. Expresó la Corte en la sentencia citada como fundamento de su decisión lo siguiente:

“4.1. La primera razón que evidencia las diferencias de supuestos que se regulan, es que cada uno de los regímenes fue abordado en un decreto independiente. Pero este hecho, por sí sólo, no es suficiente para demostrar que en efecto se trata de situaciones claramente diferentes. Para ello es necesario tener en cuenta otras razones.

4.2. La segunda razón es que mientras el régimen de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares es especial por disposición del propio constituyente, no ocurre lo mismo con el régimen del personal civil en cuestión. En efecto, el artículo 217 de la Constitución, luego de indicar que "la Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea", y que la principal finalidad de éstas es "la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional", señala explícitamente que la ley determinará "el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio." No ocurre lo mismo con el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

4.3. Ahora bien, por su parte la Ley 100 de 1993, en la cual se establece el régimen prestacional general para todas las personas, contempla una serie de exclusiones dentro de las cuales se incluyó los dos regímenes en cuestión en los siguientes términos,

“Artículo 279.- El Sistema Integral de seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Publicas.

(...)"

La tercera razón para considerar que se trata de regímenes especiales incomparables, entonces, es que el propio legislador así lo determinó. En efecto, el tenor literal de la norma transcrita marca una diferencia tajante entre el régimen de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional por un lado, y el personal regido por el Decreto 1214 de 1990, por otro, es decir, el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Pero no sólo se trata de una cuestión gramatical. Las razones para excluir del régimen general de la Ley 100 de 1993 a

uno y otro grupo son diferentes y, en consecuencia, los efectos normativos en uno y otro caso también son distintos.

Mientras que a los primeros se les excluye del régimen general por mandato constitucional, a los segundos se les excluye para únicamente salvaguardar los derechos adquiridos. Es decir, mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en el caso del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990.

4.4. *La cuarta y última razón para considerar que los regímenes especiales en cuestión no son comparables, es que explícitamente la jurisprudencia constitucional así lo ha considerado. (...)*

De igual manera en sentencia C-1143 de 2004, la Corte Constitucional al referirse a la validez constitucional del trato diferencial que se formula en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 entre el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares y el régimen del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, precisó:

“Mientras que a los primeros se les excluye del régimen general por mandato constitucional, a los segundos se les excluye para únicamente salvaguardar los derechos adquiridos. Es decir, mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en el caso del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990.

...

4.6. (...) Ello se traduce en que los civiles que laboran para el servicio de esas entidades, vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no cuentan con un régimen especial, sino que por el contrario, se encuentran sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social, aplicable a todos los servidores del Estado”. (Negrillas fuera de texto).

Así entonces, de las anteriores consideraciones se pueden concluir tres supuestos: 1.) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran para la misma cartera e institución; 2.) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990 se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y 3.) el sistema integral de la seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional que se encontraban en servicio a la fecha de entrada en vigencia del mismo¹¹, es decir que por tratarse de un régimen exceptuado no se puede invocar el régimen de transición del artículo 36, por quien a la fecha de entrada en vigencia de esta ley ostentaba la calidad de militar en servicio.

Concretamente, debe resaltarse que los beneficios pensionales derivados de una u otra condición son los siguientes:

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional el beneficio es percibir una asignación de retiro, regulada en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 en los siguientes términos:

“Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después 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 Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto. (...).”

¹¹ Art 151 ley 100 de 1993 “El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994.(..)”

En el caso de los civiles al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional, el beneficio es una pensión de jubilación:

“Artículo 98 del Decreto 1214 de 1990: Pensión de jubilación por tiempo continuo. El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.”¹².

Dispone el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990, que:

“Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento colectivo al servicio.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; igualmente son incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del derecho público.”. - Resaltas fuera de texto.-

Esta prohibición, derivada de la imposibilidad de asumir por el mismo riesgo y **con el mismo tiempo de servicio dos prestaciones**, se resuelve a la luz del principio de favorabilidad a quienes les aplica el régimen.

¹² Este régimen contempla otros dos supuestos, contemplados en los artículos 99 y 100 ibídem.

Es por virtud de la Ley que se impide percibir al mismo tiempo la pensión de jubilación y la asignación de retiro, pues, se reitera, ello implicaría percibir dos prestaciones **con base en el mismo tiempo de servicio**.¹³

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990, concordante con lo dispuesto por la Constitución Política, artículo 128, y la Ley 4ª de 1992, artículo 19, las asignaciones de retiro y pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación provenientes del derecho público, **siempre y cuando lo sean por tiempos diferentes**. En este sentido, en concepto No. 1143 de 23 de septiembre de 1998, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, C.P. doctor César Hoyos Salazar, se sostuvo:

*“El alcance de la compatibilidad de las asignaciones de retiro y las pensiones militares con pensiones de jubilación o de invalidez de entidades de derecho público, **implica que se causen con tiempos diferentes de servicio, pues, no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto.** (...)*”.

–Resaltado fuera del texto–

Por otra parte, en atención a que el último cargo desempeñado por la actora en su condición de civil, fue el Magistrada de Tribunal Superior Militar y es en virtud de su desempeño que alega el derecho a acceder a la pensión de jubilación, han de efectuarse las siguientes precisiones:

1.) De conformidad con lo establecido en el Decreto 250 de 1958 y en el Título II, Capítulo II del Decreto 2550 de 1988, por el cual se expidió el nuevo Código Penal Militar, el Tribunal Superior Militar hace parte de la Jurisdicción Penal Militar y está

¹³ Tesis sostenida de manera reiterada por la esta Sección. **SUBSECCION B.** Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-1997-47814-01(4326-05). Actor: LUIS ALFONSO BERNAL SANCHEZ. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTRO.

compuesto por el comandante General de las Fuerzas Militares, 15 Magistrados y 10 Fiscales. Asimismo, en los términos del artículo 322 *ibídem*, el periodo tanto para Magistrados como para Fiscales es de 5 años y su nombramiento provendrá del Gobierno Nacional¹⁴.

2.) En los términos de los Decretos 1211 y 1214 de 1990, los cargos de la Jurisdicción Penal Militar pueden desempeñarse por Oficiales o Suboficiales en servicio activo (parágrafo 2º, del artículo 77 del Decreto 1211 de 1990) o por personal civil. Prueba de ello también lo es el artículo 323 del Decreto 2550 de 1998, el cual estableció:

“Para ser magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar se requiere: ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, abogado titulado, tener más de treinta años de edad, gozar de buena reputación y, **además, llenar por lo menos uno de los siguientes requisitos:**

1. Haber sido magistrado o fiscal del Tribunal Superior Militar o de Distrito Judicial - Sala Penal -, por un tiempo no menor de dos (2) años, y que no se encuentre en la edad de retiro forzoso.

2. Haber sido auditor superior o auditor principal de guerra por más de cuatro (4) años, o auditor auxiliar o juez de instrucción penal militar por un tiempo no menor de seis (6) años.

3. **Ser oficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional en servicio activo, con título de abogado, obtenido por lo menos cuatro (4) años antes de la elección, y haber desempeñado cargos de juez de instrucción o auditor de guerra dentro de la organización de la justicia castrense, por un tiempo no menor de cinco (5) años.**

Parágrafo. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo al comandante general de las Fuerzas Militares.”. Resaltas fuera de texto.

Ahora cabe preguntarse: si es viable para efectos de reconocer la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 acumular tiempo de servicio prestado como militar?; y qué debe entenderse por “vinculación” para efectos de determinar si un **Magistrado del Tribunal Superior Militar**, que empezó su periodo fijo como militar y lo culmina como civil se encuentra cobijado por el Decreto 1214 de 1990, a la luz de lo establecido en el artículo 279 de la Ley

¹⁴ Derogado por la ley 522 de 1999

100 de 1993?

Estos cuestionamientos han sido abordados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en diversas oportunidades. Así frente al segundo cuestionamiento, en concepto No. 1143 Adición, de 12 de febrero de 2002¹⁵, se sostuvo, luego de analizar la forma como se establece el vínculo laboral en las Fuerzas Militares y en el Ministerio de Defensa Nacional, como civil, que:

“...en el contexto de la consulta que se aclara, como **vinculación** debe entenderse el día, mes y año en que el oficial estableció su vínculo laboral con el Ministerio de Defensa Nacional, esto es, cuando ingresó al escalafón con el grado correspondiente. **Si posteriormente, se produjo su traslado a la justicia penal militar, y tomó posesión del cargo de Magistrado del Tribunal Militar, debe tenerse por fecha de vinculación al régimen previsto para la justicia penal militar, el día, mes y año en el cual tomó posesión de dicho cargo. ...**

2. SE RESPONDE:

... el régimen de pensiones a aplicar a un oficial de las fuerzas militares nombrado el 25 de junio de 1993, para un período de cinco (05) años como Magistrado del Tribunal Superior Militar, y quien encontrándose desempeñando dicho cargo fue retirado del servicio activo de las fuerzas militares el 02 de noviembre de 1994, con derecho a devengar asignación de retiro, se determina por la vinculación, que **es el acto administrativo de nombramiento como magistrado y su posesión en ese cargo.**”.

Posteriormente, la misma Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto No. 1500 de 17 de junio de 2003, C.P. doctor César Hoyos Salazar, manifestó:

2.2 En el evento en que un Oficial o Suboficial, con anterioridad al año de 1.993, se hubiere vinculado en diferentes oportunidades a cargos de la Justicia Penal Militar, en forma continua o discontinua, la fecha de vinculación en los cargos de la referida Justicia que debe tenerse en cuenta, **para efectos de reconocer pensión de jubilación como civil por tiempo acumulado**, es aquella que coincida con la de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, pues sólo en esa condición le es aplicable el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa.

¹⁵ C.P. doctor César Hoyos Salazar, con salvamento de voto del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce.

2.3 El fundamento legal que justifica la acumulación de tiempo de servicio militar y civil en el Ministerio de Defensa, se encuentra en la ley de Seguridad Social que permite, para el reconocimiento de las pensiones, acumular todo el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, cualquiera sea el tiempo laborado. Así mismo, en las disposiciones especiales que prevén la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militar con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.

2.4 Al personal militar que tomó posesión en cargos de la Justicia Penal Militar, antes de la vigencia de la Ley 100 de 1.993 y que sin solución de continuidad fueron nombrados Magistrados del Tribunal Superior Militar, en cargos que hoy ostentan, habiendo sido retirados del servicio activo en vigencia de la ley 100 de 1.993, les es aplicable el decreto ley 1214 de 1.990 en razón a que el período legal para el que fueron nombrados podían ejercerlo bien como militares activos o en retiro.

2.5. **En los eventos de cargos de periodo legal, la fecha de vinculación para efecto de determinar el régimen aplicable, es la de posesión en el cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar,** no obstante que en ese momento ostentara el status de militar en servicio activo. En los demás casos la fecha de vinculación es aquella en que el oficial fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios.” –Se Resalta por la Sala -

Aunado a lo anterior, cabe anotar, que el régimen pensional establecido en los artículos 98 a 100 del Decreto 1214 de 1990 contempla varias posibilidades de acumulación de tiempo laborado en el sector público, continua o discontinuamente, entre ellas la viabilidad de sumar semanas cotizadas al ISS o tiempo de servicio prestado a otras entidades públicas; supuestos que no se ajustan al formulado en el presente asunto, donde todo el tiempo de servicio, de forma continua fue a Nación Ministerio de Defensa, en el Ejército; razón por la que por principio de favorabilidad ha de llegarse a la misma conclusión sostenida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto referido.

En cuanto al segundo interrogante, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó que en tratándose de una carga de periodo fijo legal, como lo era el de la actora, la vinculación para efectos de determinar si era beneficiario del régimen contemplado en el Decreto 1214 de 1990 correspondía a la fecha de nombramiento y posesión

en el cargo de la Justicia Penal Militar. Al respecto, precisó:

“1.3. (...)”

En relación a los cargos de período fijo, como el de Magistrado del Tribunal Superior Militar, reitera la Sala que el vocablo “vinculación” para efecto de determinar el régimen pensional aplicable está determinado por el “acto administrativo de nombramiento como magistrado y su posesión en ese cargo”; en razón a que el hecho del retiro del servicio activo no produce una nueva vinculación, pues ésta ocurrió con el acto de nombramiento y posesión en dicho empleo, el cual podía seguir desempeñando bien como miembro activo o retirado de las Fuerzas Militares, hasta completar el período legal.

En consecuencia, **solo en los cargos de período legal, la fecha de “vinculación” para determinar la aplicación del régimen pensional de que trata el decreto ley 1214 de 1990, es la de nombramiento y posesión en dicho empleo**, indistintamente si se tenía o no la condición de militar en servicio activo o en uso de retiro, siempre que el acto administrativo de nombramiento y posesión fueren anteriores a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. En todos los demás, la fecha de vinculación es aquella en que se adquirió la condición de civil al servicio del Ministerio de Defensa.”. – SE RESALTA-

Sin embargo, se estima que estos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil se quedan cortos para determinar la posibilidad de computar tiempos servidos como militar y como civil con la finalidad de obtener la pensión de jubilación renunciando a la asignación de retiro. En efecto, es claro que los cargos de empleados y funcionarios de la justicia penal militar pueden ser desempeñados por militares o por civiles, aun los de periodo fijo y allí no hay discusión dado que la ley expresamente lo permite.

Sin embargo, para el caso de los funcionarios de periodo fijo como Magistrado del Tribunal Superior Militar la situación es bien diversa respecto del resto de empleados y funcionarios de la Justicia Penal Militar. En este caso **la “vinculación” para efecto de determinar el régimen pensional aplicable está determinado por el acto administrativo de nombramiento como magistrado y su posesión en ese cargo.**

Lo anterior plantea que dos son los regímenes, y dos los estatutos aplicables a los mismos funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar cuando estos son desempeñados por militares o por civiles vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100.

De la misma manera, en materia pensional ocurre idéntica situación dado que una

es la situación de quienes acceden a asignación de retiro o pensión militar con el cumplimiento de unas condiciones o requisitos, y otra la de quienes pretenden acceder a pensión de jubilación como empleados o funcionarios de la justicia penal militar.

Lo manifestado en precedencia plantea una distinción que no se efectúa en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil y es que una es la situación del cómputo de tiempos servidos como militar y como civil para acceder a la pensión de jubilación, sin contar con reconocimiento alguno previo, y otra la situación cuando ya se ha accedido a algún reconocimiento de esta índole en condición de militar.

En la primera hipótesis resulta válido el cómputo de los tiempos servidos como militar y como civil para acceder a la pensión de jubilación, dado que no existe reconocimiento alguno, por consiguiente los tiempos no han sido considerados con tal fin.

Empero, en la segunda hipótesis no resulta válido computar los tiempos servidos como militar y como civil dado que ya hubo un primer reconocimiento del tiempo servido como militar, que se descuenta y no puede computarse nuevamente para pretender un nuevo reconocimiento pensional más aún sin ser posible renunciar a la asignación de retiro, como se pretende en este caso, dado que la ley no permite para los militares la conmutación pensional.

La conmutación pensional es un **“mecanismo que tiene la finalidad de permitir a un empleador particular o estatal que tiene obligaciones pensionales a su cargo sustituir esas obligaciones mediante un pago de capital, para que el pago de las pensiones sea asumido por una entidad del sistema de seguridad social¹⁶”**.

Tal figura se presenta cuando el empleador, particular o estatal, adquiere obligaciones de índole pensional respecto de sus empleados y las sustituye a una entidad del sistema de seguridad social para que ésta la asuma, previo el pago de un capital, sin que sea posible al empleado discrecionalmente acceder a tal figura

¹⁶ Arenas Monsalve, Gerardo, El Derecho Colombiano de la seguridad social, segunda edición, Legis, Bogotá, 2007, Pg. 417.

sin estar prevista en la ley.

Luego, para el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en el tiempo servido como civil, no es posible computar el tiempo servido como militar por haber sido reconocida la asignación de retiro con base en ese tiempo, se requiere que el civil cumpla las previsiones contempladas en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 siempre y cuando se haya vinculado a la justicia penal militar antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹⁷, porque recuérdese que aquellos civiles vinculados con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se les aplica el sistema general de seguridad social contenido en ella¹⁸.

En esta hipótesis requiere veinte (20) años de servicio continuo al Ministerio de Defensa o la Policía Nacional incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, o veinte (20) años discontinuos al Ministerio de Defensa, a la Policía Nacional o a otras entidades oficiales, y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es varón, o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado tomando como base en el primer caso las partidas señaladas en el art. 103 para el primer caso ó en el segundo caso las señaladas en el art 102 del mencionado estatuto¹⁹, siempre y cuando se hubiese vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, se reitera.

Luego, en criterio de esta Sala habrá de contarse con veinte años de servicio continuo o discontinuo adicionales a los que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, **dado que no es el cargo lo que determina el régimen aplicable sino la condición de civil o militar en el ejercicio de cualquier función o de empleo que compone la Justicia Penal Militar** y que cumple la función judicial encomendada de acuerdo al Código Penal

¹⁷ DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41148. 23, DICIEMBRE, 1993

¹⁸ Ley 100 de 1993, Art 279: El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

¹⁹ Decreto 1214 de 1990

Militar Decreto 2250 de 1988²⁰ y la Ley **522 de 1999**²¹ que rigió hasta el 16 de agosto de 2010, vigentes durante el periodo de vinculación de la hoy actora²², máxime si se tiene en cuenta que el régimen de transición de la Ley 100 no aplica a los militares que al momento de su vigencia se encontraban en servicio activo.

Realizado el anterior recuento y análisis legal y jurisprudencial, la Sala procede a resolver el asunto planteado.

3. EL CASO CONCRETO

La apelación se centra en que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta para nada los factores salariales: otros gastos serv. personales (bonificación por gestión judicial Decreto 4040/04), bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial.

Agrega que en todo lo que recibió la demandante como retribución de sus servicios se encuentra la Bonificación por servicios, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial, que hacen parte del Decreto 1214 de 1990, pero se le viola el principio de igualdad dado que no se le está reconociendo los factores salariales: Otros gastos serv. personales (bonificación por gestión judicial Decreto 4040/04)

²⁰ Artículo 356. QUIENES SON FUNCIONARIOS DE INSTRUCCION. Son funcionarios de instrucción penal militar:

1. Los magistrados de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia.
2. Los magistrados del Tribunal Superior Militar.
3. Los jueces de primera instancia.
4. Los jueces de instrucción penal militar.
5. Los auditores de guerra designados por el respectivo juez de primera instancia.

²¹ ARTÍCULO 263. QUIÉNES SON FUNCIONARIOS DE INSTRUCCIÓN. Son funcionarios de Instrucción Penal Militar:

1. Los Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.
2. Los Magistrados del Tribunal Superior Militar.
3. Los Jueces de Instrucción Penal Militar.
4. Los auditores de guerra, que en casos especiales sean designados por el respectivo Juez de Instancia.

²² **LEY 1407 DE 2010.** Por la cual se expide el Código Penal Militar. Diario Oficial No. 47.804 de 17 de agosto de 2010.

bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial, porque en otros casos de funcionarios de la misma categoría de la demandante si se les reconoció directamente por parte del Ministerio de Defensa Nacional aplicando directamente el Decreto 1214 de 1990.

Con base en lo anterior solicita se revoque la sentencia, dictando la que en derecho deba reemplazarla, ordenando al Ministerio de Defensa reconocer todos los factores devengados.²³

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado la Sala encuentra probado los siguientes hechos:

La demandante, Lucy Eugenia Restrepo Sterling nació el 11 de noviembre de 1954.²⁴

Se certificó el tiempo de servicio como militar señalando que la demandante fue dada de alta como Especialista Cuatro (E4), el día 1 de Agosto de 1979 hasta el día 31 de octubre de 1979, el Decreto No. 2801 la asciende al grado de Teniente del Ejército Nacional con novedad fiscal 1 de Noviembre de 1979.²⁵

- Por Resolución No. 2801 de 9 de noviembre de 1979, proferida por el Presidente de la República, fue escalafonada como oficial del cuerpo logístico, en el Ejército en la especialidad justicia.²⁶

- Por Decreto No. 1256 de 7 de julio de 1998, proferida por el Presidente de la República fue nombrada en propiedad como Magistrada del Tribunal Superior Militar, de la Quinta Sala la Coronel Lucy Eugenia Restrepo Sterling.²⁷

²³ Flios 335-339

²⁴ Flio 170

²⁵ Flios 6 - 83

²⁶ Flio 2-3

²⁷ Flio 4-5

- Por Decreto No. 001285 de 29 de julio de 2001, proferida por el Presidente de la República, se retiró del servicio activo del Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva y por solicitud propia, entre otros oficiales a la coronel Abogada Lucy Eugenia Sterling.²⁸

- Por Resolución No. 0627 de 14 de julio de 2003, proferida por la Ministra de Defensa Nacional, se prorrogó por una sola vez a partir del 16 de julio de 2003 y por el término máximo de cinco años, el periodo de los Magistrados que allí se relacionan entre ellos la demandante.²⁹

- El 24 de junio de 2008 radicó ante el Ministro de Defensa Nacional de la época solicitud de trámite de pensión, bajo el entendido de que el tiempo de servicio como militar, en total de 22 años, 1 mes y 19 días, le fue reconocido por la caja de sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y se acumula al servido como civil para un tiempo total efectivo de servicio de 28 años, 11 meses y 14 días, plantea además la posibilidad de renunciar a la asignación de retiro consolidada y reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Se acredita que para el 09 de octubre de 2008 tiene legalmente reconocida asignación de retiro en cuantía de CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS (\$4.173456.00)³⁰, que en términos del art. 164 del Decreto 1211 de 1990 se le reconoció tres meses después de alta a partir de la fecha que se causó la novedad de retiro, para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales.

- Por Resolución 3884 del 22 de octubre de 2001 proferida por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro de la señora Coronel LUCY EUGENIA RESTREPO STERLING a partir del 1 de octubre de 2001 en cuantía al 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo, incluyendo las partidas computables de acuerdo a la ley. Este acto administrativo fue modificado por la Resolución 5447 de 26 de diciembre de 2001 para incluir la partida de subsidio familiar como partida computable.³¹

²⁸ Flio 6

²⁹ Flio 7-8

³⁰ Flio 102 - 207

³¹ Flios 211-217

- Con fecha 13 de noviembre de 2008 en misiva dirigida al Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa nacional, complementando el derecho de petición presentado, pone en conocimiento situación decidida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y solicita por derecho a la igualdad y favorabilidad se le reconozca la pensión de jubilación a la que estima tiene derecho.³²

- Mediante fallo del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal de fecha 29 de abril de 2009³³, se tuteló el derecho fundamental de petición de la aquí demandante, ordenando al Ministerio de Defensa que en el término de diez días proceda a resolver la solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación reclamada por la accionante.³⁴

- Por Resolución No. 1415 de 15 de mayo de 2009 proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional, declaró que no hay lugar a reconocer ni ordenar pagar suma alguna por concepto de pensión mensual de jubilación a favor de la ex Magistrada del Tribunal Superior Militar Lucy Eugenia Restrepo Sterling, considerando que mediante Acto Administrativo No. 3228 del 23 de agosto de 2002 ese Ministerio declaró que no es procedente acceder favorablemente a lo pretendido por la ex-Magistrada en lo que respecta a aplicar en su favor el régimen del Decreto Ley 1214 de junio 8 de 1990, como norma para el reconocimiento pensional por los tiempos de servicios prestados en su calidad de Militar y como funcionaria civil al servicio de la Justicia Penal militar, decisión confirmada con Resolución No. 2055 de octubre 23 de 2003, proferida por el mismo Ministerio de Defensa Nacional.

- El 8 de junio de 2009 radicó recurso de reposición contra la Resolución anterior.³⁵

Se prueban los siguientes nombramientos efectuados a la demandante:

1. Decreto No. 3054 del 10 de diciembre de 1979 nombra a la teniente

³² Flios 42-44

³³ Dentro del radicado 1100122040002009-00983-00 (042-09)

³⁴ Flios 50-55

³⁵ Flio 66-82

Abogada Restrepo Sterling como Juez 27 de Instrucción Penal Militar en el grado 17 de la Sexta Brigada.

2. Decreto No. 3705 del 24 de diciembre de 1981 Juez 11 de Instrucción Penal Militar.

3. Decreto No. 612 del 14 de marzo de 1984 como Juez 27 de Instrucción Penal Militar.

4. Resolución No. 6994 del 19 de diciembre de 1985 nombra a la Capitán Lucy Eugenia Restrepo Auditora Auxiliar 30 de Guerra en el grado 17 de la Quinta Brigada.

5. Resolución No 5567 del 10 de agosto de 1987, nombra a la teniente Coronel como Auditora Principal de Guerra en el Grado 18 de la Quinta Brigada.

6. Resolución No. 08383 del 30 de julio de 1993, la nombra como Auditora de Guerra Superior del Comando General de las Fuerzas Militares.

7. Resolución No. 01063 del 16 de diciembre de 1996, nombra como Auditora Superior de Guerra del Comando del Ejército.

8. Decreto No. 1256 del 7 de julio de 1998 nombra a la Coronel abogada como Magistrada del Tribunal Superior Militar como integrante de la Quinta Sala para el periodo de cinco (5) años.

9. Resolución No. 0627 del 14 de julio de 2003 prorroga por una sola vez a partir del 16 de julio de 2003, por término de cinco años como integrante de la Segunda Sala del Tribunal Superior Militar a la Coronel en retiro Lucy Eugenia Restrepo Sterling.³⁶

Así las cosas, para el 1º de abril de 1994, cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993 la demandante se encontraba en servicio como militar, luego era beneficiaria del régimen exceptuado y excluida del régimen de transición. Para el reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2001 se le tuvo en cuenta el tiempo laborado como militar, que en todo caso no es factible computar nuevamente o tener en cuenta para acceder a un reconocimiento pensional que no es propio con dicho tiempo, porque para acceder a la pensión de jubilación en términos del estatuto de personal civil, si fuera aplicable a la actora, requería en primer lugar haber accedido al cargo en su condición de civil con anterioridad a la

³⁶ Flio 84-85

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993³⁷ y en segundo lugar haber completado los veinte años continuos o discontinuos en tal condición, esto es, como civil.

La vinculación para determinar **el régimen pensional aplicable a la demandante está determinado por el acto administrativo de nombramiento como Magistrada del Tribunal Superior Militar** surtido mediante Decreto No. 1256 del 7 de julio de 1998 nombra a la Coronel abogada como Magistrada del Tribunal Superior Militar como integrante de la Quinta Sala para el periodo de cinco (5) años **y su posesión en ese cargo** llevada a cabo en la misma época.

Como se trata de cargo de periodo fijo el régimen jurídico difiere con relación a los restantes cargos de la justicia penal militar, por tener vocación de permanencia limitada en el tiempo, por tanto el que haya continuado prestando su servicio como civil para culminar el periodo para el cual fue nombrada Magistrada en nada influye para variar al régimen civil y pretender computar tiempo en esta condición.

Debe recordarse que el retiro como militar se produjo a partir del día 1 de julio de 2001, y desde el 1 de octubre se le reconoció asignación de retiro para la que se le computó un total de 22 años, 1 mes y 19 días, tiempo que en todo caso no es posible computar al servido como civil en cargo de periodo para acceder a la pensión de jubilación solicitada, porque de un lado la feha de vinculación como magistrada lo fue en su condición de militar condición tenida en cuenta para el reconocimiento del regimen pensional aplicable, y porque para acceder a la pensión de jubilación solicitada requería cumplir las previsiones del art. 98 o 99 del Decreto 1214 de 1990 en el entendido que su vinculación como civil se diera con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, supuesto factico que no se presenta en este caso.

Tampoco es posible tener en cuenta el tiempo desempeñado como civil para un reajuste de la asignación de retiro, dado que esta prestación no es reajutable por servicios prestados a entidades de derecho público por expresa prohibición del Decreto 1211 de 1990.³⁸

Con esta argumentación la Sala rectifica y clarifica lo atinente a la aplicación de

³⁷ DIARIO OFICIAL. AÑO CXXIX. N. 41148. 23, DICIEMBRE, 1993

³⁸ Art 175 Decreto 1211 de 1990.

estos dos regímenes en materia pensional frente al reconocimiento de pensión en los casos de ausencia de asignación de retiro o pensión militar y en caso de existir previamente dicho reconocimiento, teniendo en cuenta la vigencia de la Ley 100 de 1993 para efectos de la transición temporal prevista para el régimen del Decreto 1214 de 1990.³⁹

Resultan suficientes estas argumentaciones para revocar la sentencia recurrida, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, anotando que resulta procedente esta decisión en respeto de la supremacía constitucional y legal cuya salvaguarda debe ser respetada por el Juez de la Administración.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCASE la sentencia de 11 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección F de Descongestión, que accedió a las súplicas de la demanda dentro de la acción de nulidad y restablecimiento interpuesta por LUCY EUGENIA RESTREPO STERLING en contra del Ministerio de Defensa Nacional.

SEGUNDO: En su lugar, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

³⁹ En sentencia de esta Sección Subsección B (N.I 2578-2007) de fecha 30 de septiembre de 2010 se sostuvo con supuestos factios diversos a los aquí presentados, tesis contraria.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO