

**RECURSO DE APELACION POR ADHESION – Alcance / RECURSO DE APELACION POR ADHESION – Es dependiente del principal / RECURSO DE APELACION POR ADHESION – Se afecta por el desistimiento del principal / ADICION DE LA SENTENCIA – Solicitud por el apelante adhesivo. Procedencia**

En los términos del artículo 353 del C.P.C., el recurso de apelación por adhesión, admitido en esta instancia mediante auto de 14 de junio de 2006, se entiende interpuesto “en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable” a quien hace uso de él. A su turno, debe agregarse que este recurso, interpuesto por quien dejó pasar el término inicial establecido para ejercerlo, es dependiente de uno principal, el cual si debió incoarse dentro de los términos iniciales legales fijados por el legislador; y en tal condición puede aseverarse que está supeditado, procesalmente, a la suerte del mismo. En este sentido, v. gr., si el apelante principal desiste de su recurso igual suerte correrá el recurso interpuesto por adhesión. En el caso sub examine la parte actora, quien hizo uso del recurso de apelación por adhesión, solicitó la adición de la sentencia del Tribunal, en cuanto no se pronunció de fondo sobre los derechos derivados del Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, y su modificación, en algunos aspectos relativos al porcentaje de la prestación de jubilación reconocida. En principio, frente a dichos planteamientos, debe admitirse que de conformidad con lo establecido en el artículo 311 del C.P.C., la adición de una sentencia procede siempre que la persona perjudicada haya apelado o adherido a la apelación; y, como en el presente asunto se presentó dicha adhesión al recurso interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional sería viable analizar el aspecto alegado por la parte actora.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO DE PROCEDIMEINTO CIVIL – ARTICULO 353 / CODIGO DE PROCEDIMEINTO CIVIL – ARTICULO 311

**SUCESION PROCESAL – Causales / SUCESION PROCESAL – Efectos**

De conformidad con lo establecido en el artículo 60, inciso 1º del C.P.C., fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. A su turno, según lo dispuesto en el artículo 62 ibídem, los sucesores tomaran el proceso en el estado en que se halle al momento de su intervención.

**RECONOCIMIENTO DE SUCESION PROCESAL A CONYUGE Y COMPAÑERA PERMANENTE – No otorga titularidad sobre los derechos derivados del causante**

En esta instancia, luego de elevada solicitud formal, mediante auto de 14 de junio de 2006 se admitió a la señora Edna Zuleth Rojas Rojas como sucesora procesal del actor, en calidad de compañera permanente. Posteriormente, mediante auto de 13 de agosto de 2008, se admitieron como sucesoras procesales a Clara Elena Brito Medina, en condición de cónyuge supérstite, y a Paula Patricia Bernal de la Fuente y Sandra Milena Bernal Brito, como hijas del causante. Esta condición de sucesores procesales, sin embargo, no otorga titularidad alguna sobre los valores que puedan generarse a favor del causante dentro del presente litigio y que deban ingresar a su sucesión ni sobre una posible sustitución pensional.

**ESTATUTO DE PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA – Regulación legal. Régimen Especial / REGIMEN PRESTACIONAL DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y LA POLICIA NACIONAL - Regulación. Régimen especial. Aplicación**

Que 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; y, (ii) que 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.

**FUENTE FORMAL:** LEY 66 DE 1988 / LEY 1211 DE 1990 – ARTICULO 163 / LEY 1214 DE 1996 – ARTICULO 98 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 217 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 274

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la aplicación del régimen especial al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, se cita sentencia de la Corte Constitucional de 28 de noviembre de 1996, Radicación C-665, Ponente: Hernando Herrera Vergara

**ASIGNACION DE RETIRO – Es compatible con las pensiones de derecho público. Requisitos / PENSION MILITAR – Compatibilidad con las pensiones de derecho público. Requisitos**

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.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la compatibilidad de la asignación de retiro y la pensión de jubilación militar con las pensiones de derecho público, se cita concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de 23 de 1998, Radicación 1143, Ponente: César Hoyos Salazar

**REGIMEN PENSIONAL DE EMPLEADO CIVIL DE PERIODO FIJO DEL MINISTERIO DE DEFENSA – Se determina por la fecha de nombramiento y posesión / PENSION DE JUBILACION CIVIL DE FISCAL DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR - Reconocimiento acumulando tiempo laborado en las fuerzas militares**

Frente a dichas premisas cabe preguntarse: (i) 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 (ii) qué debe entenderse por “vinculación” para efectos de determinar si un empleado civil se encuentra cobijado por el Decreto 1214 de 1990, a la luz de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993?. En razón a que al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se le permite acumular todo el tiempo que como servidor público hubiera laborado así como semanas, de conformidad con lo establecido en los artículos 13, literal f) y 33 ibídem, en virtud del principio de favorabilidad sería viable que al personal que lo cobija el Decreto 1214 de 1990 también pueda acumular tiempo como militar al servicio de las Fuerzas Militares y como público civil al servicio del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. La Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó que entrándose de un cargo de periodo fijo legal, como lo era el del actor, fiscal de la justicia penal militar, 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. Esta

consideración frente a cargos de periodo fijo también será acogida por la Sala en la medida en que, por un lado, permite que el tiempo de servicio laborado en cumplimiento de un periodo legal con posterioridad al retiro del servicio militar pueda acumularse para efectos pensionales y que lo sea de forma efectivamente viable; y, por el otro, dadas las condiciones del personal de período fijo legal, dicha interpretación atiende al principio de favorabilidad y no desconoce en forma alguna lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues en todo caso, bajo la connotación que se le da al término “vinculación”, lo importante es que lo sea con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por lo expuesto, entonces, es viable, tal como lo dispuso el *a quo*, acceder al reconocimiento de la pensión civil de jubilación en los términos del artículo 98 y concordantes del Decreto 1214 de 1990.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre la forma como se establece el vínculo laboral en las Fuerzas Militares y de Policía, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto de 12 de febrero de 2002, Radicación 1143, MP. César Hoyos Salazar

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1214 DE 1990 – ARTICULO 98 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 279

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **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**

## **AUTORIDADES NACIONALES**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante<sup>1</sup> y la Nación, Ministerio de Defensa Nacional contra la sentencia de 22 de enero de 2004, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de

---

<sup>1</sup> Mediante escrito de 25 de octubre de 2004 la parte actora adhirió al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del *a quo* por la Nación, Ministerio de Defensa Nacional (fl. 448 del cuaderno principal); el cual fue admitido por esta Subsección mediante auto de 14 de junio de 2006 (fls. 632 a 634 del cuaderno principal).

Descongestión, Sección Segunda, Subsección D, declaró no probada la excepción de caducidad propuesta por las entidades demandadas y accedió a las súplicas de la demanda incoada por Luis Alfonso Bernal Sánchez contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

## LA DEMANDA

**LUIS ALFONSO BERNAL SÁNCHEZ**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución N° 07259 de 19 de junio de 1997, expedida por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto le negó el reconocimiento y pago de la pensión civil de jubilación.

- Oficio N° 6401 MDJNG-869 de 19 de agosto de 1997, suscrito por el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual le rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución anteriormente indicada.

- Resolución N° 10878 de 26 de agosto de 1997, proferida por la misma autoridad, mediante la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión.

- Resolución N° 0525 de 20 de abril de 1995, expedida por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual le fue reconocida la asignación de retiro.

- Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, proferido por el Jefe del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto se negó a accederle al pago de lo solicitado en vía gubernativa y a la reliquidación o reajuste de sus prestaciones sociales y de la pensión de jubilación aquí reclamada.

- Del silencio administrativo negativo consecuencia de la falta de respuesta a la petición de 25 de noviembre de 1997, en razón a que mediante el Oficio anteriormente citado la Entidad no resolvió de fondo lo reclamado.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reconocerle y pagarle la pensión civil de jubilación, en un monto equivalente al 81% de todo devengado en el cargo de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar, con incrementos y retroactividad al 22 de enero de 1997, o subsidiariamente a partir del 1º de febrero de 1995, de conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 103 del Decreto 1214 de 1990.

- Revocarle el reconocimiento de la asignación de retiro a partir del momento en que se le reconozca la pensión civil de jubilación, con el objeto de no incurrir en incompatibilidad alguna.

- Reconocerle y pagarle las diferencias entre lo devengado por concepto de asignación de retiro y la pensión civil de jubilación aquí reclamada, a partir del 1º de febrero de 1995, o subsidiariamente a partir del 22 de enero de 1997.

- Reliquidarle las prestaciones sociales reconocidas mediante la Resolución No. 04770 de 12 de mayo de 1995, expedida por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional, teniendo en cuenta para el efecto todo lo percibido como Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar al 22 de enero de 1997, o subsidiariamente al 1º de febrero de 1995.

- Reconocerle y pagarle las diferencias de lo devengado por prestaciones sociales con fundamento en la Resolución No. 04770 de 12 de mayo de 1995 y lo ordenado mediante esta providencia.

- Reconocerle y pagarle sobre la suma adeudada el ajuste de valor, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A.

- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Ingresó el 7 de enero de 1975 al servicio de la Armada Nacional, al cargo civil de Especialista Grado Cuarto - Profesional Abogado, en virtud del nombramiento efectuado a través de la Resolución No. 096 del mismo año.

El 1º de mayo de 1975 ingresó al escalafón en el Grado de Teniente de Corbeta, con lo cual adquirió la calidad de militar. Al final de su carrera ostentó el grado de Capitán de Corbeta.

El 1º de febrero de 1995 se retiró del servicio activo por solicitud propia, de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 992 de 1995.

Lo anterior evidencia que inicialmente laboró como civil al servicio del Ministerio de Defensa, por un periodo de 3 meses y 23 días, y posteriormente como militar, durante 19 años y 9 meses.

Mediante el Decreto 1176 de 25 de junio de 1993 el Ministerio de Defensa Nacional lo nombró como Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar, a partir del 15 de julio de 1993 y por un periodo de 5 años, con lo cual le dio nuevamente la calidad de empleado civil.

Por Resolución No. 88 de 13 de julio de 1993, proferida por el Presidente de la República, se confirmó su nombramiento en el cargo anteriormente referido.

A partir del 1 de febrero de 1995 cesó su condición de militar, continuando con la de empleado civil en el cargo de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar.

Encontrándose aún vinculado a la Armada Nacional en condición de militar le solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento de la asignación de retiro.

Mediante Resolución No. 0525 de 20 de abril de 1995 la citada Caja le reconoció la prestación reclamada, a partir del 2 de mayo de 1995, en una cuantía equivalente al 70% del sueldo en actividad devengado por un Capitán de Fragata.

Sin solución de continuidad, y como civil, continuó en el cargo de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar hasta el 22 de enero de 1997, fecha en que le fue suprimido su cargo mediante los Decretos 2338 de 1996 y 113 de 1997.

Mediante escrito de 20 de enero de 1997 le solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aceptarle la renuncia condicionada de su asignación de retiro, con el objeto de sustituirla por la pensión civil de jubilación. En la misma fecha elevó petición similar al Ministerio de Defensa Nacional.

Por Resolución No. 0198 de 6 de febrero de 1997 se le aceptó la renuncia a la prestación referida, se le compelió a reintegrar los dineros que hubiera recibido y fueran incompatibles con la pensión de jubilación civil a cargo del Ministerio de Defensa Nacional y se ordenó la suspensión provisional del pago de la asignación de retiro a partir del 1º de febrero de 1997.

El 29 de mayo de 1997 nuevamente solicitó la sustitución de su pensión civil de jubilación por la asignación de retiro, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Por Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997, artículo 4º, el Ministerio de Defensa Nacional no reconoció la pensión reclamada.

Interpuestos los recursos de reposición y, en subsidio, apelación<sup>2</sup> contra la anterior decisión, mediante el Oficio No. 6401 MDJNG-869 de 19 de agosto de 1997 y la Resolución No. 10878 de 26 de agosto del mismo año, se rechazó el recurso de apelación y se confirmó, en sede de reposición, la Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997, respectivamente.

Del contenido de los actos referidos se infiere que el Ministerio de Defensa Nacional entiende que lo pretendido es continuar devengado la asignación de retiro, sin embargo, en reiteradas oportunidades, ha manifestado a la Caja de Retiro y al Ministerio de Defensa Nacional que una vez se produzca el reconocimiento de la pensión de jubilación renuncia a la asignación de retiro.

Nació el 4 de agosto de 1940, razón por la cual puede concluirse que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 50 años de edad.

En los mismos términos que procede el reconocimiento de la pensión de jubilación teniendo en cuenta su vinculación como Fiscal Noveno del Tribunal Superior

---

<sup>2</sup> Presentado en documento anexo el 31 de julio de 1997.

Militar, procede la reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas mediante la Resolución No. 04770 de 12 de mayo de 1995<sup>3</sup>.

### **LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

De la Constitución Política, los artículos 25, 48, 53 y 58.

De la Ley 100 de 1993, el artículo 36.

Del Decreto 1214 de 1990, el artículo 98.

Consideró la parte actora que las normas anteriormente referidas fueron vulneradas por la parte demandada, por cuanto:

El trabajo, según lo establecido en el artículo 25 de la Constitución Política, goza de todas las modalidades de protección por parte del Estado; y en el presente asunto, a pesar de haber acreditado los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y serle más favorable, se le negó el reconocimiento incoado.

La seguridad social, según lo dispuesto por el artículo 48 ibídem, es un servicio público de carácter obligatorio que se presta por el Estado en los términos definidos por la Ley; a pesar de dicha sujeción a la ley, en el presente asunto no se le reconoció la pensión de jubilación ordenada por el Decreto 1214 de 1990. Puntualizó la parte actora: “Si la seguridad Social a que se contrae la Pensión de Jubilación está sujeta a la ley y el actor cumple con los requisitos que ella exige, es lo que me permite afirmar que el artículo 48 de la Carta en cita, invocado como quebrantado, lo es, pues no se han respetado las perentorias exigencias de la ley para proceder a la sustitución pensional pretendida.”.

Mediante los actos acusados, además, se han vulnerado varios de los principios mínimos contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política, por cuanto, dejando en claro que lo que se pretende es la sustitución de la asignación de retiro por la pensión de jubilación y no acceder simultáneamente a las dos, como lo ha interpretado el Ministerio de Defensa Nacional, ha de observarse que el derecho a

---

<sup>3</sup> Es de anotar que algunos de los hechos y actos demandados fueron incluidos mediante escrito de adición de demanda del 10 de junio de 1998, adición que fue admitida mediante auto de 13 de julio de 2000. Sin embargo, con anterioridad a esta providencia la parte actora insistió en su adición de demanda, agregando como hecho nuevo el fallecimiento del señor Luis Alfonso Bernal Sánchez el 1º de junio de 1998.



dicha sustitución es irrenunciable y en su definición debe primar el principio de favorabilidad; a pesar de lo cual el Ministerio ha negado el derecho reclamado.

Las entidades demandadas, adicionalmente, lesionaron el artículo 58 de la Carta Fundamental, en cuanto contando con un derecho adquirido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 lo desconocieron.

También quebrantaron los artículos 36 y 279 de la Ley 100 de 1993, en tanto al haberse vinculado al Ministerio de Defensa Nacional con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma, sin solución de continuidad, está cobijado por el Decreto 1214 de 1990; cuerpo normativo que, además, también ha sido vulnerado al no haberse aplicado a su situación prestacional.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3º, 6º y 10º inciso final ibídem, el personal vinculado a la Justicia Penal Militar y los Fiscales del Tribunal Superior Militar son empleados civiles, razón por la cual puede sostenerse que una vez se vinculó a dicho cargo ostentó las dos condiciones: militar en servicio activo y civil. Al respecto precisó:

“Tan cierto es lo anteriormente afirmado, que el demandante cuando fue nombrado y confirmado para el cargo de Fiscal Noveno ante el Tribunal Superior Militar, tomó la debida posesión, como se encuentra acreditado tanto en su Hoja de Servicios Militares, en su Hoja de Vida, como en el expediente contentivo de su Asignación de Retiro, dando pleno cumplimiento a las previsiones del artículo 15 ibídem. Confirma el hecho de que el actor tuvo la doble condición de civil y militar, la circunstancia específica de haber sido retirado del cargo de Fiscal Noveno ante el Tribunal Superior Militar “Por supresión del cargo”, causal de retiro prevista en el artículo 24 del Decreto 1214 de 1990, literal g), que para estos efectos específicos tiene su concordancia con lo decidido en el Decreto expedido por el Gobierno Nacional bajo el No. 113 de Enero 16 de 1.997.”.

En virtud del principio de favorabilidad la parte demandada ha debido entender que si había laborado en dos oportunidades como empleado civil y acumulaba más de 20 años de servicios en el Ministerio de Defensa, era viable acceder al reconocimiento pensional incoado a la luz de lo consagrado en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Finalmente, agregó el señor Bernal Sánchez, el Consejo de Estado ha admitido dicha sustitución pensional, entre otras, en sentencia de 22 de abril de 1983, expediente 10912, actor: Napoleón Acosta Gualtero.

### **LA SENTENCIA RECURRIDA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección D, mediante sentencia de 22 de enero de 2004, decidió (fls. 401 a 424 del cuaderno principal):

- Declarar no probada la excepción de caducidad propuesta por las entidades demandadas;
- Declarar no configurado el silencio administrativo negativo respecto del Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998;
- Declarar la nulidad de la Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997 y del Oficio No. 6401-MDJNG-869 de 19 de agosto de 1997, por la cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación; y,
- En consecuencia, ordenó el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos establecidos en los artículos 98 y 102 del Decreto 1214 de 1990, a partir del 22 de enero de 1997.

Fundamentó su decisión, en los siguientes argumentos:

En cuanto a la excepción de caducidad propuesta por las entidades demandadas frente a las Resoluciones Nos. 525 de 20 de abril de 1995 y 04770 de 12 de mayo del mismo año, debe resaltarse que lo allí determinado, esto es la asignación de retiro, no es incompatible con lo definido adversamente mediante las resoluciones demandadas; razón por la cual la excepción no tiene vocación de prosperidad.

Ahora bien, no es viable declarar la figura del silencio administrativo negativo sobre el Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, en cuanto al mismo debe dársele la connotación de un mero acto de trámite.

En cuanto al fondo del asunto, sostuvo el a quo, que:

De los actos demandados se deduce que el Ministerio de Defensa Nacional le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación al actor por cuanto consideró la

incompatibilidad de los Regímenes contenidos en los Decretos 1211 y 1214 de 1990.

Al respecto, debe resaltarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, así como el del personal regido por el Decreto 1214 de 1990, siempre y cuando se hubiera vinculado con anterioridad a la vigencia de la misma Ley, está exceptuado de la aplicación del Régimen General de Pensiones.

El Decreto 1211 de 1990, artículo 175, por su parte, estableció la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público; así mismo, se estableció la incompatibilidad entre las asignaciones de retiro y las pensiones militares, las cuales tampoco son reajustables, razón por la cual el interesado puede optar por la más favorable.

A su turno, el Decreto 1214 de 1990 regula el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional, estableciendo en sus artículos 98 y 99 los supuestos bajo los cuales se puede acceder a una pensión de jubilación. Concluyó el Tribunal:

“Del conjunto de normas examinadas se puede inferir que aquellas personas que fueron retiradas con derecho a la asignación de retiro y posteriormente se vincularon al Ministerio de Defensa como empleados públicos, pueden optar por renunciar a la asignación de retiro para obtener la pensión de jubilación.”.

Adicionalmente, teniendo en cuenta lo manifestado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 23 de septiembre de 1998, C.P. doctor César Hoyos Salazar, puede concluirse que los exmilitares con asignación de retiro que continúan desempeñándose en un cargo en la Justicia Penal Militar tienen derecho a sustituir su asignación por pensión, si se acreditan los requisitos establecidos en el Decreto 1214 de 1990 y su vinculación es anterior al 23 de diciembre de 1993.

Revisada la hoja de vida del actor, se establece claramente que acredita el tiempo requerido para acceder a la pensión de jubilación a partir del 22 de enero de 1997,

con las partidas de que trata el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990. Al respecto manifestó:

“Es así como al revisar su hoja de servicios distinguida con el No. 067 de 1995 se tiene que desde su vinculación como especialista cuarto hasta su retiro en el grado de Capitán de Fragata, 10 de febrero de 1995, el actor prestó sus servicios por espacio de 20 años, 7 meses y 4 días (fl. 280). A partir del 15 de julio de 1993 el demandante prestó sus servicios ante el Ministerio de Defensa hasta su retiro definitivo del cargo, 22 de enero de 1997 (fl 179), por tanto el tiempo de servicio como civil, contado a partir de la fecha de su retiro del servicio activo (01 de febrero de 1995) es de 1 año, 11 meses y 21 días, para un total de tiempo de servicio de 22 años, 6 meses y 26 días.”.

Finalmente, el Tribunal consideró encontrarse relevado de efectuar un análisis sobre la sustitución procesal solicitada por el apoderado del actor, al haberla iniciado motu proprio.

### **EI RECURSO DE APELACIÓN**

El Ministerio de Defensa Nacional y la parte actora, de forma adhesiva, interpusieron recurso de apelación contra la decisión del a quo, con los siguientes argumentos:

- El Ministerio de Defensa Nacional

A la luz de lo establecido en los Decretos 1211 y 1214 de 1990, los regímenes especiales para los miembros de las fuerzas militares y civiles de las mismas, respectivamente, obedecen a razones especiales y son excluyentes entre si. Preciso.

“Desde este punto de vista hay que interpretar que tratándose de regímenes especiales resultan ser “excluyentes” y que sobre este particular hay que entender que no se permite optar por el fenómeno de la inescindibilidad de la norma, es decir que no se permite adoptar de cada uno de estos regímenes lo que se considere más favorable para el actor.”.

En el presente asunto el actor inició el periodo como Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar el 15 de julio de 1993 y se retiró del servicio activo como militar el 1º de febrero de 1995. A partir de dicho momento, sin embargo, continuó desempeñando el mismo cargo como civil; en consecuencia, en razón a que gozó

de la calidad de civil sólo a partir del 1º de febrero de 1995, momento para el cual ya había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, ha de concluirse que el régimen aplicable al mismo es el contenido en la última norma referida y no el establecido en el Decreto 1214 de 1990. Puntualizó:

“En este orden de ideas se estima que no se puede hacer extensivo el beneficio de una pensión de jubilación a favor del actor, puesto que se desconocen de plano las disposiciones legales que sobre el particular domina la Ley 100 de 1993, la cual si resulta aplicable para el actor y la cual establece otras reglas de juego con el fin de acceder a una pensión de jubilación por parte de los empleados civiles al servicio de las fuerzas Militares.”.

Finalmente, es de resaltar que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del C.C.A., no son obligatorios; razón por la cual, so pena de violar lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, no puede dejarse de aplicar lo establecido en la Ley 100 de 1993.

- La parte actora:

Solicitó que se revoque la decisión del Tribunal de no declarar el silencio ficto negativo frente al Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998 o de no declarar la nulidad del mismo, y que se efectúe un pronunciamiento expreso favorable sobre los derechos incoados frente a dicho acto administrativo, por cuanto el a quo lo omitió. Al respecto agregó:

“... si se ordena el reconocimiento y pago de su pensión jubilatoria como civil de Mindefensa, a lo que accedió el fallo en la parte no impugnada, en igualdad de circunstancias procede la reliquidación de sus prestaciones sociales, pues tiene las mismas razones de hecho y de derecho que determinaron el otorgamiento de la pensión jubilatoria como civil del Ministerio de Defensa Nacional, que como ya lo dije, accedió el fallo impugnado parcialmente.”.

Adicionalmente, solicitó que se revoque o adicione el fallo recurrido en el sentido de ordenar que la pensión de jubilación se conceda en un porcentaje del 81%, en atención al tiempo adicional a los 20 años de servicio, de conformidad con lo establecido en los artículos 98, 102 y 103 del Decreto 1214 de 1990.

## **INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, mediante alegato No. 060 de 15 de marzo 2007, intervino para solicitar que se defina la sustitución procesal obrante dentro del proceso y se adicione la sentencia recurrida, con el objeto de precisar el momento hasta el cuál llega el restablecimiento del derecho y a quién se le reconoce el mismo. Para el efecto argumentó (fls. 666 a 682 del cuaderno principal):

- Respecto a la definición de la sucesión procesal:

De conformidad con la prueba obrante dentro del expediente y lo dispuesto en el artículo 60 del C.P.C., le corresponde suceder procesalmente al señor Luis Alfonso Bernal Sánchez, quien falleció el 1º de junio de 1998, a la señora Clara Brito, en calidad de cónyuge supérstite, y a Paula Patricia Bernal de la Fuente y Sandra Milena Bernal Brito, en condición de hijas. Agregó:

“No comparte este despacho la admisión como sucesora procesal, realizada por parte del H. Consejero Ponente, de la señora Edna Zuleth Rojas, en su condición de compañera permanente del accionante, toda vez que a pesar de dicha calidad, claramente el artículo 60 del C.P.C., prevé que en el evento en que el demandante fallezca, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea de tenencia, los herederos o el correspondiente curados, calidad que no ostenta la mencionada ciudadana.”.

- En cuanto al fondo del asunto:

Teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 130, 163 y 175 del Decreto 1211 de 1990 y 1º, 2º, 3º, 4º y 98 del Decreto 1214 del mismo año y el material probatorio allegado al expediente, se puede concluir que al señor Bernal Sánchez le asiste el derecho a optar por la prestación que le sea más favorable.

Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990, lo que se prohíbe es que un militar que se haya desempeñado como civil devengue al mismo tiempo asignación de retiro y pensión de jubilación.

Debe resaltarse que el señor Bernal Sánchez ostentó la calidad de civil y militar al mismo tiempo desde el 15 de julio de 1993, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º del Decreto 1214 de 1990, y a partir del 1º de febrero de 1995 sólo la de civil, por lo cual es procedente que reclame y obtenga el reconocimiento pensional en los términos del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

En el presente asunto, continuó la Agencia Fiscal, no es viable predicar la aplicabilidad del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que el actor entró a desempeñar el cargo de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar desde antes de su entrada en vigencia, esto es, desde el 15 de julio de 1993. Al respecto precisó:

“Así las cosas, es claro que desde la vinculación como empleado civil del Ministerio de Defensa Nacional, las situaciones administrativas y prestacionales del demandante se rigen por el Decreto 1214 de 1990, por lo tanto no es posible aplicar en el caso sub examine la Ley 100 de 1993, como lo consideró el ministerio demandado.”.

Sobre este tópico es necesario remitirse a lo sostenido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 23 de septiembre de 1998, C.P. doctor César Hoyos Salazar.

Ahora bien, agregó el Ministerio Público, para determinar el monto pensional debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990. Adicionalmente debe anotarse que el Ministerio de Defensa Nacional puede repetir contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares para financiar la prestación.

Respecto a la apelación adhesiva, sostuvo la Agencia Fiscal:

“De igual manera, es necesario clarificar que esta agencia del Ministerio Público, cree que es improcedente la apelación adhesiva del apoderado del actor, por no estar contemplada dicha figura en el Código Contencioso Administrativo, compendio normativo que regula de manera expresa e íntegra el recurso de apelación, por lo que no es posible aplicar el principio de analogía o integración con las normas del Código de Procedimiento Civil; entonces, no se presenta vacío alguno para que se aplique el artículo 353 del C.P.C.”.

En cuanto al reconocimiento de la pensión de jubilación, considera el Ministerio Público, debe limitarse al 1º de junio de 1998, fecha en que falleció el señor Bernal Sánchez, sin perjuicio del derecho a que haya lugar respecto a la sustitución pensional. Continuó:

“También, hay que precisar que el restablecimiento debe ser reconocido a quienes acreditaron la calidad de herederos y cónyuge del demandante, en virtud de la sucesión procesal.”.

Finalmente, agregó la Procuraduría Segunda Delegada, no hay razón para declarar la ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse demandado los actos administrativos a través de los cuales se sustituyó la asignación de retiro, en tanto ellos son autónomos e independientes al asunto aquí debatido.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### Cuestión Previa

Previamente a definir el problema jurídico por resolver, la Sala analizará los siguientes aspectos necesarios para determinar la competencia dentro del recurso de alzada interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección D, de 22 de enero de 2004, así: i) De la viabilidad del recurso de apelación por adhesión; ii) De la naturaleza del Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998; y, iii) De la sucesión procesal.

i) De la viabilidad del recurso de apelación por adhesión.

Sostuvo el Ministerio Público, en su intervención ante esta instancia, que en razón a que el Código Contencioso Administrativo regulaba en su integridad el recurso de apelación y dentro de dicha normatividad no estaba prevista la figura por adhesión, el recurso presentado por la parte actora no era viable. Al respecto se precisan los siguientes aspectos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 267 del C.C.A. “En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo.”.

Por su parte, en los artículos 181, 212, 213 y 214 del C.C.A. se establecen algunos aspectos generales del recurso de apelación en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A pesar de ello, no puede anotarse que con dicha regulación se agota el recurso referido, pues, tal como lo dispone el artículo 267 en cita, en los aspectos no regulados por el mismo cuerpo normativo, **que sean compatibles con**



**esta jurisdicción**, son perfectamente aplicables las normas dispuestas en el C.P.C.

Tal es el caso del recurso de apelación por adhesión, el cual no riñe en ningún sentido con la naturaleza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en contrario la Agencia Fiscal tampoco expresó argumento alguno.

Sobre este tópico, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 1º de octubre de 2008, C.P. doctor Enrique Gil Botero, radicado interno No. 17070, se sostuvo:

“... Esta figura (el recurso de apelación por adhesión) está regulada en el art. 353 CPC, el cual aplica, por analogía -a falta de norma especial en el CCA-, a los procesos que se surten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”. Agregado fuera de texto.

Ahora bien, en los términos del artículo 353 del C.P.C., el recurso de apelación por adhesión, admitido en esta instancia mediante auto de 14 de junio de 2006 (fls. 632 a 634), se entiende interpuesto “en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable” a quien hace uso de él.

A su turno, debe agregarse que este recurso, interpuesto por quien dejó pasar el término inicial establecido para ejercerlo, es dependiente de uno principal, el cual si debió incoarse dentro de los términos iniciales legales fijados por el legislador; y en tal condición puede aseverarse que está supeditado, procesalmente, a la suerte del mismo. En este sentido, v. gr., si el apelante principal desiste de su recurso igual suerte correrá el recurso interpuesto por adhesión.

En el caso sub exámine la parte actora, quien hizo uso del recurso de apelación por adhesión, solicitó la adición de la sentencia del Tribunal, en cuanto no se pronunció de fondo sobre los derechos derivados del Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, y su modificación, en algunos aspectos relativos al porcentaje de la prestación de jubilación reconocida.

En principio, frente a dichos planteamientos, debe admitirse que de conformidad con lo establecido en el artículo 311 del C.P.C., la adición de una sentencia procede siempre que la persona perjudicada haya apelado o adherido a la apelación; y, como en el presente asunto se presentó dicha adhesión al recurso

interpuesto por el Ministerio de Defensa Nacional sería viable analizar el aspecto alegado por la parte actora. Sin embargo, previamente a establecer su operancia en el presente asunto, ha de establecerse la naturaleza del Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, aspecto que se pasa a abordar a continuación.

ii) De la naturaleza del Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998.

Con el objeto de entrar a definir este tópico debe reiterarse que la parte demandante solicitó<sup>4</sup> la nulidad del referido Oficio “en cuanto se negó a acceder a lo reclamado gubernativamente y en forma adicional respecto de la reliquidación o reajuste de las prestaciones sociales del demandante, como también de reliquidación o reajuste de la pensión jubilatoria pretendida a través del proceso de la referencia.”, y, declarar la nulidad del silencio administrativo ficto negativo en él contenido, ante la falta de respuesta a la reclamación elevada el 25 de noviembre de 1997, “toda vez que el oficio relacionado en la Pretensión anterior en absoluto resolvió acerca de lo reclamado gubernativamente.” (fls. 59 a 60 del cuaderno principal).

A su turno, lo reclamado por el señor Luis Alfonso Bernal Sánchez al Ministerio de Defensa Nacional en escrito radicado bajo el número 018931 del 25 de noviembre de 1997, de conformidad con la prueba documental obrante a folios 51 a 55 del cuaderno principal, fue:

- La reliquidación de las prestaciones sociales reconocidas mediante la Resolución No. 04770 de 12 de mayo de 1995, teniendo en cuenta para el efecto todos los haberes devengados en calidad de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar, al 22 de enero de 1997 o al 1º de febrero de 1995.
- La reliquidación, en el mismo sentido, de la pensión de jubilación reclamada con fundamento en lo establecido en el Decreto 1214 de 1990.

Es oportuno, asimismo, referir que en el Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, suscrito por el Jefe del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, se sostuvo (fl. 50 del cuaderno principal):

“En atención a la petición radicada en esta dependencia bajo el No. 18695, que trata sobre la reliquidación de cesantías y pensión de jubilación, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de la

---

<sup>4</sup> Específicamente en la adición a la demanda presentada el 10 de junio de 1998, admitida mediante auto del 13 de julio de 2000 (fl. 158 del cuaderno principal).

Constitución Nacional es pertinente comunicarle que mediante las Resoluciones Nos. 525, 4770 de 1995 y 7259 de 1997, este Ministerio se pronunció sobre las mismas pretensiones quedando debidamente ejecutoriada y agotada la vía gubernativa, no existiendo actuación administrativa alguna por adelantar por parte de este Ministerio.”.

Ahora bien, frente a las pretensiones dirigidas contra el referido Oficio consideró el Tribunal (fl. 415 del cuaderno principal):

“Frente al silencio administrativo negativo del **Oficio No. 926/MDLPS-177 del 4 de febrero de 1998**, para ésta (sic) Sala no hay lugar a ello, toda vez que dicho oficio es un acto de mero trámite que no define la litis del proceso.”.

Con fundamento en lo anterior, el a quo en la parte resolutive de la sentencia recurrida declaró “la no configuración del silencio administrativo negativo del Oficio ...”, conclusión que, valga la pena resaltar, no se compadece con el argumento en que se fundó, pues si la premisa era que el Oficio cuestionado era de mero trámite la decisión debió ser inhibitoria, y en esa medida podría concluirse que si no se obtuvo una respuesta de fondo a la reliquidación de las prestaciones sociales fue por dicha razón.

Sin embargo, así no lo hizo el Tribunal, razón por la cual se impone establecer la naturaleza del referido acto. Para el efecto, se efectúan las siguientes consideraciones:

Una vez el señor Luis Alfonso Bernal Sánchez se desvinculó del servicio activo, como militar, de la Armada Nacional, mediante Resolución No. 04770 de 12 de mayo de 1995, expedida por el Jefe de la División de Prestaciones Sociales, se le reconoció el auxilio de cesantía definitivo por el tiempo aproximado de 21 años de labores.

Contra dicho acto administrativo procedía el recurso de reposición, sin embargo, de conformidad con el material obrante dentro del expediente, dicho mecanismo de controversia en vía gubernativa no se ejercitó por el interesado.

Así mismo, una vez retirado del cargo de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar, en virtud de la supresión de su cargo, por Resolución No. 07259 de 19 de junio de 19 de junio de 1997 se le reconoció el auxilio de cesantía definitiva

adeudado por el lapso comprendido entre el 1º y el 22 de enero de 1997. Al respecto, se consideró en dicho acto (fls. 12 a 17 del cuaderno principal):

“Que el señor Fiscal del Tribunal Superior Militar LUIS ALFONSO BERNAL SÁNCHEZ, se acogió a la opción establecida en los Decretos Nos.57 y 110 de 1993.

Que el Ministerio de Defensa Nacional mediante las Resoluciones Nos. 11582 y 20446 de 1995 y 1996, respectivamente, incluidas en las Nóminas Nos. 2CJPM de 1995 y 1996, reconoció las cesantías correspondientes del 1º de febrero de 1995 al 31 de diciembre del mismo año y del 1º de enero al 31 de diciembre de 1996, las que fueron giradas a la Administradora de Fondos de Pensión y Cesantías HORIZONTE S.A.

(...)

En cuanto al auxilio de cesantía, entonces, es viable sostener que en razón a que no es una prestación periódica los actos que debieron impugnarse dentro de su oportunidad legal fueron los que le definieron su situación, primero por el tiempo de servicio prestado en calidad de militar y luego anualmente en condición exclusiva de civil; razón por la cual, debe concluirse que el Oficio demandado no generó la situación alegada como violatoria por el interesado sino los actos administrativos anteriores que, se reitera, no fueron demandados en este proceso. Incluso, vale la pena resaltar que de sostenerse que el acto administrativo a demandar era solamente la Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997, la cual si se demandó, debe manifestarse que no lo fue por el tópico relativo a las cesantías sino por la negativa del reconocimiento prestacional; razón por la cual, por esta vía se llega a idéntica conclusión.

Por lo anterior, el Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, frente a la reliquidación del auxilio de cesantía, no fue el acto que presuntamente la causó el perjuicio alegado por el actor, razón por la cual no era el llamado a ser demandado en los términos del artículo 137, numeral 2º del C.C.A.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de las demás prestaciones sociales, ha de sostenerse que, en primera instancia, el actor en su demanda no especifica frente a qué conceptos hace la reclamación y adicionalmente, no allegó los actos por los cuales se liquidaron, razón por la cual, el oficio referido tampoco tiene la virtualidad de definirle su situación y, por ende, no es viable efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el mismo.

En conclusión, deberá revocarse el literal segundo de la parte resolutive del fallo apelado, por el cual se declaró la no configuración del silencio administrativo negativo del Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, para, en su lugar, declarar inepta demanda frente al mismo, en atención a lo establecido en el numeral 2º del artículo 137 del C.C.A., y en consecuencia inhibirse la Sala para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el mismo.

Por esta razón, y no por omisión en la resolución de todos los puntos de la litis, la Sala se releva de efectuar un estudio de fondo sobre la reliquidación o reajuste prestacional solicitado por la parte actora.

### iii) De la sucesión procesal

De conformidad con lo establecido en el artículo 60, inciso 1º del C.P.C., fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

A su turno, según lo dispuesto en el artículo 62 ibídem, los sucesores tomarán el proceso en el estado en que se halle al momento de su intervención.

En el presente proceso el señor Luis Alfonso Bernal Sánchez falleció el 1º de junio de 1998 (fl. 92 del cuaderno principal).

A partir de dicho momento, en el curso de la primera instancia se allegó la documentación pertinente por diferentes interesados que alegaban su condición de cónyuge o compañera permanente e hijos.

El a quo, sin embargo, decidió no resolver el tópico referente a la sucesión procesal por considerar que dicha actuación se había iniciado motu proprio por el apoderado del actor.

En esta instancia, luego de elevada solicitud formal, mediante auto de 14 de junio de 2006 se admitió a la señora Edna Zuleth Rojas Rojas como sucesora procesal del actor, en calidad de compañera permanente (fls. 632 a 634 del cuaderno principal).

Posteriormente, mediante auto de 13 de agosto de 2008, se admitieron como sucesoras procesales a Clara Elena Brito Medina, en condición de cónyuge supérstite, y a Paula Patricia Bernal de la Fuente y Sandra Milena Bernal Brito, como hijas del causante (fls. 684 a 686 del cuaderno principal).

Esta condición de sucesores procesales, sin embargo, no otorga titularidad alguna sobre los valores que puedan generarse a favor del causante dentro del presente litigio y que deban ingresar a su sucesión ni sobre una posible sustitución pensional.

Finalmente, frente a este aspecto es de anotar que los autos por los cuales se admitieron a sucesores procesales dentro del presente litigio se encuentran en firme; razón por la cual, no pueden efectuarse consideraciones adicionales sobre la viabilidad v. gr, de admitir a la compañera permanente o no en tal condición, como lo sugiere el Ministerio Público en su intervención en esta instancia.

Efectuado el anterior análisis, la Sala procede a evaluar de fondo el asunto sometido a consideración.

### **Del fondo del asunto**

En los términos expuestos, entonces, el problema jurídico a resolver por esta Sala se contrae a establecer si el señor Luis Alfonso Bernal Sánchez tiene derecho a obtener la sustitución de la asignación de retiro, reconocida a la luz de lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, por la pensión de jubilación, regulada en el Decreto 1214 de 1990, artículo 98 y concordantes.

Para el efecto, se analizará la legalidad de las Resoluciones Nos. 07259 de 19 de junio de 1997 y 10878 de 26 de agosto del mismo año, en el siguiente orden: (I) Marco normativo y jurisprudencial; y, (II) Del caso concreto.

#### (I) Marco normativo y jurisprudencial

Con fundamento 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 y 1214 de 8 de junio de 1990.

A través de los mencionados cuerpos normativos reguló, respectivamente, el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y el estatuto y régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

Aun cuando, evidentemente, 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.

Tal 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 expresa orden constitucional<sup>5</sup>.

Contrariamente, el régimen especial del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional no fue considerado por el Constituyente de 1991 como tal; razón por la cual, a diferencia del anteriormente referido su origen y justificación posterior es de orden legal. Al respecto, en sentencia C-1143 de 17 de noviembre de 2004, M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.:

“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 le es

---

<sup>5</sup> 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.”.

propio." No ocurre lo mismo con el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.”.

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 (...).”.

Al respecto, la limitante temporal impuesta para la protección de las situaciones reguladas por el Decreto 1214 de 1990 fue avalada por la Corte Constitucional, en tanto se entendió como una protección a los derechos adquiridos. Al respecto, la referida Corporación sostuvo en sentencia C-665 de 28 de noviembre de 1996, M.P. doctor Hernando Herrera Vergara, que:

“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.”.



Así entonces, de las anteriores consideraciones se pueden concluir dos supuestos: (a) que 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; y, (ii) que 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.

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

a. En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional el beneficio es la percepción de una asignación de retiro, la cual está 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.  
(...)”.

b. 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.”<sup>6</sup>.

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. (...)”.

Por su parte, en atención a que el último cargo desempeñado por el actor fue el de Fiscal Noveno ante el 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:

a. De conformidad con lo establecido en el Título II, Capítulo II del Decreto 2550 de 1988<sup>7</sup>, por el cual se expidió el nuevo Código Penal Militar, el Tribunal Superior Militar hace parte de la Jurisdicción Penal Militar y está 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 Nacional.

b. 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 rezaba:

---

<sup>6</sup> Este régimen contempla otros dos supuestos, contemplados en los artículos 99 y 100 ibídem.

<sup>7</sup> Vigente al 15 de julio de 1993, fecha en que el actor se posesionó en el cargo de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar.

“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.

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

(II) Del caso concreto

a. De la vinculación del actor

De acuerdo con la certificación laboral obrante a folio 236 del cuaderno principal, el actor desempeñó los siguientes cargos:

- En calidad de militar:

Del 15/07/75 al 30/12/75 Asesor Jurídico Comando Base Entrenamiento Naval

Del 01/01/76 al 30/04/77 Ayudante Inspector General ARC

Del 11/05/77 al 28/10/77 Juez 110 IPM Decreto No. 993/77

No le figuran calificaciones del 02/10/77 al 30/12/78

Del 01/01/79 al 31/12/83 Auditor Auxiliar de Guerra Comando FAC

Del 01/01/84 al 12/07/85 Juez 102 IPM Decreto No. 3605/83

Del 12/07/85 al 11/12/85 Alumno

Del 01/01/86 al 08/01/90 Auditor Ppal de Guerra Fuerza Naval del Atlántico

Del 09/01/90 al 03/04/90 Alumno

Del 04/04/90 al 01/09/90 Auditor Ppal de Guerra Fuerza Naval del Atlántico

Del 02/09/90 al 19/07/93 Auditor Ppal de Guerra Comando Infantería de Marina

Del 20/07/93 al 01/02/95 Fiscal del TSM Decreto No. 1176/93

- En calidad de civil:

Del 02/02/95 al 22/01/97 Fiscal del TSM

De conformidad con el contenido de la Hoja de Servicios No. 067 de 1995, obrante a folios 280 y 281 del cuaderno principal, el actor fue dado de alta, como Especialista 4º, el 7 de enero de 1975 y dado de baja, como Capitán de Fragata, el 1º de febrero de 1995, fecha a partir de la cual gozó de 3 meses de alta hasta el 1º de mayo de 1995, fecha para la cual acumuló un total de 20 años, 7 meses y 4 días de servicios.

Encontrándose al servicio de la Armada Nacional como Capitán de Fragata, adicionalmente, fue nombrado por Decreto 1176 de 25 de junio de 1993<sup>8</sup> para desempeñar el cargo de Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar, durante un término de 5 años (fls. 191 a 193 del cuaderno principal)<sup>9</sup>. Asimismo, es de precisar que accedió efectivamente a dicho cargo, previa posesión, el 15 de julio del mismo año (fl. 232 del cuaderno principal).

Una vez el actor fue dado de baja, continuó en el ejercicio de dicho cargo en condición de civil con el objeto de cumplir el término para el cual había sido nombrado; sin embargo, antes de cumplir dicho período fue retirado del servicio mediante el Decreto No. 113 de 16 de enero de 1997, por supresión del cargo, de conformidad con lo establecido en el Decreto No. 2338 de 26 de diciembre de 1996 (fls.186 a 188 del cuaderno principal).

b. De la asignación de retiro reconocida al actor

En virtud de dicho tiempo como Militar, mediante Resolución No. 0525 de 20 de abril de 1995, proferida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se le concedió asignación de retiro en los términos establecidos en los artículos 158 y 163 del Decreto 1211 de 1990, a partir del 2 de mayo de 1995, en cuantía equivalente al 70% del sueldo en actividad correspondiente a su grado en todo tiempo (fls. 44 a 46 del cuaderno principal).

Posteriormente, una vez pretendió el reconocimiento de la pensión de jubilación regulada en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, le manifestó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares su renuncia a la asignación de retiro con el objeto

---

<sup>8</sup> Proferido por el Gobierno Nacional.

<sup>9</sup> El nombramiento efectuado por dicho acto fue confirmado mediante Resolución No. 88 de 13 de julio de 1993, expedida por el Presidente de la República (fls.189 y 190 del cuaderno principal).

de no generar incompatibilidad entre las dos prestaciones (fl. 106 del cuaderno principal).

Dicha petición, fue atendida favorablemente mediante la Resolución No. 0198 de 6 de febrero de 1997, a partir del 1º de febrero de 1997 (fls. 66 a 68 del cuaderno principal).

Interpuesto el recurso de reposición por la parte interesada contra el anterior acto administrativo, mediante Resolución No. 0762 de 13 de mayo de 1997 se decidió suspender el pago de la asignación de retiro sólo hasta el momento en que el Ministerio de Defensa Nacional accediera al pago de la pensión de jubilación (fls. 64 y 65 del cuaderno principal).

Finalmente, mediante Resolución No. 2274 de 24 de agosto de 1998, el Director de la Caja de Retiro de las fuerzas Militares revocó la Resolución No. 0198 de 6 de febrero de 1997 en razón a que el Ministerio de Defensa le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Bernal Sánchez.

c. De la sustitución de la asignación de retiro

Por Resolución No. 3467 de 11 de noviembre de 1998, expedida por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se decidió (fls. 116 a 121 del cuaderno principal).

(a) Negar el reconocimiento de la pensión de beneficiarios a las señoras Carmen Julia Ramírez López y Clara Helena Brito Medina, quienes alegaron la condición de cónyuge del actor, y al señor Marcelo Alfonso Bernal Ramírez, quien alegó la condición de hijo inválido dependiente económicamente del causante; y,

(b) Conceder el derecho a la pensión de beneficiarios a la señora Edna Zuleth Rojas Rojas, en condición de compañera permanente del actor; y a las menores Sandra Milena Bernal Brito y Paula Patricia Bernal de la Fuente, en calidad de hijas

Interpuesto el recurso de reposición contra la anterior decisión, mediante Resolución No. 75 de 19 de enero de 1999 se decidió dejar suspendido el 50% de lo reconocido a la señora Edna Zuleth Rojas Rojas, como compañera permanente del actor, hasta tanto la jurisdicción competente determinará a quien le asistía tal derecho (fls. 122 a 128 del cuaderno principal).

d. De la reclamación de la pensión de jubilación

Por Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997 el Subsecretario General del Ministerio de Defensa Nacional negó el reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada por el señor Bernal Sánchez, de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, por considerar que en el momento en que varió su status, de militar a civil, se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993 (fls. 12 a 17 del cuaderno principal).

Interpuesto el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, mediante Resolución No. 10878 de 26 de agosto de 1997, se resolvió el primero de ellos y se confirmó la negativa del reconocimiento incoado (fls. 6 a 11 del cuaderno principal).

En cuanto al recurso de apelación, es de anotar que mediante Oficio No. 6401 MDJNG-869 de 19 de agosto de 1997, suscrito por el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional, se rechazó por improcedente (fls. 4 a 5 del cuaderno principal).

Con los anteriores antecedentes fácticos y jurídicos, la Sala define la situación planteada en los siguientes términos:

- El señor Bernal Sánchez se posesionó como Fiscal Noveno del Tribunal Superior Militar, cargo de la Justicia Penal Militar que podía desempeñarse por civiles o militares en retiro ó por militares activos, el 15 de julio de 1993, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993<sup>10</sup>.

- Sin embargo, sólo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1º de mayo de 1995<sup>11</sup>, cuando es dado de baja como Capitán de Fragata, ocupa dicho cargo de la Justicia Penal Militar, de periodo fijo, exclusivamente como civil.

- Dicho empleo, de conformidad con lo establecido en el artículo 322 del Decreto 2550 de 1988 es de periodo fijo y a este preciso caso se sujetará el presente análisis.

---

<sup>10</sup> En el orden Nacional el 1º de abril de 1994.

<sup>11</sup> Luego de 3 meses de alta.

- Acumulando el tiempo de servicio prestado inicialmente como civil, luego como militar y finalmente como civil, acredita más de 20 años de servicio “continuo”.

Frente a dichas premisas cabe preguntarse: (i) 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 (ii) qué debe entenderse por “vinculación” para efectos de determinar si un empelado civil se encuentra cobijado por el Decreto 1214 de 1990, a la luz de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 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 2002<sup>12</sup>, 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 se 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:

(i) Frente al primer interrogante: En razón a que al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional vinculado con posterioridad a la entrada en

---

<sup>12</sup> C.P. doctor César Hoyos Salazar, con salvamento de voto del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce.

vigencia de la Ley 100 de 1993 se le permite acumular todo el tiempo que como servidor público hubiera laborado así como semanas, de conformidad con lo establecido en los artículos 13, literal f) y 33 ibídem, en virtud del principio de favorabilidad sería viable que al personal que lo cobija el Decreto 1214 de 1990 también pueda acumular tiempo como militar al servicio de las Fuerzas Militares y como público civil al servicio del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Agregó:

“De otro lado, el decreto 1211 de 1990 establece la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público (art. 175, incisos 1º y 3º) ...

Al respecto, la Sala en las consultas inicialmente señaladas, precisó que el “alcance de la compatibilidad de las asignaciones de retiro y las 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. Tal sería el caso de acumular los 15 años de servicio mínimo para tener derecho a la asignación de retiro, con cinco años de servicio en una entidad de derecho público para optar por la pensión de jubilación; si el beneficiario pretende hacer valer el tiempo servido como militar deberá sustituir la asignación de retiro o la pensión militar por la pensión de jubilación de la entidad oficial.”.

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 la Armada Nacional, Ministerio de Defensa, Nación; razón por la cual, de cara al principio de favorabilidad ha de llegarse a la misma conclusión sostenida por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el Concepto referido.

(ii) En cuanto al segundo interrogante, la Sala de Consulta y Servicio Civil manifestó que entrándose de un cargo de periodo fijo legal, como lo era el del actor, 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.”.

Esta consideración frente a cargos de periodo fijo también será acogida por la Sala en la medida en que, por un lado, permite que el tiempo de servicio laborado en cumplimiento de un periodo legal con posterioridad al retiro del servicio militar pueda acumularse para efectos pensionales y que lo sea de forma efectivamente viable; y, por el otro, dadas las condiciones del personal de período fijo legal, dicha interpretación atiende al principio de favorabilidad y no desconoce en forma alguna lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, pues en todo caso, bajo la connotación que se le da al término “vinculación”, lo importante es que lo sea con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Por lo expuesto, entonces, es viable, tal como lo dispuso el a quo, acceder al reconocimiento de la pensión civil de jubilación en los términos del artículo 98 y concordantes del Decreto 1214 de 1990. Sin embargo, se hace necesario efectuar algunas consideraciones finales.

#### - En cuanto al restablecimiento del derecho

El reconocimiento de la pensión civil de jubilación al señor Luis Alfonso Bernal Sánchez es viable a partir del 23 de enero de 1997<sup>13</sup> y hasta el 1º de junio de 1998, fecha en que falleció.

---

<sup>13</sup> Día a partir del cual operó el retiro del servicio como civil.

A partir de dicho momento, lo que surge es el derecho de los interesados a obtener la sustitución pensional, situación que no es objeto del presente asunto, razón por la cual no se definirá.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor percibió asignación de retiro durante dicho lapso, en virtud del reconocimiento efectuado mediante la Resolución No. 0525 de 20 de abril de 1995, se ordenará al Ministerio de Defensa Nacional descontarle de lo adeudado por concepto de pensión civil de jubilación lo percibido por asignación de retiro durante el mismo tiempo, con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y así evitar un doble pago por el mismo concepto y sobre la misma fuente.

También es oportuno aclarar que la condición de sucesor procesal per se no otorga el derecho para acceder al reconocimiento de los valores adeudados por el Ministerio de Defensa Nacional al causante entre el 23 de enero de 1997 y el 1º de junio de 1998, razón por la cual solo puede ordenarse que dicha suma se gire con destino a la masa sucesoral o a los herederos o beneficiarios que acrediten su condición ante el Ministerio de Defensa Nacional, en el evento en que el proceso de sucesión ya se haya adelantado.

Adicionalmente, se dejará establecido que este reconocimiento no es óbice para que el Ministerio de Defensa Nacional le cobre cuota parte a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por el tiempo aportado a la misma por el actor.

Finalmente, debe definirse que no es viable acceder a un incremento en la pensión civil de jubilación reconocida mediante el presente litigio en atención al mayor tiempo de servicio prestado por el actor, en la medida en que dicha posibilidad no está contemplada en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

- En cuanto al Oficio No. 6401 MDJNG-869 de 19 de agosto de 1997 y las Resoluciones Nos. 10878 de 26 de agosto de 1997 y 0525 de 20 de abril de 1995.

Respecto al Oficio No. 6401 MDJNG-869 de 19 de agosto de 1997 hay que aclarar que en razón a que no define el fondo del asunto sino que se limita a rechazar el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997, debe ser considerado como de trámite y, en consecuencia,

no hay lugar a declarar su nulidad, como lo hizo el a quo, sino a declarar la inhibición para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el mismo.

En cuanto a la Resolución No. 10878 de 26 de agosto de 1997, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el interesado contra la Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997, debe precisarse que ella debió ser declarada nula junto con el acto inicial, sin embargo el a quo no lo hizo así, razón por la cual hay lugar a adicionar el fallo en dicho sentido.

Finalmente, en cuanto a la Resolución No. 0525 de 20 de abril de 1995, por la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al actor la asignación de retiro, es de anotar que no es viable declarar su nulidad en la medida en que la legalidad de la asignación de retiro no se está cuestionando. Sin embargo, en atención a la incompatibilidad que surgiría en su pago a partir del 23 de enero de 1997, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la extinción de la asignación de retiro a partir de dicho momento; razón por la cual, en este punto habrá de adicionarse el fallo del Tribunal.

Por lo expuesto anteriormente la Sala procederá a:

- Revocar el literal segundo de la parte resolutive del fallo del Tribunal en cuanto declaró la no configuración del silencio administrativo ficto sobre el Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998, para, en su lugar, declarar inepta demanda frente al mismo y la inhibición de la Sala para efectuar un pronunciamiento de fondo.

- Adicionar el literal tercero de la parte resolutive del fallo del Tribunal en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución No. 10878 de 26 de agosto de 1997, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el interesado contra la Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997

- Modificar el literal cuarto de la parte resolutive del fallo del Tribunal, en el sentido de ordenar que el reconocimiento de la pensión se efectúe a partir del 23 de enero de 1997 y hasta el 1º de junio de 1998 y que el retroactivo generado a favor del causante, previo descuento de lo devengado durante el mismo lapso por concepto de asignación de retiro, sea girado a quien acredite ante el Ministerio de Defensa Nacional la calidad de beneficiario dentro del trámite sucesoral.

- Finalmente, confirmar en lo demás el fallo el Tribunal recurrido.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## FALLA

**REVÓCASE** el literal segundo de la parte resolutive de la sentencia de 22 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección D, en cuanto declaró la no configuración del silencio administrativo ficto sobre el Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998. En su lugar,

**Declárase** inepta demanda frente al Oficio No. 926/MDLPS-177 de 4 de febrero de 1998 según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 137 del C.C.A., y en consecuencia, **inhíbese** la Sala para efectuar un pronunciamiento de fondo sobre el mismo, de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

**ADICIÓNASE** el literal tercero de la parte resolutive de la sentencia de 22 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección D, en los siguientes términos:

**Declárase** la nulidad de la Resolución No. 10878 de 26 de agosto de 1997, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el interesado contra la Resolución No. 07259 de 19 de junio de 1997, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

**MODIFÍCASE** el literal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 22 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección D, en el sentido de ordenar que el reconocimiento de la pensión civil de jubilación se efectúe desde el 23 de enero de 1997 y hasta el 1º de junio de 1998 y que el retroactivo generado a favor del

causante, previo descuento de lo devengado durante el mismo lapso por concepto de asignación de retiro, sea girado a quien acredite ante el Ministerio de Defensa Nacional la calidad de beneficiario dentro del trámite sucesoral.

Así mismo, se ordena al Ministerio de Defensa Nacional que lo deducido por concepto de asignación de retiro percibida por el causante durante el periodo comprendido entre el 23 de enero de 1997 y el 1º de junio de 1998 se gire con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Este reconocimiento, no es óbice para que el Ministerio de Defensa Nacional le cobre cuota parte a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por el tiempo aportado a la misma por el actor.

Finalmente, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares extinguir la asignación de retiro que le reconoció al señor Luis Alfonso Bernal Sánchez mediante la Resolución No. 0525 de 20 de abril de 1995, a partir del 23 de enero de 1997, con el objeto de no incurrir en incompatibilidad alguna.

**CONFÍRMASE** en lo demás el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.-

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ  
MONSALVE**

**GERARDO ARENAS**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**