

PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA - Es un régimen especial / PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA - No se aplica un régimen especial, con excepción de quienes se encontraban cobijados por el Decreto 1214 de 1990 a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social integral

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 ni de la Policía Nacional.

VINCULACIÓN AL SERVICIO EN LAS FUERZAS MILITARES Y EN EL MINISTERIO DE DEFENSA - Momento a partir del cual se establece / MAGISTRADO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

En cuanto a qué debe entenderse por «vinculación» la misma Sala de Consulta y Servicio Civil dentro del concepto antes citado,[concepto 1500 de 17 de junio de 2003, C.P., Cesar Hoyos Salazar] manifestó que en tratándose de un cargo de periodo fijo legal, como lo es el de Magistrado del Tribunal Superior Militar desempeñado por la aquí demandante, la vinculación para efectos de determinar si era beneficiaria 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. Sin embargo, dichos pronunciamientos son ajenos al cómputo de tiempos servidos como militar y como civil con la finalidad de obtener la pensión de jubilación renunciando a la asignación de retiro cuando se culmina en el cargo de Magistrado de Tribunal Superior Militar, cuya situación resulta disímil a la del resto de empleados y funcionarios de la Justicia Penal Militar. En este caso la «vinculación» para efectos de establecer el régimen pensional aplicable está determinada por el acto administrativo de nombramiento como Magistrado y su posesión en ese cargo.

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA / RECONOCIMIENTO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO / DOBLE COMPUTO DEL TIEMPO DE SERVICIO – Improcedencia / MAGISTRADO DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR - Aplicación del régimen pensional especial del personal civil del Ministerio de Defensa

En criterio de esta Sala, para el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en el tiempo servido como civil, no es viable computar el tiempo servido como militar cuando fue tenido en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, por cuanto el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, expresamente señala que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación por tiempo continuo, el empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional debe acreditar 20 años de servicio continuo a éstas instituciones, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por 24 meses, prestado en cualquier tiempo; siempre y cuando la vinculación a la justicia penal militar haya sido anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por Resolución 2683 del 29 de julio de 2010 proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional, resolvió en forma negativa la petición anterior, argumentando que para la fecha de vinculación de la actora como Magistrada de la Justicia Penal Militar se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, y por tanto,

debía someterse a la normatividad que regula el Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que en ningún momento entró a formar parte del régimen especial del personal civil exceptuado para efectos de pensión, por cuanto éste se aplica únicamente a quienes hacían parte del mismo hasta antes de la entrada en vigencia el régimen general en materia de pensiones. 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, tal como fue tenido en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2008 por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que en todo caso no es factible computar nuevamente para acceder a un reconocimiento pensional que no es propio de dicho tiempo. En estas condiciones la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia recurrida, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14)

Actor: ROSA ELENA TOVAR GARCÍA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Asunto: Reconocimiento de pensión de jubilación en aplicación del Decreto 1214 de 1990

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA - DECRETO LEY 01 DE 1984

I. ANTECEDENTES

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la adhesiva de la parte accionada contra el fallo del 31 de octubre de 2013, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones.-

ROSA ELENA TOVAR GARCÍA, actuando a través de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional,¹ en la que solicitó declarar la nulidad de la Resolución 2863 del 29 de julio de 2010, a través de la cual le fue negado el reconocimiento de la pensión mensual de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990 por acumulación de tiempos de servicio prestados a la citada entidad como militar y civil.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la demandada a reconocer y pagar a su favor pensión mensual de jubilación por vejez, igual al 75% del último salario mensual devengado, con la inclusión de los siguientes factores salariales: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima sin carácter salarial, bonificación por gestión judicial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, con efectividad a partir del 25 de noviembre de 2009.

Adicionalmente, reclamó el reconocimiento de la indexación de las sumas adeudadas, el pago de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia y dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo respectivo en aplicación de lo previsto en los artículos 176 a 178 del Decreto Ley 01 de 1984.

1.2. Fundamentos fácticos.-

La Sala resumirá los hechos de la demanda de la siguiente manera:

La demandante se vinculó al Ministerio de Defensa Nacional el 9 de marzo de 1988, ingresando como alumna.

Prestó sus servicios a la Justicia Penal Militar desde el 25 de septiembre de 1988, cuando fue posesionada como Juez 43 Penal de Instrucción Militar Grado 17, y hasta el 24 de noviembre de 2009, fecha en que culminó el periodo para el cual había sido designada como Magistrada del Tribunal Superior Militar, completando un tiempo de labores continuo como personal civil de 21 años y 8 meses.

¹ La demanda, presentada el 31 de enero de 2011, se encuentra visible a folios 86 a 109 del expediente.

Adelantó la carrera militar al interior de la fuerza pública, dentro de la cual ascendió en los diferentes grados hasta alcanzar el de Coronel de la Fuerza Aérea Colombiana.

Se retiró de la actividad militar por solicitud propia el 14 de agosto de 2008, por lo que mediante Resolución 1650 del 8 de julio de 2008, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en su favor, al haber acreditado 20 años, 6 meses y 24 días de servicio a la fuerza pública. No obstante lo anterior, continuó vinculada como civil en el Cargo de Magistrada de Tribunal Superior Militar.

El 24 de noviembre de 2009, reclamó el reconocimiento de la pensión de jubilación bajo las previsiones legales del Decreto 1214 de 1990 por acumulación de tiempos de servicio prestados al Ministerio de Defensa como militar y civil, en el equivalente al 75% del último salario devengado y 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. Adicionalmente, solicitó la extinción de la asignación de retiro reconocida a través de la Resolución 1650 del 8 de julio de 2008.

Mediante Resolución 2683 del 29 de julio de 2010, el Director de Veteranos y Bienestar Social del Ministerio de Defensa, negó lo peticionado aduciendo que para la fecha en que la actora se vinculó como Magistrada de la Justicia Penal Militar se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, y por tanto, debía someterse a la normatividad que regula el Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que en ningún momento entró a formar parte del régimen especial del personal civil exceptuado para efectos de pensión, por cuanto éste se aplica únicamente a quienes hacían parte del mismo hasta antes de la entrada en vigencia el régimen general en materia de pensiones.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.-

Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado, las siguientes:

Artículos 1, 2, 13, 48, 53, y 280 de la Constitución Política, 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 1993, artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 10 del Código Civil subrogado por el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 ordinal 1º.

Señala que el acto demandado vulnera las normas referidas, por cuanto desconoció que su vinculación al Ministerio de Defensa Nacional fue permanente y durante más de 21 años, ingresando como alumna el 9 de marzo de 1988, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que a partir del 25 de septiembre de 1988, se posesionó como Juez 43 de Instrucción Penal Militar Grado 17. De ahí en adelante desempeñó varios cargos en la Justicia Penal Militar sin solución de continuidad hasta el 25 de noviembre de 2009, fecha para la cual culminó el periodo de cinco años de labores como Magistrada del Tribunal Superior Militar.

Refiere que la negativa contenida dentro de la resolución demandada carece de fundamento y, en tal virtud, le asiste el derecho a que le sea reconocida pensión de jubilación conforme al artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 y en el equivalente al 75% del último salario devengado, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 102 *ibídem* y la bonificación de gestión judicial consagrada en el Decreto 4040 de 2004.

Apoyándose en el concepto 1143 del 23 de septiembre de 1998, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, argumentó que el vocablo «*vinculación*» debe entenderse como el día, mes y año en que el oficial estableció su vínculo con el Ministerio de Defensa Nacional, y que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, es procedente acumular el tiempo de servicio prestado por un oficial o suboficial de las fuerzas militares en goce de asignación de retiro, que sin solución de continuidad sigue prestando sus servicios al Ministerio de Defensa como civil.

Alude que la fecha de su vinculación al Ministerio de Defensa Nacional y a la Justicia Penal Militar fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, resulta equivocado considerar que fue a partir de su nombramiento como Magistrada de la Jurisdicción Penal Militar que empezó a computarse el tiempo para efectos del reconocimiento pensional en los términos

del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.²

Aduce que la decisión contenida dentro del acto enjuiciado vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política, en razón a que se pretende mantener una asignación de retiro en cuantía inferior a lo devengado por la demandante durante su último año de labores, desconociendo que a otros funcionarios les fue reconocida pensión de jubilación por el Ministerio de Defensa Nacional aplicando lo previsto en el Decreto 1214 de 1990.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada presentó el escrito de contestación oportunamente,³ en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, señalando que la normatividad que gobierna la situación de la demandante, dada su condición de Coronel retirada de la Fuerza Aérea, es la que contiene el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y no la aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, tal como consta dentro de la Resolución 1650 del 8 de julio de 2008, mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro en cumplimiento de lo previsto por el Decreto 4433 de 2004.⁴

3. LA SENTENCIA APELADA

El 31 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección F, profirió el fallo de primera instancia en el que accedió a las pretensiones de la demanda.⁵

Partiendo de las consideraciones realizadas dentro de la sentencia dictada por esta Subsección el 30 de septiembre de 2010 dentro del proceso 2578-07, concluyó que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación prevista por el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, resulta viable la acumulación y sumatoria de los tiempos servidos como oficial o suboficial de las Fuerzas Militares y como personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, siempre que la vinculación del interesado haya sido anterior a la vigencia de Ley 100 de 1993.

² Folios 104-105

³ Visible a folios 118 a 124.

⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de la fuerza pública.

⁵ Folios 176 a 215.

Consideró el fallador de primera instancia que la demandante reúne las condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada, toda vez que su vinculación como alumna de la Fuerza Aérea y como Juez 43 Penal de Instrucción Penal Militar, se surtió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y además acreditó haber prestado sus servicios como oficial y civil durante 21 años, 6 meses y 23 días de manera ininterrumpida.

Señaló que la base de liquidación pensional de la actora debía determinarse únicamente con la sumatoria de las partidas taxativamente previstas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990,⁶ resultando inviable incorporar la bonificación por gestión judicial por encontrarse excluida del listado contenido en dicha disposición, y que en todo caso el reconocimiento pensional ordenado no podía superar el tope de los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en observancia de lo previsto por el Acto Legislativo 01 de 2005.⁷

Ordenó a la demandada descontar de lo adeudado a la actora por concepto de pensión de jubilación, lo que le ha sido reconocido a título de asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para evitar un doble pago.

4. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la actora manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia, en cuanto negó la inclusión de la bonificación por gestión judicial para la determinación de su IBL pensional, por encontrarse excluida de las enlistadas por el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, argumentando que dicha interpretación resulta contraria a lo que ha señalado esta corporación en cuanto a que la base de liquidación de las pensiones de los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de

⁶ **Artículo 102. Partidas Computables para Prestaciones Sociales.** A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieran derecho, sobre la suma de las siguientes partidas: a. Sueldo básico. b. Prima de servicio. c. Prima de alimentación. d. Prima de actividad. e. Subsidio familiar. f. Auxilio de transporte. g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad. **PARAGRAFO 1o.** El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo. **PARAGRAFO 2o.** Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales.

⁷ Por el cual se adiciona el Artículo 48 de la Constitución Política.

1993, debe ser definida con la totalidad de factores devengados por el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios.

Así las cosas, solicitó revocar parcialmente la decisión apelada a efectos de que se modifique condenando a la accionada a pagar la pensión de jubilación de la accionante en el equivalente al 75% del último salario mensual devengado y con la inclusión de los siguientes factores salariales: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima sin carácter salarial, bonificación por compensación y/o gestión judicial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones con efectividad a partir del 25 de noviembre de 2009.⁸

A su turno, **el mandatario de la UGPP** presentó recurso de apelación adhesiva,⁹ en el que reiteró los planteamientos esbozados dentro del escrito de contestación de la demanda, insistiendo en que para el 15 de mayo de 2008 la demandante terminó su relación laboral como militar al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana y que posteriormente quedó sometida al régimen integral de seguridad social bajo el imperio de la Ley 100 de 1993, toda vez que por haber sido vinculada entre el 15 de mayo de 2008 y el 25 de noviembre de 2009 a la Justicia Penal Militar, no le cobija el régimen especial aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, vinculado hasta antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La demandante reiteró los argumentos expuestos dentro del recurso de apelación.¹⁰

A su turno, la Procuradora Delegada ante esta corporación presentó su concepto en el que luego de hacer un recuento de las actuaciones surtidas dentro del proceso, solicitó confirmar y modificar la decisión recurrida por haber omitido incluir la bonificación por compensación y/o gestión judicial dentro de la base de liquidación de la pensión de la demandante con lo que se le vulneró el derecho a la igualdad, y la preceptiva atinente a la movilidad salarial consagrada en el artículo 53 de la Carta Política y en la Ley 4 de 1992.¹¹

⁸ Escrito visible a folios 217 a 226.

⁹ Conforme al contenido del memorial obrante a folios 267 a 274.

¹⁰ Folios 275 a 282.

¹¹ Folios 284 a 295.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Problema Jurídico

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos contra la sentencia de primera instancia por las partes procesales, el problema jurídico consiste en determinar, si para efectos del reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, resulta viable acumular el tiempo laborado como personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el servido a la fuerza pública como militar, a pesar de que este último fue tenido en cuenta para el reconocimiento de asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Adicionalmente y de resultar posible lo anterior, la Sala entrará a pronunciarse sobre los factores a incluir para la determinación del IBL pensional de la demandante.

Con el objeto de resolver las cuestiones planteadas, la Sala se referirá inicialmente al marco normativo y jurisprudencial aplicable en materia de reconocimiento pensional a los integrantes de la Fuerza Pública y al personal civil del Ministerio de Defensa, y luego estudiará lo planteado por las partes procesales dentro de los escritos de apelación, con fundamento en lo probado en el proceso.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable en materia de reconocimiento pensional de los integrantes de la Fuerza Pública y del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Con base en lo establecido en la Ley 66 de 1988,¹² el Presidente de la República expidió, entre otros, los Decretos Leyes 1211 o estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y 1214 de 8 de junio de 1990 o estatuto y régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional.

A pesar de que dichas normas fueron dictadas con anterioridad a la promulgación

¹² Por la cual se reviste al Presidente del 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.

de la Constitución Política de 1991, debe afirmarse que los regímenes pensionales especiales en ellas contenidos 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 la complejidad de su labor en beneficio de los intereses de la Nación, gozan de un trato prestacional especial por expresa previsión constitucional.¹³

Dicha distinción se reflejó precisamente en la Ley 100 de 1993, cuyo objetivo fue el de crear un sistema de seguridad social integral, así se consagró en el artículo 279:

«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 (...).»

En este orden, la excepción prevista en el artículo 279 referido, tiene una doble justificación constitucional. En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional 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; mientras 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 1214 de 1990, norma especial que les era aplicable.

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.

¹³ **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.

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 legislativo diferente»*.

De igual forma en la sentencia C-1143 de 2004, la Corte Constitucional al referirse a la validez constitucional del trato diferencial formulado 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 colige lo siguiente: **(i)** 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, **(ii)** 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 **(iii)** el Sistema Integral de la Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares ni de la Policía Nacional.

Específicamente, 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, que está regulada en los términos del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, así:

«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 (...).»

En el caso del personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional, el beneficio es una pensión de jubilación en los términos del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990:

“Artículo 98: 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.”*¹⁴

Ahora bien dispone el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990:

«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.

¹⁴ Este régimen contempla otros dos supuestos, contemplados en los artículos 99 y 100 ibídem.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del derecho público.».

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.

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**.¹⁵

Así las cosas y en atención a que el último cargo desempeñado por la actora en su condición de civil, fue el Magistrada de Tribunal Superior Militar¹⁶ y es en virtud de su desempeño que alega el derecho a acceder a la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, ha de precisarse lo siguiente:

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 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.¹⁷

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 conforme lo prescribe el parágrafo 2.º 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 1988, que 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,

¹⁵ Tesis sostenida de manera reiterada por Subsección. Consejero ponente: Víctor 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 Sánchez. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional y Otro. Consejera Bertha Lucía Ramírez. 15 de marzo de 2007, radicado interno 520-04.

¹⁶ Conforme a lo certificado dentro de la constancia obrante a folio 51.

¹⁷ Derogado por la ley 522 de 1999.

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.» Negrilla fuera del texto.

Precisado lo anterior, a continuación la Sala procederá a pronunciarse sobre la viabilidad de reconocer la pensión de jubilación de que trata el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 acumulando el 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 100 de 1993.

Estos interrogantes han sido abordados por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en diversas oportunidades. Así y en el concepto 1143 Adición, de 12 de febrero de 2002,¹⁸ se sostuvo, luego de analizar la forma como se establece el vínculo laboral de un civil en las Fuerzas Militares y en el Ministerio de Defensa Nacional, 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

¹⁸ C.P. doctor César Hoyos Salazar, con salvamento de voto del Consejero Flavio Augusto Rodríguez Arce.

asignación de retiro, se determina por la vinculación, que es el acto administrativo de nombramiento como magistrado y su posesión en ese cargo.»

La misma Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto 1500 de 17 de junio de 2003, C.P. doctor César Hoyos Salazar, expresó:

*«(...) 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.*

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.» Negrilla fuera del texto.

Aunado a lo anterior, debe señalarse, 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 Fuerza Aérea;¹⁹ 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 cuanto a qué debe entenderse por «*vinculación*» la misma Sala de Consulta y Servicio Civil dentro del concepto antes citado, manifestó que en tratándose de un cargo de periodo fijo legal, como lo es el de Magistrado del Tribunal Superior Militar desempeñado por la aquí demandante, la vinculación para efectos de determinar si era beneficiaria 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.

Sin embargo, dichos pronunciamientos son ajenos al cómputo de tiempos servidos como militar y como civil con la finalidad de obtener la pensión de jubilación renunciando a la asignación de retiro cuando se culmina en el cargo de Magistrado de Tribunal Superior Militar, cuya situación resulta disímil a la del resto de empleados y funcionarios de la Justicia Penal Militar. En este caso la «*vinculación*» para efectos de establecer el régimen pensional aplicable está determinada 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 éstos son desempeñados por militares o por civiles vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

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

Lo manifestado plantea una distinción, relacionada con el cómputo de tiempos

¹⁹ Conforme a la información contenida dentro de la certificación obrante a folio 52 del plenario.

servidos como militar y como civil, pues no es lo mismo acceder a la pensión de jubilación, sin contar con reconocimiento prestacional previo, que contar con una y pretender otra por los mismos servicios.

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 y por consiguiente los tiempos no han sido considerados para fines prestacionales.

Sin embargo, en la segunda hipótesis no resulta válido computar los tiempos servidos como militar y como civil dado que ya hubo reconocimiento por el primer tiempo servido, que se descuenta y no puede computarse nuevamente para pretender un nuevo reconocimiento pensional.

Luego, en criterio de esta Sala, para el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en el tiempo servido como civil, no es viable computar el tiempo servido como militar cuando fue tenido en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, por cuanto el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, expresamente señala que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación por tiempo continuo, el empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional debe acreditar 20 años de servicio continuo a éstas instituciones, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por 24 meses, prestado en cualquier tiempo; siempre y cuando la vinculación a la justicia penal militar haya sido anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.²⁰

2.3. Análisis del caso concreto.

La Sala encuentra probados los siguientes hechos:

El tiempo de servicio como militar fue certificado por parte del Subdirector de Hojas de Vida Dirección de Personal – COFAD- JED, señalando que la demandante prestó sus servicios desde el 2 de mayo de 1988 y hasta el 16 de agosto de 2008, esto es, por espacio de 20 años, 3 meses y 12 días a la Fuerza Aérea, siendo dada de alta como Coronel de la Fuerza Aérea y retirada del

²⁰ Esta tesis fue planteada por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro de la sentencia de fecha 1º de septiembre de 2014, dentro del proceso 25000-23-25-000-2010-00166-01 (1641-12) con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren y cuya situación fáctica guarda gran similitud con la presente controversia.

servicio por solicitud propia.²¹

Mediante Resolución 1650 del 8 de julio de 2008 proferida por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares²² le fue reconocida a la demandante asignación de retiro de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, a partir del 15 de agosto de 2008, en cuantía equivalente al 70% del sueldo en actividad correspondiente a su grado de Coronel de la Fuerza Aérea, la cual fue confirmada mediante la Resolución 2318 de 22 de septiembre de 2008.²³

Conforme a los actos administrativos de nombramiento y actas de posesión obrantes a folios 2 a 30 del plenario, se evidencia que la demandante prestó sus servicios a la Justicia Penal Militar en los siguientes cargos, durante el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 1988 y el 25 de noviembre de 2009 de manera ininterrumpida, acumulando un tiempo total de servicios de 21 años y dos meses:

CARGO	FECHA DE POSESIÓN
Juez 43 Penal de Instrucción Militar	25 de septiembre de 1988
Auditora Auxiliar 70 de Guerra Grado 17	24 de noviembre de 1989
Auditora Guerra Auxiliar 92 Grado 17	9 de octubre de 1990
Juez 44 Penal de Instrucción Militar Grado 17	1 de septiembre de 1992
Juez 43 Penal de Instrucción Militar	5 de enero de 1994
Auditora Guerra Principal	29 de diciembre de 1995
Fiscal ante Inspección de Santa Fe de Bogotá	16 de agosto de 2000
Fiscal ante Inspección FAC	18 de marzo de 2002
Fiscal Penal Militar ante Juez de Instancia de Inspección del Comando General de las Fuerzas Militares	29 de enero de 2004
Magistrada del Tribunal Superior Militar	25 de noviembre de 2004

Mediante petición radicada el 24 de noviembre de 2009 y dirigida al Ministro de Defensa Nacional presentó solicitud de reconocimiento de la pensión mensual de

²¹ Folio 52.

²² Folios 58 y 59.

²³ Folios 60 y 61.

jubilación por acumulación de tiempos prestados en calidad de militar y civil al Ministerio de Defensa Nacional.²⁴

Por Resolución 2683 del 29 de julio de 2010 proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa Nacional, resolvió en forma negativa la petición anterior, argumentando que para la fecha de vinculación de la actora como Magistrada de la Justicia Penal Militar se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, y por tanto, debía someterse a la normatividad que regula el Sistema Integral de Seguridad Social, por lo que en ningún momento entró a formar parte del régimen especial del personal civil exceptuado para efectos de pensión, por cuanto éste se aplica únicamente a quienes hacían parte del mismo hasta antes de la entrada en vigencia el régimen general en materia de pensiones.²⁵

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, tal como fue tenido en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2008 por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que en todo caso no es factible computar nuevamente para acceder a un reconocimiento pensional que no es propio de dicho tiempo.

En estas condiciones la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia recurrida, y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

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

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 31 de octubre de 2013, 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

²⁴ Folios 31 y 32.

²⁵ Folios 33 a 38.

restablecimiento del derecho interpuesta por ROSA ELENA TOVAR GARCÍA en
contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE
ORIGEN. CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión
por los Consejeros;

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS