



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

<b>Acción o medio de control.</b> Nulidad y restablecimiento del derecho.
<b>Radicado.</b> 19001233300320170032500
<b>Demandante.</b> Jimmy Orlando Prieto Cerón
<b>Demandado.</b> Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
<b>Fecha de la sentencia.</b> Noviembre 12 de 2019.
<b>Magistrado ponente.</b> CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO
<b>Descriptor.</b> Derechos prestacionales.
<b>Restrictor 1.</b> Asignación de retiro.
<b>Restrictor 2.</b> Ley 103 de 1912.
<b>Restrictor 3.</b> Asimilación a militares.
<b>Restrictor 4.</b> Músicos del Ejército Nacional.
<b>Restrictor 5.</b> Ley 928 de 2004.
<b>Resumen del caso.</b> Los demandantes se desempeñan como personal civil, específicamente, como músicos del Ejército Nacional, y solicitan, en la elaboración de su hoja de vida, ser asimilados a militares para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro. Esta solicitud la sustentan en la Ley 103 de 1912, entre otras.  Esta ley dispuso que los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional, eran asimilados a militares para efectos prestacionales; beneficio que se denominó asimilación a militares o militarización de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional y que, debe subrayarse, tiene efectos exclusivamente para el reconocimiento de las prestaciones sociales; lo cual, por demás, fue objeto de aplicación en múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado.
<b>Tesis 1.</b> La asimilación reclamada por los actores, de músicos a militares, actualmente carece de sustento normativo, porque la Ley 103 de 1912, que así lo dispuso fue derogada, a partir del 30 de diciembre de 2004.
<b>Tesis 2.</b> Los actores, hasta la vigencia de la Ley 103 de 1912, que feneció el 30 de diciembre de 2004, no cumplían los requisitos para acceder a la asignación de retiro que reclaman.
<b>Conclusión.</b> Los demandantes alegan un supuesto fáctico que ya no conlleva la consecuencia jurídica perseguida, por falta de vigencia.
<b>Decisión.</b> Niega pretensiones de la demanda.
<b>Razón de la decisión.</b>  <i>La mencionada Ley 103 de 1912, junto con sus modificaciones, adiciones y demás normas sobre</i>

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*la materia, fue derogada por la Ley 928 de 2004, vigente desde el 30 de diciembre de 2004. En consecuencia, se entiende que los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional solo tuvieron la prerrogativa de que sus tiempos de servicios fueran computados como tiempos de servicios militares, hasta la vigencia de la Ley 928 de 30 de diciembre de 2004.*

*En este sentido, la jurisprudencia contenciosa administrativa avala, o tiene establecida la regla según la cual los músicos eran asimilados a militares cuando cumplían los requisitos, o el estatus, para acceder a las prestaciones sociales, lo que entonces debía acontecer hasta la vigencia de la Ley 102 de 1913, lo que es igual, hasta antes de su derogatoria por la Ley 928 de 2004, el 30 de diciembre de 2004.*

*Descendiendo al caso en estudio, se tiene que los señores Jimmy Orlando Prieto y Jardiel Gómez, se desempeñan como músicos del Ejército Nacional, a partir de junio de 1996 y a partir de mayo de 1997, respectivamente. De aquí que, hasta la vigencia de la Ley 103 de 1912, que feneció el 30 de diciembre de 2004, ellos no cumplían los requisitos para acceder a la asignación de retiro que reclaman, pues habrían alcanzado apenas los 8 años y los 7 años de servicios, respectivamente. Y a la fecha de elevar la solicitud para la elaboración de la hoja de servicios y el consecuente reconocimiento de la asignación de retiro, en noviembre de 2016, esto es, a la fecha en que probablemente cumplieron el estatus o los requisitos para acceder a la prestación social reclamada, o lo que es igual, la fecha en que habrían causado el derecho prestacional, que determina por regla general la normatividad que la rige, la Ley 103 de 1912 no está vigente. Consecuentemente, como lo alegó la entidad demandada, la asimilación reclamada por los actores, de músicos a militares, actualmente carece de sustento normativo, porque la ley que así lo dispuso fue derogada a partir del 30 de diciembre de 2004.*

*Así las cosas, los demandantes alegan un supuesto fáctico que ya no conlleva la consecuencia jurídica perseguida, porque esta no se encuentra vigente, es decir, a los músicos del Ejército Nacional, como ellos lo acreditan, el ordenamiento jurídico ya no los asimila a militares para efectos prestacionales. (...).*

*(...) la Sala no comparte la interpretación de que la Ley 923 de 2004 consagró que a los miembros en servicio activo deben reconocerse las prestaciones según la normatividad vigente con anterioridad. La Ley lo que prescribió es que no deben exigirse mayores tiempos de servicios a los ya previstos en la normatividad vigente. Tampoco la ley protegió las denominadas expectativas, sino para quienes estuvieren en el régimen de transición allí regulado.*

*En este sentido, y descendiendo al caso concreto, cabe decir que la jurisprudencia del Consejo de Estado considera que la no aplicación de la Ley 103 de 1912, no constituye una vulneración de derechos adquiridos, por cuanto lo ocurrido es que el mismo legislador la derogó, por lo cual, la no asimilación de los músicos a militares, solo atiende a la nueva norma, Ley 923 de 2004.*

**Observación del Despacho del Magistrado ponente sobre la relevancia de la sentencia.** En esta sentencia, la Sala resuelve las pretensiones de dos miembros del Ejército Nacional que se desempeñan como músicos y buscan ser asimilados a militares para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, con sustento en la Ley 103 de 1912, que así lo dispuso. Empero, la Sala observó que esta ley junto con sus modificaciones, adiciones y demás normas sobre la materia, fue derogada por la Ley 928 de 2004, vigente desde el 30 de diciembre de 2004. A la vez que la jurisprudencia contenciosa administrativa avala, o tiene establecida la regla según la cual los músicos eran asimilados a militares cuando cumplían los requisitos, o el estatus, para acceder a las prestaciones sociales, lo que entonces debía acontecer hasta la vigencia de la Ley 102 de 1913, lo que es igual, hasta antes de su derogatoria por la Ley 928 de 2004, el 30 de diciembre de 2004. Parámetros legales y jurisprudenciales que conllevaron a negar las

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

pretensiones elevadas.

**Nota de Relatoría.**

La sentencia recibe la categoría de **hito**, en razón de que marca un norte respecto de la imposibilidad legal actual, de asimilar a los músicos como militares, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

El lector puede ampliar su análisis sobre el descriptor **derechos prestacionales** y el restrictor **asignación de retiro**, bajo otros presupuestos fácticos, en los siguientes fallos recientes:

Medio de control: **Nulidad y restablecimiento del derecho/Derechos prestacionales/Asignación de retiro / Agente de policía/ Reajuste de pensión - Principio de favorabilidad.** El actor, solicitó a CASUR, que su asignación de retiro fuera re liquidada con aplicación del IPC por ser más favorable para los años 2001 a 2004, pretensión que le fue negada. El a quo, ordenó el restablecimiento del derecho ordenando la aplicación del IPC para la reliquidación en el año 2001 y 2002 por ser más favorables, lo cual fue apelado por la entidad condenada en lo relativo al año 2001. **Modifica parcialmente.** La Sala encuentra, que al haber establecido el a quo, que para los años 2001 y 2002 le era más favorable al demandante el IPC y así ordenó su reconocimiento, pese a que le fue reconocida la asignación de retiro el 31 de julio de 2001 y de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100/93, solo sería reajustada el primero de enero del año siguiente; se modifica la sentencia apelada en este aspecto, para disponer que CASUR debe re liquidar la asignación de retiro del actor, aplicando el IPC del año inmediatamente anterior al 2002, por ser más favorable/ **Sentencia del 07 de marzo de 2019/ Julio Heberth Cruz Martínez vs Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional/ M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.**

Medio de control: **Nulidad y restablecimiento del derecho/ Derechos prestacionales/Asignación de Retiro y Prima de Antigüedad / Soldado Profesional - Decreto 1794 de 2000 - Decreto 4433 de 2004.** El actor quien era como soldado voluntario y luego se incorporó como soldado profesional, solicitó declarar la nulidad de los actos administrativos, mediante los cuales se niega la liquidación de la asignación de retiro, tomando como IBL un salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad con lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 y de la prima de antigüedad de conformidad con lo establecido en el Decreto 4433 de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica, incrementado en un 60% se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad y que se reajuste la asignación, año por año. El a quo accede a las pretensiones. **Confirma-Accede.** La Sala considera que el CREMIL desconoció el derecho de la parte actora pues la asignación de retiro fue liquidada con un salario mínimo legal incrementado en un 40% y no de conformidad con lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 y en cuanto a la prima de antigüedad, debe ser determinada a partir del salario incrementado en un 60% tal como lo establece el Decreto 4433 de 2004/ **Sentencia del 14 de marzo de 2019/ Gerardo Antonio Cobo Tenebuel vs Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional/ M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.**



**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, doce de noviembre de dos mil diecinueve

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**I. ANTECEDENTES**

**1. LA DEMANDA**

**Parte demandante:**

Jimmy Orlando Prieto Cerón  
C.C. No. 79.497.480

Jardiel Gómez Solarte  
C.C. No. 76.322.911

**Parte demandada:**

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

**Las pretensiones:**

La parte demandante, a través de apoderado, por el medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita:

Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Del Oficio No. 20163131628461 de 29 de noviembre de 2016, emitido por el Director de Personal del Ejército Nacional, a favor del señor Jimmy Orlando Prieto Cerón.

En subsidio, del acto administrativo ficto, por la no respuesta a la solicitud de 4 de noviembre de 2016.

Del Oficio No. 20163131628781 de 29 de noviembre de 2016, proferido por el Director de Personal del Ejército Nacional, a favor del señor Jardiel Gómez Solarte.

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En subsidio, del acto administrativo ficto, por la no respuesta a la solicitud de 4 de noviembre de 2016.

Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte del Ministerio de Defensa Nacional, a la solicitud con radicado 76959 de 4 de noviembre de 2016.

Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte del Ministerio de Defensa Nacional, a la solicitud con radicado 76960 de 4 de noviembre de 2016.

Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte de Cremil, a la solicitud con radicado 20160094970, de reconocimiento de asignación de retiro, presentada el 3 de noviembre de 2016, a favor del señor Jimmy Orlando Prieto.

Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte de Cremil, a la solicitud con radicado 20160094971, de reconocimiento de asignación de retiro, presentada el 3 de noviembre de 2016, a favor del señor Jardiel Gómez Solarte.

Que a título de restablecimiento del derecho:

Se condene a la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, a elaborar y aprobar las hojas de servicios, en su condición de músicos de bandas del Ejército Nacional, para efectos prestacionales, asimilándolos al grado de suboficiales –Sargento Segundo-, según lo previsto en el artículo 1 de la Ley 103 de 1912.

Se condene a CREMIL, a reconocer, liquidar y pagar la asignación mensual de retiro, incluyendo el retroactivo que se genere y las dos mesadas adicionales anuales, así como el reajuste anual según el principio de oscilación y nivelación salarial de la Fuerza Pública, y la afiliación al subsistema de las Fuerzas Militares, y a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

Se condene a CREMIL, a reconocer, liquidar y pagar la sanción por mora del artículo 88 de la Ley 1328 de 2009 o, en subsidio, que se indexe el valor de las sumas por concepto de mesnadas pensionales.

Se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a reconocer y pagar a CREMIL, los valores no descontados por aportes o cuotas, por los tiempos de servicio prestados en condición de empleados civiles – músicos-, anteriores a la asimilación al grado militar de suboficiales.

Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA, y se condene a las demandadas en las costas del proceso.

## **1.1 Hechos**

Como fundamento de las pretensiones anteriores, se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

Los señores Jimmy Orlando Prieto Cerón y Jardiel Gómez Solarte, nacieron el 26 de agosto de 1969 y el 17 de noviembre de 1975, respectivamente; y han prestado sus

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

servicios en el Ejército Nacional, desde el 19 de junio de 1996 y desde el 1 de agosto de 1995, respectivamente.

Ambos, desde la fecha de su posesión como empleados civiles del Ministerio de Defensa, prestan sus servicios como músicos del Ejército Nacional.

A la fecha de la demanda, eran orgánicos del Batallón de Apoyo y Servicio para el Combate No. 29, con sede en la ciudad de Popayán, Cauca.

El 3 de noviembre de 2016, pidieron a CREMIL, previa asimilación u homologación al grado militar, el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Frente a lo anterior, CREMIL manifestó, en oficio de 28 de noviembre de 2016, que trasladaba las peticiones al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, antes del reconocimiento de las asignaciones de retiro.

El 4 de noviembre de 2016, solicitaron ante la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, así como ante el Jefe de Personal del Ejército Nacional, que se elabore la hoja de servicios y la homologación o asimilación al grado militar de suboficial, a efectos del reconocimiento y liquidación de sus asignaciones de retiro.

La hoja de servicios no fue emitida, sino que el Jefe de Personal del Ejército Nacional, en oficios de 29 de noviembre de 2016, manifestó que dicha hoja de servicios, o acto preparatorio, se emitiría una vez se configure una causal de retiro del servicio. *fls. 1 a 24.*

## **2. RECUENTO PROCESAL**

La demanda fue presentada el 13 de julio de 2017, fue admitida y debidamente notificada a las partes. *Fls. 25 y siguientes.*

## **3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional**, contestó la demanda en tiempo oportuno y a través de apoderado.

En la contestación, se opuso a las pretensiones y dijo atenerse a lo que resulte probado en relación con los hechos alegados.

En las razones de defensa expuso la regulación legal de la situación pensional del personal civil que labora como miembro de las bandas de música del Ejército Nacional. Resaltó que en dicha regulación, se limita el monto de la asignación de retiro. Y consideró que a la jurisdicción le compete pronunciarse sobre la extensión de la normatividad y los beneficios prestacionales de los miembros de la Fuerza Pública al personal civil, teniendo en cuenta la diferencia en el tipo de funciones que cumplen.

Planteó la excepción de derogatoria de la Ley 103 de 1912 por la Ley 928 de 2004 e inexistencia de norma que regule las pretensiones elevadas. *Fls. 113 y siguientes.*

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –Cremil**, también contestó la demanda a través de apoderado y en la oportunidad legal.

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En la contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda, así como a los hechos expuestos, por cuanto en su sentir, los demandantes piden la elaboración de la hoja de servicios ante el Jefe de Personal del Ejército Nacional.

Explicó que la función de la entidad es el reconocimiento de la asignación de retiro, lo que se hace a partir de la hoja de servicios cuya expedición es del Ejército Nacional.

Seguidamente planteó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### **4. EXCEPCIONES Y AUDIENCIA INICIAL**

De las excepciones propuestas se corrió el traslado de ley, en el que la parte actora no se pronunció. *Fls. 124 y siguientes.*

En la audiencia inicial, en la etapa de saneamiento se dispuso:

*PRIMERO: Excluir de este litigio, las pretensiones encaminadas a la nulidad de los siguientes actos administrativos:*

*Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, a la solicitud con radicado 76959 de 4 de noviembre de 2016.*

*Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, a la solicitud con radicado 76960 de 4 de noviembre de 2016.*

*Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte de Cremil, a la solicitud con radicado 20160094970, de reconocimiento de asignación de retiro, presentada el 3 de noviembre de 2016, a favor del señor Jimmy Orlando Prieto.*

*Del acto administrativo ficto, por la no respuesta de parte de Cremil, a la solicitud con radicado 20160094971, de reconocimiento de asignación de retiro, presentada el 3 de noviembre de 2016, a favor del señor Jardiel Gómez Solarte.*

*SEGUNDO: Excluir las pretensiones de restablecimiento del derecho en contra de Cremil que atañen al reconocimiento y pago de la asignación de retiro; esto es, excluir específicamente las siguientes pretensiones:*

*Que se declare y se condene a CREMIL, a reconocer, liquidar y pagar la asignación mensual de retiro, incluyendo el retroactivo que se genere y las dos mesadas adicionales anuales, así como el reajuste anual según el principio de oscilación y nivelación salarial de la Fuerza Pública, y la afiliación al subsistema de las Fuerzas Militares, y a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.*

*Que se declare y se condene a CREMIL, a reconocer, liquidar y pagar la sanción por mora del artículo 88 de la Ley 1328 de 2009 o, en subsidio, que se indexe el valor de las sumas por concepto de mesnadas pensionales.*

*Se condene a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a reconocer y pagar a CREMIL, los valores no descontados por aportes o cuotas, por los*

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*tiempos de servicio prestados en condición de empleados civiles – músicos-, anteriores a la asimilación al grado militar de suboficiales.*

En la etapa de excepciones declaró declaró la falta de legitimación en la causa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

Ante la inexistencia de pruebas por practicar se pasó a la etapa de alegatos y fallo.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. La competencia**

El TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto, en primera instancia, de acuerdo a los artículos 152.2 y 156.3 del CPACA, en tanto que se discute la validez de actos administrativos de carácter laboral y el último lugar de prestación de los servicios fue el departamento del Cauca.

### **2. Lo probado**

Con los elementos allegados hasta este momento procesal, se demostró lo siguiente:

El señor Jimmy Orlando Prieto Cerón, nació el 25 de agosto de 1969, según copia de su registro civil de nacimiento y de su documento de identidad, a folios 28 y siguientes del cuaderno principal.

Presta sus servicios en la planta de personal civil del Ministerio de Defensa, en el cargo de Especialista Sexto Músico, desde el 16 de junio de 1969 y es orgánico del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 29, y a la fecha de la demanda, no estaba pendiente de causal de retiro. Esto se comprueba con el acta de posesión y las certificaciones de tiempos de servicios a folios 30 y siguientes del cuaderno principal.

Por su parte, el señor Jardiel Gómez Solarte, nació el 17 de noviembre de 1975, según copia de su registro civil de nacimiento y de su documento de identidad, a folios 49 y siguientes del cuaderno principal.

Presta sus servicios en la planta de personal civil del Ministerio de Defensa, en el cargo de Adjunto Tercero Músico, desde el 16 de mayo de 1997, y es orgánico del Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 29, y a la fecha de la demanda, no estaba pendiente de causal de retiro. Esto se comprueba con el acta de posesión y las certificaciones de tiempos de servicios a folios 51 y siguientes del cuaderno principal.

Ambos, el señor Jimmy Orlando Prieto y Jardiel Gómez Solarte, solicitaron, en escritos separados, la elaboración de la hoja de servicios, la asimilación u homologación al grado de suboficial y el reconocimiento de la asignación de retiro, el 3 de noviembre de 2016, ante Cremil, y el 4 de noviembre de 2016 ante el Jefe de Personal del Ejército Nacional y la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, según consta a folios 33 y siguientes, y a folios 53 y siguientes, del plenario.

En respuesta, el Área de Prestaciones Sociales, el 28 de noviembre de 2016, les indicó que las solicitudes eran enviadas al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, para ser resueltas.

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por su parte, el Director de Personal del Ejército Nacional, el 29 de noviembre de 2016, les manifestó que la hoja de servicios se elabora cuando se configure una causal de retiro.

Al expediente se allegaron también, un registro civil de matrimonio, una escritura pública de declaración de unión marital de hecho y registros civiles de nacimiento de los hijos de los actores, pruebas encaminadas a demostrar las partidas computables en la prestación reclamada.

### **3. Juicio de la Sala**

De lo anterior se tiene entonces, que los demandantes se desempeñan como personal civil, específicamente, como músicos del Ejército Nacional, y solicitan, en la elaboración de su hoja de vida, ser asimilados a militares para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro. Esta solicitud la sustentan en la Ley 103 de 1912, entre otras.

Esta ley dispuso que los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional, eran asimilados a militares para efectos prestacionales; beneficio que se denominó o llamó asimilación a militares o militarización de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional y que debe subrayarse tiene efectos exclusivamente para el reconocimiento de las prestaciones sociales; lo cual, por demás, fue objeto de aplicación en múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado.

La mencionada Ley 103 de 1912, junto con sus modificaciones, adiciones y demás normas sobre la materia, fue derogada por la Ley 928 de 2004, vigente desde el 30 de diciembre de 2004. En consecuencia, se entiende que los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional solo tuvieron la prerrogativa de que sus tiempos de servicios fueran computados como tiempos de servicios militares, hasta la vigencia de la Ley 928 de 30 de diciembre de 2004.

En este sentido, la jurisprudencia contenciosa administrativa avala, o tiene establecida la regla según la cual los músicos eran asimilados a militares cuando cumplían los requisitos, o el estatus, para acceder a las prestaciones sociales, lo que entonces debía acontecer hasta la vigencia de la Ley 102 de 1913, lo que es igual, hasta antes de su derogatoria por la Ley 928 de 2004, el 30 de diciembre de 2004.

Descendiendo al caso en estudio, se tiene que los señores Jimmy Orlando Prieto y Jardiel Gómez, se desempeñan como músicos del Ejército Nacional, a partir de junio de 1996 y a partir de mayo de 1997, respectivamente. De aquí que, hasta la vigencia de la Ley 103 de 1912, que feneció el 30 de diciembre de 2004, ellos no cumplían los requisitos para acceder a la asignación de retiro que reclaman, pues habrían alcanzado apenas los 8 años y los 7 años de servicios, respectivamente. Y a la fecha de elevar la solicitud para la elaboración de la hoja de servicios y el consecuente reconocimiento de la asignación de retiro, en noviembre de 2016, esto es, a la fecha en que probablemente cumplieron el estatus o los requisitos para acceder a la prestación social reclamada, o lo que es igual, la fecha en que habrían causado el derecho prestacional, que determina por regla general la normatividad que la rige, la Ley 103 de 1912 no está vigente. Consecuentemente, como lo alegó la entidad demandada, la asimilación reclamada por los actores, de músicos a militares, actualmente carece de sustento normativo, porque la ley que así lo dispuso fue derogada a partir del 30 de diciembre de 2004.

Así las cosas, los demandantes alegan un supuesto fáctico que ya no conlleva la consecuencia jurídica perseguida, porque esta no se encuentra vigente, es decir, a los músicos del Ejército

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Nacional, como ellos lo acreditan, el ordenamiento jurídico ya no los asimila a militares para efectos prestacionales.

Ahora bien, en la demanda se plantearon como supuestos de la anulación de los actos administrativos, en síntesis, los siguientes: i) La elaboración de la hoja de servicios es un acto previo e indispensable, y a veces definitivo, para el reconocimiento de la asignación de retiro, ii) La exposición de la normatividad y de jurisprudencia que permite la asimilación de los músicos a militares para efectos prestacionales, iii) La interpretación según la cual, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, a) a los miembros activos de la Fuerza Pública, no se les exigiría un tiempo de servicios superior al ya establecido en las disposiciones vigentes a ese momento, b) se les respetarían los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, y iv) La exposición de las normas, principios y convenios según las cuales no puede desmejorarse los derechos de los trabajadores, y v) las que regulan los intereses moratorios del artículo 88 de la Ley 1328 de 2009.

La Sala comparte en su mayoría los anteriores planteamientos, pero estima que no logran enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, porque en este proceso se reconoce que la hoja de servicios es un acto previo e indispensable, y a veces se torna definitivo, para el trámite de reconocimiento de la asignación de retiro; a la vez, es un principio del derecho laboral en general, y del laboral administrativo en particular, el de condición más beneficiosa, según el cual, ante el tránsito normativo no se debe desmejorar las condiciones laborales de los trabajadores. No obstante, estos criterios jurídicos no atacan directamente la legalidad del acto administrativo cuestionado, más concretamente, no dan razón a los demandantes a que sean asimilados de músicos a militares para efectos prestacionales.

Mas la Sala no comparte la interpretación de que la Ley 923 de 2004 consagró que a los miembros en servicio activo deben reconocerse las prestaciones según la normatividad vigente con anterioridad. La Ley lo que prescribió es que no deben exigirse mayores tiempos de servicios a los ya previstos en la normatividad vigente. Tampoco la ley protegió las denominadas expectativas, sino para quienes estuvieren en el régimen de transición allí regulado.

En este sentido, y descendiendo al caso concreto, cabe decir que la jurisprudencia del Consejo de Estado considera que la no aplicación de la Ley 103 de 1912, no constituye una vulneración de derechos adquiridos, por cuanto lo ocurrido es que el mismo legislador la derogó, por lo cual, la no asimilación de los músicos a militares, solo atiende a la nueva norma, Ley 923 de 2004. Así, en sentencia de la Sección segunda, Subsección B, de 22 de octubre de 2018, radicado 4280-17, se reiteró:

*45. Por regla general, las leyes rigen a partir de su promulgación, hacia el futuro y hasta su derogatoria, lo que permite la seguridad y la estabilidad del orden jurídico. Así pues, no puede aplicarse al señor Juan de Jesús Pava Mayorca una norma excluida del ordenamiento jurídico, desconociendo la voluntad del legislador, que para el caso es, que se dejara de asimilar a grados militares para efectos prestacionales a los músicos de las bandas militares.*

*46. Por lo tanto al aplicarse la Ley 928 del 2004 no se estaría vulnerando derechos adquiridos como lo señala el demandante sino que se estaría reconociendo que la asimilación de los servicios prestados por los miembros de las bandas de músicos del Ejército Nacional a servicios militares, sólo puede aplicarse hasta el momento en que estuvo vigente la norma que lo permitía.*

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por lo anterior, para la Sala no son de recibo los planteamientos de la demanda. Consecuentemente, no puede ordenarse que se elabore la hoja de servicios de los actores con la asimilación de músicos a militares para efectos prestacionales. La Sala no encuentra en la demanda una pretensión subsidiaria encaminada a que se elabore la hoja de servicios solo con el tiempo que les corresponde en su calidad de personal civil, por lo que se abstiene de así ordenarlo.

Finalmente, la Sala advierte que el objeto litigioso de este asunto se concentró en la elaboración de la hoja de servicios y que en esta se asimilara a los demandantes de músicos a militares para efectos prestacionales, lo que se niega según se deja expuesto. Pero no es objeto de esta sentencia pronunciarse sobre el derecho que les asista a los actores a una pensión de jubilación, según el régimen prestacional que les sea aplicable.

#### **4. Conclusión:**

Se negarán las pretensiones de la demanda.

#### **5. Costas**

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso que dispone que se condenará en costas a la *"parte vencida en el proceso"*. Por lo anterior, para la condena en costas se atienden los elementos objetivos, sin tener en consideración análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Aplicando lo anterior, en esta instancia las costas estarán a cargo de la parte vencida, que resulta ser la parte demandante. Y de conformidad con el artículo 5 del acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, las agencias en derecho ascenderán a la suma del cuatro por ciento (4%) del valor de lo pedido. Las costas se liquidarán por Secretaría.

### **III. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

#### **F A L L A**

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO:** Se condena en costas a la parte demandante, según lo expuesto. Liquidense por Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE**

**Los Magistrados**

**Expediente:** 19001 23 33 003 2017 00325 00  
**Actor:** JIMMY ORLANDO PRIETO CERÓN y OTRO  
**Demandado:** NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Medio de control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**CARLOS H. JARAMILLO DELGADO**

**NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**

**DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO**