



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veintitrés (23) de junio de 2015

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: HUGO ORLANDO HERNANDEZ RUIZ

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

EXPEDIENTE: 15001-3331-006-2008-000295-00

Agotados los ritos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda: (fls. 2-8)

HUGO ORLANDO HERNÁNDEZ RUÍZ, identificado con cédula de ciudadanía N° **4.172.038 de Monquirá**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento prevista en el artículo 85 del C.C.A, demanda a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (fl. 2)

La parte demandante señala como pretensiones las siguientes:

1.2.1. Con el escrito de la demanda se pretende la nulidad parcial de la **Resolución No. 2730 de 2008**, en cuanto, en su artículo 4º, se reserva el derecho a un nuevo pronunciamiento en relación con los aportes, por el tiempo militarizado, cuando aparezca un pronunciamiento o fundamento jurídico.

1.2.2. Como restablecimiento del derecho, solicita se declare que no puede reservarse la

demandada, el derecho a un nuevo pronunciamiento sobre aportes por afiliación y sostenimiento de la misma por hechos posteriores al reconocimiento de la asignación de retiro y, a que no hay lugar al pago de aporte diferente al que se está descontando por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la asignación de retiro, al no existir fundamento legal, haber sido titular el actor de pensión civil pagada por el Ministerio y estar prescrito cualquier derecho sobre aportes.

1.2.3. Peticiona la condena en costas y agencias en derecho

1.3. Fundamentos Fácticos (fls. 3 a 4):

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos:

1.3.1. El actor prestó sus servicios al Ministerio de Defensa, como empleado civil -Músico de la Banda de Música del Ejército-, por más de veinte años, razón por la que el mismo le otorgó pensión civil jubilatoria.

1.3.2. No obstante lo anterior, el demandante tenía derecho a percibir la asignación de retiro de conformidad con lo dispuesto en la Ley 103 de 1912, siendo requisito para ello la expedición de la hoja de servicios militares por parte del Ministerio, solicitud que fue denegada, dándose sentencia del H. Consejo de Estado que la ordenó.

1.3.3. Con base en la hoja de servicio expedida como consecuencia de la sentencia y, de conformidad con la Ley 103 de 1912, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al actor su asignación de retiro mediante la Resolución 1123/05, en la que frente a los aportes señaló que, en atención a que en el concepto que se había solicitado al Ministerio de Defensa sobre el tema, dicha entidad señaló que la obligación de efectuar aportes por el tiempo militarizado no se encuentra contenida en norma alguna, en consecuencia se reserva el derecho a una nueva decisión, según nuevos hechos o fundamentos.

1.3.4. A través de la Resolución No. 1696/06, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se señaló la fecha desde la cual se reconocía la asignación de retiro del actor, y se ordenó pagarla a partir del 25 de septiembre de 2003. En cuanto a los aportes reiteró en sus considerandos, el concepto emitido por el Ministerio en el sentido que no existe fundamento legal para señalarlos, en la parte resolutive no tomó decisión al respecto.

1.3.5. Mediante la Resolución No. 2730/08, la Caja de Retiro de las Fuerza Militares,

modificó la fecha de reconocimiento, ordenando que ésta se pague a partir del 1 de julio de 1998. En relación con los aportes, anotó que "si bien no hay norma expresa que disponga la liquidación de aportes a la Caja por el tiempo militarizado" emitirá un pronunciamiento cuando obtenga algún fundamento jurídico para ello. En la parte resolutive reitero lo expuesto en la considerativa.

1.3.6. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitó al Ministerio liquidara los aportes de los músicos militarizados, a lo que la entidad se negó al considerar que no había fundamento alguno para ello, por lo que, la Caja frente a esta situación, se reservó el derecho a un nuevo pronunciamiento cuando se resolvieran los conceptos requeridos al Ministerio de Defensa Nacional sobre el tema.

1.3.7. El Ministerio de Defensa emitió los oficios 3638 MDJCC 784 del 28 de diciembre de 2001, 310193 CE DIPER CV 737 del 16 de agosto 2002, 317209 CE DIPER CV 737 de 26 de septiembre de 2002, 1545 MDJNG 810 del 9 de junio de 2003, radicado en la Caja con No. 55112 del 11 de junio de 2003, manifestó que no existía fundamento legal alguno para el pago de aporte por parte de los músicos militarizados.

1.3.8. Que corolario de lo anterior, la Caja optó por reservarse el derecho a un nuevo pronunciamiento frente a los aportes a ella, sujeto a la expedición de un nuevo concepto de autoridad competente.

1.3.9. En oficio 316061 CE Diper CV 737 del 19 de septiembre de 2002, por medio del cual el Ministerio de Defensa manifiesta con relación a la liquidación de aporte supuestamente adeudados en virtud de lo establecido en el art. 171 del Dto 1211/90:

"...para todos y cada uno se reitera el criterio de que es improcedente la aplicación del art 171 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que es claro que su contenido vincula a los civiles escalafonados en el cuerpo administrativo de las Fuerzas Militares, que no es el caso de los civiles a quienes se les militariza su pensión de jubilación en virtud de la ley 103 de 1912, artículo 1º";

1.3.10. La Subdirección de Prestaciones Sociales del Ejército también se pronunció en ese mismo sentido en el oficio 308266 del 5 de agosto de 2002.

1.4. Normas Violadas y Concepto de Violación (fls. 4 a 8):

En la demanda se invoca la violación de las siguientes normas:

-De carácter constitucional:

El artículo 29 de la Constitución Política

-De carácter legal:

Artículos 242, 245, 171 y 174 del Decreto 1211 de 1990, Ley 103 de 1912, artículo 22 de la Ley 100 de 1993, artículo 59 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 2517 del Código Civil.

Alude a una decisión del H. Tribunal del 3 de agosto de 2.006, expediente 2003-003586, en la que frente al tema de la reserva que hace la Caja en relación con los aportes a ésta, analiza el caso de un miembro de la banda de música del ejército, señalando que el art. 171 del Dto 1211/90 no le era aplicable, por lo que no es admisible la reserva de la Caja, manteniendo en total inseguridad jurídica el derecho del trabajador.

Refiere que la posición de la Caja es violatoria del debido proceso, pues pretende sujetar a normas, hechos o fundamentos futuros, la decisión sobre aportes, cuando lo señalado en el Art. 29 es que estos deben ser anteriores a la decisión.

En lo que atañe a los fundamentos normativos de la Caja, el art. 171, 242, 245 del Dto 1211/90, señala que estas normas no son aplicables, porque claramente el interesado nunca estuvo escalafonado, no presentó la solicitud de ser incluido como personal del cuerpo administrativo y tampoco se emitió la resolución que así lo dispusiera.

Refiere que no existe ninguna norma en los estatutos militares que hagan referencia a la situación de los aportes para el caso de músicos y por el tiempo militarizado, de tal manera que no puede la Caja esperar un hecho, norma o situación futura para aplicarla a los casos de los músicos militarizados, salvo el Dto 65/94 art. 35 que señala el porcentaje de los mismos, artículo que se está aplicando, en cuanto descuenta el 5% de los valores reconocidos por la Caja, y que hacen referencia a quienes estén en goce de asignación de retiro. Expresa que tales deducciones las viene haciendo la Caja, desde que asumió el pago de la prestación, incluso en relación con los valores retroactivos que paga dicha entidad.

Aduce que la militarización de que trata la Ley 103 de 1912, sólo es dable con

posterioridad al retiro y no en actividad, y no regula que deba hacerse aporte alguno por concepto de militarización. Por lo anterior la Caja, no puede fundar su decisión en simples especulaciones sobre acontecimientos futuros, y menos aún, cuando la condición impuesta inicialmente, como fue la liquidación de los aportes por parte de la Caja, se cumplió aunque desfavorable a ésta, y no puede incluir nuevas condiciones sin autorización del titular.

Señala que cualquier liquidación de aportes correspondería al empleador, en el presente caso el Ministerio de Defensa y, en este sentido, alude al Art. 22 de la Ley 100 de 1993, indicando que es responsabilidad del empleador el pago de los aportes de la entidad, así como el pago del aporte del trabajador a su servicio, debiendo responder por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador, lo que se reitera en

Manifiesta que en atención al Art. 174 del Dto 1211/90, cualquier derecho que pudiera asistir a la entidad estaría prescrita, puesto que la prescripción se aplica en su favor y en su contra y, habiendo aplicado al interesado la prescripción de cuatro años del art. 174 del Dto 1211/90, sobre las pretensiones que solo ahora reclama, claramente esta normatividad se aplica en contra de la entidad. Por lo anterior, se viola el art. 2517 y el art. 174 citado por no aplicarlos e incluso el principio de igualdad ante la ley.

1.8. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día primero (1º) de diciembre de 2008, ante el Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos (fl. 8 reverso), correspondiendo a este Despacho el conocimiento del asunto. Mediante providencia del diez (10) de diciembre de dos mil ocho (2008) se rechazó de plano la demanda (fls. 30-31), siendo objeto de recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo en proveído del 11 de febrero de 2009 (fl.41), y decidido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del nueve (09) de abril de dos mil trece (2013), revocando la providencia en mención y, en su lugar, dispuso que el a-quo se pronunciara sobre la admisión de la demanda (fls.52-56). Así, en auto del dieciocho (18) de septiembre de dos mil trece (2013), el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja admitió la demanda (fls. 72-73), notificado a la entidad accionada el dieciocho (18) de diciembre de dos mil trece (2013) (fl. 74). Por auto del nueve (09) de julio de dos mil catorce (2014), se decretaron las pruebas del proceso (fls. 100-102). Finalmente correspondió el conocimiento del asunto a este despacho que mediante auto del

veintiocho (28) de abril de dos mil quince (2015) ordeno: (i) avocar el conocimiento del presente asunto y (ii) declarar cerrado el periodo probatorio y (iii) correr traslado a las partes por el término común de diez (10) días para que presenten alegatos de conclusión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 210 del C.C.A (fls. 138-140)

Contestación de la demanda (fl. 101):

La entidad accionada contestó de manera extemporánea la demanda (fl. 101)

Militan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- Copia de la Resolución No. 2730 del 29 de octubre de 2008, por medio de la cual se modifica fecha de reconocimiento de la asignación de retiro del señor Sargento Segundo del Ejército Nacional HUGO ORLANDO HERNÁNDEZ RUÍZ, establecida en la Resolución No. 1696 del 02 de junio de 2006, indicando que es a partir del 01 de julio de 1998 (fls. 10-11)
- Copia del Oficio 1545 del 9 de junio de 2003 (fls. 12-15)
- Copia del Oficio No. 3638 MDJCC-784 del 28 de diciembre de 2001 (fls. 16-17)
- Copia del oficio No. 317209 CE-DIPER-CV-737, del 26 de septiembre de 2002 (fls. 18-19)
- Copia del Oficio No 316061 CE-DIPER-CV-737 del 19 de septiembre de 2002 (fls. 20-21)
- Copia del Oficio No 352831 JEDEH-DIPSO-177 del 17 de mayo de 2002 (fls. 22-23)
- Copia del Oficio No. 352828 JEDEH-DIPSO-177, del 17 de mayo de 2002 (fls. 24-25)
- Copia del Oficio No. 352829 JEDEH-DIPSO-177 del 17 de mayo de 2002 (fls. 26-27)
- Copia de la Resolución No 1123 del 11 de abril de 2005, por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor Sargento Segundo del Ejército HUGO ORLANDO HERNÁNDEZ RUÍZ (fls. 93-95, 107-109)

- Copia de la Resolución No 1696 del 02 de junio de 2006 por la cual se adiciona la Resolución No 1123 del 11 de abril de 2005 y se establece la fecha para el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro del señor Sargento Segundo (r) del Ejército Nacional (fls. 96-97).
- Copia de la Resolución No 2730 del 29 de octubre de 2008, por medio de la cual se modifica la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro del señor Sargento Segundo del Ejército Nacional HUGO ORLANDO HERNÁNDEZ RUÍZ establecida en la Resolución No. 1696 del 02 de junio de 2006 (fls. 98-99)
- Hoja de servicios del accionante (fls. 108 y 114)
- Copia de la Resolución Número 00159 del 2 de marzo de 1999, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de jubilación con fundamento en el expediente MDN No. 1130 de 1998 (fls. 114 vto-115)
- Certificados expedidos por la Subdirección Administrativa Área Talento Humano de la Caja de Retiro de las fuerzas Militares en la que hace constar la situación de no pensionado del señor Hugo Orlando Hernández Ruíz (fls.122-123).
- Certificado de institucionalidad suscrito por la Coordinadora Grupo de Gestión Documental Encargada de las Funciones de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fl. 125).
- Copia de extracto de hoja de vida del actor (fls. 128-129).
- Copia de la Resolución No. 4070 del 23 de noviembre de 2005 (fls.132.134).
- Copia de la Resolución No. 00159 del 2 de marzo de 1999 (fls.135-136).

2.1. Alegatos de conclusión (fls. 138-140):

A través del auto del catorce (14) de abril de dos mil quince (2015) se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días. Término dentro del cual las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la *litis*.

3.1. Problema Jurídico:

El asunto a resolver se contrae a establecer si, ¿podría la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitar a las personas que hicieron parte de la Banda de Música del Ejército Nacional el pago de aportes de afiliación y sostenimiento de la misma?.

Corolario de lo anterior, ¿la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares puede reservarse el derecho a un nuevo pronunciamiento frente a los aportes de afiliación y sostenimiento de la Caja las personas que hicieron parte de la banda de música del Ejército Nacional, cuando aparezca un pronunciamiento o fundamento jurídico?.

3.2. Argumentos y sub-argumentos para resolver el problema jurídico planteado

El Decreto 1211 de 1990, por el cual se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su Art. 171 establece:

"ARTICULO 171. TIEMPO ADICIONAL PARA CIVILES ESCALAFONADOS. A los civiles escalafonados o que se escalafonen como Oficiales o Suboficiales del Cuerpo Administrativo de las Fuerzas Militares, se les computara para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales el lapso que hayan servido como empleados civiles de tiempo completo en el ramo de la Defensa Nacional. En este caso los interesados deberán pagar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares las cuotas correspondientes al tiempo que se les reconozca por servicios anteriores al escalafonamiento, de acuerdo a los sueldos básicos devengados y en la forma que el Ministerio de Defensa determine.

Ahora bien, en relación con los aportes de afiliación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, establece el Art. 242 ibídem:

"ARTICULO 242. AFILIACION Y COTIZACION DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, contribuirán para el sostenimiento de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con un treinta por ciento (30%) del primer sueldo básico, como cuota de afiliación, con una cuota mensual equivalente al ocho por ciento (8%) del respectivo sueldo básico"

A su vez, el artículo 245 del Decreto 1211 de 1990, establece:

ARTICULO 245. CONTRIBUCIÓN CON AUMENTOS A LA CAJA DE RETIRO.

198

Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo y los que se encuentren en goce de asignación de retiro y sus beneficiarios en goce de pensión pagadera por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contribuirán con destino a ésta con el monto del aumento de sus haberes, asignaciones o pensiones equivalentes a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento."

3.3. Caso concreto

El actor en el presente caso controvierte la legalidad parcial de la Resolución 2730 de 2008, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en el entendido que en la misma se reserva el derecho a un nuevo pronunciamiento en relación con los aportes por el tiempo militarizado, cuando aparezca un pronunciamiento o fundamento jurídico sobre el tema.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se declare que no puede la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares un nuevo pronunciamiento sobre aportes por afiliación y sostenimiento de ésta por hechos posteriores al reconocimiento de la asignación de retiro, por lo que no hay lugar al pago de aporte alguno diferente al que se está descontando por la Caja en la asignación de retiro, por no existir fundamento legal

Previamente a decidir la impugnación formulada, esta Corporación realizara una relación de la situación jurídica del actor, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la cual se concreta así:

A folio 128 del expediente se encuentra un extracto de la hoja de vida del señor Hernández Ruiz de fecha 8 de agosto de 2000, de la que se puede colegir que el actor prestó sus servicios como músico del Batallón Bolívar desde el 1 de enero de 1977 al 1 de julio de 1998 (fl.128), situación que se reitera en la hoja de servicios obrante a folio 114 del informativo.

A través de la Resolución No. 00159, proferido por el Ministerio de Defensa Nacional, se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación al señor Hugo Orlando Hernández Ruiz (fls.114vto 115).

Obra a folios 93 al 95 del expediente, copia autentica de la Resolución No. 1123 del 11 de abril de 2005, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del actor, a partir de la

fecha en que sea extinguida la pensión de jubilación que se le tenía reconocida a cargo del Ministerio de Defensa Nacional.

Aparece a folios 132 al 134 del informativo, copia autentica de la Resolución No. 4070 del 23 de noviembre de 2005, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, que extinguió la pensión de jubilación reconocida al actor mediante la Resolución No. 159, a fin de dar paso al reconocimiento de la asignación de retiro, atendiendo a lo manifestado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre y en el acto administrativo antes señalado.

Mediante la Resolución No. 1696 del 2 de junio de 2006, emitida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se ordena el reconocimiento de la asignación de retiro del accionante, incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables de acuerdo con la ley (fls.96 97).

En la Resolución No. 2730 del 29 de octubre de 2008, suscrito por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerza Militares -*acto aquí demandado*-, se modificó la fecha de pago y reconocimiento de la asignación de retiro del señor Hugo Orlando Hernández Ruiz, establecida en la Resolución No. 1696 indicando que es a partir del 1 de julio de 1998 y, en el artículo cuarto de la parte resolutive plasmó:

"Manifestar que una vez sea proferido algún pronunciamiento judicial o se profiera otro tipo de fundamento jurídico referente a la liquidación de los aportes por afiliación y sostenimiento a la Caja, por el tiempo militarizado a las personas que prestaron sus servicios a las bandas de Música del Ejército Nacional, esta Caja emitirá el pronunciamiento correspondiente"

Expuestas las pruebas relevantes para resolver el caso puesto en conocimiento de este Despacho, pasa a analizarse la situación jurídica expuesta. Para tal efecto, se acude a los reiterados pronunciamientos que sobre el tema ha hecho la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo. Así, en sentencia del 21 de octubre de 2010¹, trajo a colación el siguiente extracto del Concepto No. 1752 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado:

"I. Régimen pensional aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional vinculado con

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. 25000-23-25-000-2002-12263-01(1543-09), sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010).

anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993.

1. Antecedentes constitucionales y legales.

La Constitución de 1886, en su artículo 62 establecía en materia de pensiones a cargo del Tesoro Público, lo siguiente:

"Artículo 62.- La ley determinará (...) las condiciones de ascenso y de jubilación; y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del Tesoro Público (...)."

Con fundamento en dicho artículo, el Congreso expidió la ley 50 de 1886, según la cual, toda pensión del Tesoro Público era por su naturaleza una "recompensa de grandes o largos servicios a la patria"² la cual se otorgó a los militares de la independencia por servicios prestados a la causa³ y a algunos los funcionarios públicos, entre ellos, los congresistas y los docentes.⁴

Por tratarse de un sistema de recompensas por servicios prestados, es claro, que en vigencia de esta ley el reconocimiento de las pensiones del sector oficial no estuvo sujeto al pago de aportes en efectivo por parte del servidor público, y ellas estaban a cargo del Tesoro Público.

En concordancia con lo anterior, la ley 167 de 1941 al regular las reclamaciones por servicios prestados a la patria, asimiló los conceptos de recompensa, pensión y jubilación, con el fin de establecer el procedimiento para su reconocimiento, decisiones que eran revisables por el Consejo de Estado, en tanto, imponían obligaciones pecuniarias a cargo del Tesoro Público.⁵

Así las cosas, se tiene que fueron los militares los primeros servidores que gozaron de los beneficios de un esquema de seguridad social basado en un sistema de recompensas, en el cual se tenía en cuenta, la naturaleza de la actividad y los riesgos inherentes a la misma y no los aportes que éstos hicieran para alcanzar el derecho a obtener una pensión.

Paulatinamente, este tipo de beneficios se extendió al personal civil del Ministerio de Guerra, hoy Ministerio de Defensa Nacional, prueba de ello, es que la ley 6 de 1945 preveía en su artículo 26 que "las condiciones de trabajo, prestaciones y garantías para empleados y obreros del ramo de la guerra se regularán exclusivamente por las disposiciones de dicho ramo".

En relación con el régimen de personal y prestacional aplicable al personal civil de la Policía Nacional, encuentra la Sala que en las leyes 74 de 1945 y 72 de 1947 se empezó a reconocerles el derecho a gozar de algunas prerrogativas especiales, al considerarlos para algunos efectos prestacionales como personal uniformado.⁶

² Artículo 5º de la Ley 50 de 1886. Concordancias. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1718 de 2006.

³ Ley 50 de 1886. Artículo 18.

⁴ Arenas, Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. Primera Edición. 2006. Editorial Legis.

⁵ Ley 167 de 1941. Artículo. 164.

⁶ Ley 72 de 1947. Artículos 7º y 13.

Sin embargo, fue a partir de la expedición del decreto ley 2339 de 1971 que se incorporó en un solo estatuto el régimen aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se les otorgó el derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación por la prestación de servicios continuos o discontinuos a cargo del Tesoro Público."

(...)

*"En vigencia de la Constitución de 1886, era viable establecer pensiones y prestaciones que total o parcialmente fueran asumidas por el Tesoro Público, **teniendo en cuenta, únicamente, el servicio prestado que hacían parte de regímenes especiales o de excepción y se conservaron aún en vigencia de las leyes 6 de 1945 y 48 de 1966, a partir de las cuales, se inició en Colombia la organización del sistema de seguridad social basado en el régimen de aportes**⁷, cuyo desmonte gradual ha obedecido a diversas causas, entre otras, a la crisis financiera del sistema pensional, que llevó al legislador en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, a limitar el campo de aplicación de los mismos y, en el Acto Legislativo No. 1 de 2005 a elevar a rango constitucional la obligación de garantizar la sostenibilidad financiera de dicho sistema.*

*En consecuencia, es claro para la Sala que **el régimen pensional cobija a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional vinculados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, no genera en cabeza de los mismos obligación alguna de cotizar al sistema, por tanto, el pasivo pensional que se genera por concepto de los servicios prestados a dichas entidades debe financiarse con cargo a los recursos presupuestales que se aprueben para ese efecto.**"*

Con base en lo anterior, concluyó el Alto Tribunal que, la normativa en la que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se basa para el pago de aportes no regulan el supuesto de hecho contenido en el Art. 1 de la Ley 103 de 1912, en el entendido que el Art. 171 del Decreto 1211 de 1990, alude a civiles escalonados y, los artículos 242 y 245 ibídem a los oficiales y suboficiales activos.

A su vez explicó que, no resulta razonable ordenar descuentos de aportes a quienes por prestar sus servicios en calidad de **empleados civiles**, no se vieron beneficiados de las condiciones especiales otorgadas a los militares.

"Lo antes dicho, sin perjuicio de que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, pueda solicitar una compensación, bono o similares al Ministerio de Defensa por el hecho de que el demandante materialmente sólo prestó sus servicios como empleado civil en esta entidad del orden nacional la que asumía directamente el pago de las prestaciones de

⁷ Arenas, Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. Primera Edición. 2006. Ed. Legis.

sus entidades, pero, esta circunstancia debe definirse entre ellas y no es objeto de debate en el presente asunto”, señaló la Máxima Corporación.

En pronunciamiento más reciente⁸, el H. Consejo de Estado en un asunto similar al que se encuentra bajo estudio, reiteró lo antes indicado y expuso que la pensión del que son beneficiarios los Miembros de la Banda de Música del Ejército, debe interpretarse atendiendo al momento histórico en el que fue concebido como una recompensa. Al respecto explicó que los aportes a la Caja de Retiro de las Fuerza Militares en el caso de los Músicos a quienes se les militarizaron sus servicios, no puede sustentarse en la Ley 103 de 1912, pues ésta otorgó el mencionado beneficio prestacional como una recompensa, razón por la cual, no les resultan aplicables los artículos 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990, en el entendido que dicha normativa hace referencia a los civiles escalafonados y a los oficiales y suboficiales activos, calidad que no ostentan ellos.

Así las cosas, conforme al aparte jurisprudencial antes transcrito y al material probatorio obrante en el expediente, se encuentra demostrado que el señor Hugo Orlando Hernández Ruíz, prestó sus servicios como músico del Batallón Bolívar desde el 1 de enero de 1977 al 1 de julio de 1998.

De igual forma, que mediante la Resolución No. 00159 del 2 de marzo de 1999, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció pensión mensual de jubilación al actor, (fls.114vto 115). Luego, a través de la Resolución No. 1123 del 11 de abril de 2005, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoce la asignación de retiro a favor del demandante a partir de la fecha en que sea extinguida la pensión de jubilación que se le tenía reconocida a cargo del Ministerio de Defensa Nacional.

Corolario de lo anterior, a través de Resolución No. 4070 del 23 de noviembre de 2005, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, se extinguió la pensión de jubilación reconocida al actor mediante la Resolución No. 159, a fin de dar paso al reconocimiento de la asignación de retiro, atendiendo a lo manifestado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 25 de septiembre de 2003 y en el acto administrativo antes señalado (fls. 132-134).

Finalmente, en la Resolución No. 2730 del 29 de octubre de 2008, suscrito por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerza Militares *-acto aquí demandado-*, se modificó la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Rad. 11001-03-25-000-2006-00115-00(1837-06), sentencia del doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014).-

fecha de pago y reconocimiento de la asignación de retiro del señor Hugo Orlando Hernández Ruiz, establecida en la Resolución No. 1696 indicando que es a partir del 1 de julio de 1998 y, en el artículo cuarto de la parte resolutive plasmó:

"Manifestar que una vez sea proferido algún pronunciamiento judicial o se profiera otro tipo de fundamento jurídico referente a la liquidación de los aportes por afiliación y sostenimiento a la Caja, por el tiempo militarizado a las personas que prestaron sus servicios a las bandas de Música del Ejército Nacional, esta Caja emitirá el pronunciamiento correspondiente"

En el caso sub judice se trata de una pensión otorgada a partir de un tiempo prestado por un empleado civil, pero que conforme a lo dispuesto en el Art. 103 de 1912, se asimila a la calidad de militares, pero **únicamente** para efectos prestacionales, prerrogativa que, atendiendo a la pluricitada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, se entiende como una recompensa, atendiendo al momento histórico en que fue concebido.

De lo anterior se logra deducir que al actor no le puede ser aplicable lo dispuesto en el Art. 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990, que imponen la obligación de cancelar aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues dicha normativa alude a los civiles escalafonados y a los oficiales y suboficiales en servicio activo, calidades que no ostenta el aquí demandante

Aunado a lo anterior, no resulta lógico ordenar el descuento de aportes a aquellos que durante la prestación de servicios como empleado civil, no obtuvo beneficio alguno de las condiciones especiales de ser militar. Así, para el caso del actor, solo al terminar su labor se le asimiló a militar pero, tal como se explicó líneas atrás, solo para efectos prestacionales.

Así las cosas, conforme a lo hasta aquí expuesto, el Despacho accederá a las pretensiones de la demanda, para que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no ordene ningún descuento por concepto de aportes a la misma de que tratan los artículos 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990, razón por la cual se decretara la nulidad parcial de la Resolución No. 2730 del 29 de octubre de 2008, en el entendido que la entidad accionada se reservó la facultad de efectuar las referidas deducciones.

3.4. Costas

Finalmente, considera el Despacho que atendiendo a lo previsto en el artículo 171 del C.C.A y la jurisprudencia reiterada del H. Consejo de Estado, no condenará por este

concepto, en consideración a que no se vislumbra temeridad o mala fe en la actuación de las partes durante el trámite del presente proceso.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A:

Primero.- Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 2730 del 29 de octubre de 2008, en cuanto la entidad accionada se reservó la facultad de efectuar deducciones correspondientes a los aportes de afiliación y sostenimiento a la Caja por el tiempo militarizado.

Segundo.- Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no efectuar los descuentos por aportes en virtud del reconocimiento de la asignación de retiro, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Sin condena en costas conforme a la parte motiva

Cuarto.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Quinto.- En firme esta providencia, archívese el expediente y déjense las constancias y anotaciones pertinentes.

Notifíquese y cúmplase.



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez

