

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA- SUBSECCION "A"**

**CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014).-

**Expediente No. 11001 03 25 000 2006 00115 00**

**No. Interno: 1837-06**

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Actor: GENTIL GUARNIZO**

Conoce la Sala en única instancia del proceso que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instauró GENTIL GUARNIZO con el fin de obtener la nulidad parcial de la Resolución 2211 de 2006, en cuanto se abstuvo de realizar pronunciamiento alguno respecto de la liquidación de los aportes de afiliación y sostenimiento de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, hasta que exista pronunciamiento judicial referente a dicho tema.

**ANTECEDENTES**

La parte actora, en nombre propio, en ejercicio de la acción en comento, solicita a esta Corporación se declare la nulidad del artículo 5º de la Resolución acusada, el cual es del siguiente tenor:

**"ARTICULO 5º.** *Manifestar que una vez sea proferido algún pronunciamiento judicial o se profiera otro tipo de fundamento jurídico referente a la liquidación de los aportes de afiliación y sostenimiento a la Caja, por el tiempo militarizado, a las personas que prestaron sus servicios a las bandas de Músicos del Ejército Nacional, esta Caja emitirá el pronunciamiento correspondiente."*

Como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones expone:

Que prestó sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional por espacio superior a los 20 años, reputándose como empleado civil, habida cuenta que pertenecía a la banda de música del Ejército Nacional, por lo cual el Ministerio le otorgó pensión civil jubilatoria.

Que no obstante lo anterior, como a voces de lo dispuesto en la Ley 103 de 1912 tenía derecho a percibir la asignación de retiro, el Consejo de Estado ordenó que se le expidiera la hoja de servicio correspondiente y con base en la sentencia respectiva se le extinguió la pensión civil que le había sido reconocida.

En virtud de lo anterior la Caja demandada ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro y dispuso que una vez allegara copia de la liquidación de cuotas por aportes por el tiempo asimilado a militar, que debía realizar el Ministerio de Defensa, se descontaría de la asignación, con aplicación de los artículos 171, 242 y 245 del Decreto 1211 de 1990.

La anterior Resolución fue adicionada mediante la 5040 de 2002, en la que se dijo que según lo expuesto por el Ministerio de Defensa Nacional, el músico militarizado no está comprendido en la situación legal prevista en el art. 171, y por ende no puede certificar valor alguno por aportes, ni exigir esa condición para el pago.

No obstante lo anterior y otros conceptos emitidos por la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional en el sentido de que el art. 171 del decreto 1211 de 1990 cobija exclusivamente a los civiles que se escalafonen como oficiales o suboficiales del cuerpo administrativo de las Fuerzas Militares, no a los civiles a quienes se les militariza su pensión de conformidad con la ley 103 de 1912, y por ende la obligación de efectuar aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por dicho tiempo no se encuentra contenida en norma legal alguna, se profirió la Resolución demandada “Por la cual se modifica la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro del señor Sargento Segundo ® del Ejército Nacional GENTIL GUARNIZO, establecida en la Resolución No. 5040 del 4 de diciembre de 2002” y se estableció en su artículo 5º que efectuará el pronunciamiento correspondiente respecto de la liquidación de los aportes de afiliación y sostenimiento a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, una vez se profiera pronunciamiento judicial “(...) o se profiera otro tipo de fundamento jurídico referente...” al tema.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

Al momento de ejercer el derecho a la defensa la entidad demandada, a través de apoderado judicial, sostuvo que la Caja de Retiro de las Fuerzas

Militares otorga la asignación de retiro a los músicos de acuerdo con la hoja de servicios que para el efecto elabora el Ministerio de Defensa Nacional, que homologa los tiempos servidos como civil a los prestados como militar, en el grado de Sargento Segundo, como consecuencia de la asimilación que el Consejo de Estado hizo de ellos.

Estimó que si al demandante se le asimiló a militar para liquidarle la asignación de retiro, se le deben aplicar entonces las normas de los militares activos.

Como consecuencia de lo anterior, se debe tener en cuenta que el demandante no cotizó ni al Ministerio de Defensa Nacional ni a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por cuanto no realizó aportes mientras estuvo en servicio activo, lo cual constituye requisito indispensable para acceder a la prestación de retiro, pues de no hacerlo se generaría un impacto presupuestal muy alto.

Finalmente adujo que a pesar de que el actor no cotizó a ninguna de estas entidades, la Caja le ha pagado puntualmente su asignación de retiro sin que se le haya cobrado suma alguna por dicho concepto, luego no se explica la razón de la demanda.

## **ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, al emitir su concepto de fondo, solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 140-145).

Luego de efectuar un análisis de los artículos 171, 242 y 243 del Decreto 1211 de 1990, que hacen referencia a los aportes que deben cancelar los destinatarios de dicha normativa para efectos de alcanzar la respectiva asignación de retiro, concluyó que la situación del actor no está inmersa dentro de los supuestos que consagran los artículos antes citados.

Se decide previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Previo a exponer el problema jurídico a resolver, se dirá que el artículo demandado, en principio, no sería uno de aquellos susceptibles de ser enjuiciados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no está creando o modificando una situación particular en concreto.

En efecto, nótese que ateniéndonos a la literalidad del aparte demandado, a la fecha al actor no se le ha hecho exigible el pago de los aportes para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, ni se le ha descontado valor alguno por dicho concepto, lo que en principio, y sin necesidad de más elucubraciones, haría que los resultados de este proceso desencadenaran en una decisión inhibitoria.

Sin embargo, y atendiendo las facultades de las que están investidos los jueces de la República, entre las que están la de salvar los obstáculos que les impidan decidir de fondo, no resultaría lógico que por este aspecto se proceda a inhibirse en el asunto de la referencia.

Es más, estima la Sala que en la demanda presentada existe una razón para pronunciarse de fondo en el caso concreto, cual es que el artículo demandado pende de una decisión judicial, como la que se espera que suceda en el presente caso, lo cual puede ser resuelto en este escenario en aras de impedir vulnerar el acceso a la administración de justicia.

Con base en lo anteriormente expuesto se procederá a resolver el siguiente problema jurídico:

La parte demandante considera que la entidad demandada no puede reservarse la facultad de decretar los descuentos por aportes en los términos de los artículos 171, 242 y 245 del Decreto 1211 de 1990, puesto que estos se efectúan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en virtud de la condición de Militar en actividad, lo cual no ocurre en este caso, pues la militarización del tiempo de servicio procede con posterioridad al retiro.

Al respecto, los artículos 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990 establecieron lo siguiente:

“...  
ARTÍCULO 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 computará 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.

ARTÍCULO 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.

...”

Esta Corporación, en sentencia del 15 de febrero de 2007, expediente No. 25000-23-25-000-2002-08471-01(6858-05), actor: Jesús Guillermo Escobedo Méndez, C. P. Doctora Ana Margarita Olaya Forero, señaló:

“... para efectos pensionales su tiempo laborado al servicio del Ministerio de Defensa Nacional es asimilado de músico a militar, lo que significa que al efectuarse dicho símil consecuentemente, se ostentan todos los derechos y deberes de los militares vinculados en el rango al cual es asimilado.

Es decir, que como resultado de la militarización de sus servicios a militar, simultáneamente deviene la aplicación de las normas ajustables para los miembros de las Fuerzas Militares.

En virtud de lo anterior, se concreta que el actor efectivamente debía pagar los aportes a que está obligado todo funcionario público a su respectiva Caja, pero, ello no quiere decir que la entidad demandada tenía la facultad de suspender el pago de la asignación de retiro, hasta tanto se presentaran las copias de pago de esos aportes. No, porque en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente

entonces es que en la liquidación de los respectivos valores se haga el descuento de la diferencia resultante entre los aportes que el actor realizó y los que realmente debía pagar.

...”

**“Así las cosas, y de acuerdo a los razonamientos arriba esbozados, la Sala habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, excepto en lo tocante al numeral segundo de ella, que se modificará y en su lugar, se dispondrá ordenarle a la Caja demandada, a realizar la liquidación de rigor, y efectuar el descuento de la diferencia resultante entre los aportes que el actor realizó y los que realmente debía pagar.”.**

Esta tesis ya ha sido revaluada por esta Sección Segunda y para el caso se trae a colación lo dicho por la Subsección “B” que en sentencia de 22 de octubre de 2009, Exp. No. 0084-08, M. P. Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, consideró que no existe fundamento jurídico para ordenar el descuento de aportes por las siguientes razones:

1. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto No. 1752, Número Único: 11001-03-06-000-2006-000-58-00-1752, del 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, indicó que las pensiones de los servidores del Estado, en principio se concibieron como recompensas por los servicios prestados y que, por tal razón, estaban exentas del sistema de aportes que ahora conocemos.

Dijo en su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil:

*“1. Régimen pensional aplicable al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional vinculado con 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”<sup>1</sup>, la cual se otorgó a los militares de la independencia por servicios prestados a la causa<sup>2</sup> y a algunos los funcionarios públicos, entre ellos, los congresistas y los docentes.<sup>3</sup>*

*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.<sup>4</sup>*

*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.*

---

<sup>1</sup> Artículo 5° de la ley 50 de 1886. Concordancias. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1718 de 2006.

<sup>2</sup> Ley 50 de 1886. Artículo 18.

<sup>3</sup> Arenas, Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social*. Primera Edición. 2006. Editorial Legis.

<sup>4</sup> Ley 167 de 1941. Artículo. 164.

*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.<sup>5</sup>*

*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.”.*

Luego de la anterior reseña histórica concluyó que:

*“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 4ª de 1966, a partir de las cuales, se inició en Colombia la organización del sistema de seguridad social basado en el régimen de aportes,<sup>6</sup> 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.*

---

<sup>5</sup> Ley 72 de 1947. Artículos 7° y 13.

<sup>6</sup> Arenas, Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano a la Seguridad Social. Primera Edición. 2006. Ed. Legis.*

*En consecuencia, es claro para la Sala que el régimen pensional que cubre 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.*  
...”

En el presente asunto se trata de una pensión otorgada a partir de la asimilación de un tiempo prestado por un empleado civil, pero que, a términos del artículo 1º de la Ley 103 de 1912,<sup>7</sup> se asimila sólo para efectos prestacionales<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> “Los miembros de las Bandas de Música del Ejército se reputarán militares para los efectos de la Ley 149 de 1896, y se les computará en su hoja de servicios tanto el tiempo que hayan estado en las Bandas oficiales de la Nación o de los Departamentos después del 7 de agosto de 1896, inclusive el transcurrido desde la vigencia de la Ley 17 de 1907 (...).”

<sup>8</sup> Sobre este tópico, en sentencia de esta Corporación, Sección Segunda, de 18 de julio de 1995, C. P. doctor Diego Younes Moreno, radicado No. 5894, actor: Santos Antonio López, se consideró:” 1) En cuanto a lo que el actor denomina como militarización de los servicios civiles prestado en la banda de música del Ejército Nacional, y que técnicamente se ha denominado como “asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional”, conviene señalar que tanto la Sala Plena, como esta Sala, han sostenido la vigencia actual del artículo 1o. de la ley 103 de 1912.

En efecto, mediante fallo de 20 de agosto de 1993, expediente 5625, con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno, la Sala dijo al respecto:

“(…”

“3) Como la discrepancia entre el actor y el Ministerio de Defensa Nacional, se basa únicamente en el alcance que tiene la asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional, deberá examinarse la norma correspondiente y lo que al respecto ha dicho la jurisprudencia:

Ley 103 de 1912, Artículo 1o.

“Los miembros de las bandas de música del ejército se reputan militares para los efectos de la ley 149 de 1896 y se les computará en su hoja de servicios tanto el tiempo que hayan estado en las bandas oficiales de la Nación o de los Departamentos después del 7 de agosto de 1886, inclusive el transcurrido desde la vigencia de la ley 17 de 1907, como el que estuviere al servicio de la República, en las bandas oficiales de los Estados Unidos de Colombia o de cualquiera de los Estados de la Nación Colombiana.”

4) Sobre el particular la Sala Plena del Consejo de Estado en fallo de 18 de septiembre de 1979, expediente No. 10035, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

“(…”

“Las transcripciones precedentes muestran cómo los miembros de las bandas de guerra del ejército se reputan militares para los efectos de la ley 149 de 1896 y esta asimilación se refiere exclusivamente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, y así como los militares propiamente tales transmiten sus derechos prestacionales a sus causahabientes, igual cosa sucede con los civiles asimilados legalmente a aquéllos.”

5) Igual criterio expuso esta Sala en sentencia de 10 de agosto de 1973, con ponencia del Dr. Eduardo Aguilar Vélez, en uno cuyos apartes dijo:

Este beneficio prestacional para los Miembros de las Bandas de Música del Ejército no puede interpretarse aisladamente del momento histórico en que fue concebido como una dádiva, una recompensa por los servicios prestados. Los referidos aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el caso de los Músicos a quienes se les militarizaron sus servicios, no encuentran sustento en la Ley 103 de 1912, la cual les otorgó el pluricitado beneficio prestacional como una recompensa.

2. Los artículos 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990 **no regulan el supuesto de hecho contenido en el artículo 1º de la Ley 103 de 1912**, pues ellos se refieren, en el primer caso, artículo 171, a los civiles escalafonados; y, en el segundo, artículo 242, a los oficiales y suboficiales activos.

No hay lugar a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordene los descuentos por aportes de que tratan los artículos 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990, **pues a ellos sólo estaban obligados los militares en servicio activo y civiles escalafonados**, y el actor no ostentó ninguna de dichas calidades.

3. En el presente asunto, conviene señalar, además, que no resulta

---

“Para la Sala la cuestión no ofrece mayor problema: Los miembros de las bandas de música del ejército se reputan militares para efectos de obtener la pensión. Si esto es así y normas posteriores a la ley 103 de 1912, dispusieron que tales pensiones pudieran ser transmitidas a los beneficiarios de los militares, resulta obvio y claro que esto comprende también a las personas que se reputaban militares.  
(...)”.

*Más recientemente, en sentencia de la Subsección B, Sección Segunda de esta Corporación, de 3 de mayo de 2007, C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 0340-04, actor: Miguel Salazar Lizarazo, se argumentó: “Sobre este punto no existe en la actualidad ninguna controversia pues la jurisprudencia reiterada de la Corporación, en especial la de la Sección Segunda, ha sido acorde en sostener que los miembros de las bandas de música del Ejército se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896 y esta asimilación se refiere exclusivamente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.”.*

razonable ordenar el descuento de los aportes a quien durante la prestación de sus servicios como empleado civil no se benefició de las condiciones especiales de ser Militar, pues lo cierto es que el demandante prestó sus servicios como empleado civil, exento de aportes, en donde sólo al terminar su labor se le asimiló a militar, para efectos prestacionales según se indicó anteriormente.

En conclusión, el reconocimiento de su condición de Militar asimilado no da lugar al pago de los aportes, por la potísima razón de que nunca se causaron porque no estuvo en servicio en tal condición.

Como arriba se señaló, la Subsección “B” en sentencia de 22 de octubre de 2009 Exp. No. 0084-08 – Actor: María Ana Julia Fonseca Infante, M.P. Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, concluyó:

“ ...

*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 Nacional por el hecho de que el causante materialmente prestó sus servicios como empleado civil a dicha entidad del orden nacional, la que asumía directamente el pago de las prestaciones de sus empleados, pero esta circunstancia, se reitera, debe definirse entre ellas y no es objeto de debate en el presente asunto.*

*Por lo expuesto in extenso, no hay lugar a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordene los descuentos por aportes de que tratan los artículos 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990, por lo cual, se decretará la nulidad parcial de la Resolución No. 163 de 28 de enero de 2004, en cuanto la entidad accionada se reservó la facultad de efectuar las referidas deducciones.*

...”

De conformidad con el derrotero expuesto en precedencia, la Sala considera que en el presente asunto es del caso acceder a las pretensiones de la demanda para que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no ordene descuento alguno por concepto de aportes a la referida Caja de que tratan los artículos 171 y 242 del Decreto 1211 de 1990, por lo cual, se decretará la nulidad parcial de la Resolución demandada, en cuanto la entidad accionada se reservó la facultad de efectuar las referidas deducciones.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

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

**DECLÁRASE LA NULIDAD** del artículo 5º de la Resolución 2211 de 2006, en cuanto la entidad accionada se reservó la facultad de efectuar las deducciones correspondientes a los aportes de afiliación y sostenimiento a la Caja, por el tiempo militarizado. A título de restablecimiento del derecho, se dispone:

**Ordénase** a la entidad accionada no efectuar los descuentos por aportes en virtud del reconocimiento de la asignación de retiro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

**GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN  
RINCON**

**ALFONSO VARGAS**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**  
**EXPEDIENTE No. 1837-06 ACTOR: GENITL GUARNIZO**