

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2018

Radicación: 76001-23-33-000-2014-00129-01
Número interno: 4219-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Álvaro Murcia Anturi
Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-163-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Álvaro Murcia Anturi en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana.

Pretensiones:¹

¹ Folio 12.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 20123460112871/ MDN-CGF-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPRE-SUREC-22-99 del 27 de junio de 2012, mediante el cual la entidad demandada niega la elaboración de la hoja de servicios del señor Álvaro Murcia Anturi.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

2. Ordenar a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Fuerza Aérea Colombiana, a través de la Dirección de Prestaciones Sociales, expedir la hoja de servicios, con determinación del grado militar asimilado que le corresponda al demandante, de acuerdo con la antigüedad en el servicio, incluyendo el servicio militar obligatorio y lo que conste en el expediente administrativo y el régimen jurídico pertinente, a fin de ser remitida a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

3. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos del «artículo 176 del C.C.A.» (sic).

Fundamentos fácticos²

1. El señor Álvaro Murcia Anturi, prestó sus servicios como músico en la Banda de Músicos de la Fuerza Aérea Colombiana, Escuela Militar de Aviación Marco Fidel Suárez, de la ciudad de Cali, Valle, por lo que le fue reconocida pensión de jubilación, como personal civil, en el grado de adjunto jefe, mediante Resolución 3331 del 19 de mayo de 1989.

2. Al prestar sus servicios como músico, tiene derecho a que a partir de su retiro le fueran «militarizados» los servicios para efectos de todo lo relacionado con las prestaciones sociales, de conformidad con lo previsto en la Ley 103 de 1912, vigente y aplicable al momento su retiro de mi poderdante (mayo de 1989).

3. Conforme a lo anterior, el 29 de marzo de 2012, presentó petición ante la entidad demandada, con el fin de que le fuera elaborada la hoja de servicios con la inclusión del tiempo prestado en la banda de música militar y se desplazara así la pensión de jubilación como civil, ya reconocida, por la

² Folios 12 a 14 del cuaderno principal.

asignación de retiro por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

4. La solicitud fue resuelta de forma negativa a través de Oficio 20123460112871 /MDN-CGF-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPRE-SUREC-22-99, proferido por la directora de Prestaciones Sociales (E) del Comando de la Fuerza Aérea.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL³

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁴

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvenición. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁵.

En el presente caso de folio 169 y minuto 3:40 a 3:45 del cd visible a folio 167, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] No se presentaron excepciones previas. [...]»

³ Folios 168 a 171 *ibidem*.

⁴ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB. ■

⁵ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo* EJRLB.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁶

En el *sub lite* a folio 170 y minuto 3:46 a 3:45 del cd visible a folio 167, se fijó el litigio respecto de los hechos que la entidad demandada acepta, los que no acepta y el problema jurídico, así:

Hechos que la demandada acepta y no acepta

«[...] El hecho tercero donde se dice que se le debe realizar la corrección de la hoja de vida, es el único. De resto todo se acepta. [...]»

Problema jurídico según la fijación del litigio

«[...] Es procedente la elaboración de la hoja de servicios del actor en su condición de músico de la banda de música de la entidad demandada. [...]»

La decisión fue notificada en estrados y no se presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁷

El *a quo* profirió sentencia en la audiencia inicial, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar precisó que conforme a los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990, la hoja de servicios militares con fines prestacionales y pensionales, es una actuación previa y necesaria para que la autoridad administrativa competente decida si el interesado tiene derecho a la asignación de retiro o a la pensión según el caso, cuya elaboración no le atañe a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, sino al Ministerio de Defensa Nacional.

⁶ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁷ Folios 171 a 179 del cuaderno principal.

Posteriormente, adujo que de conformidad con lo previsto en el artículo 1.º de la Ley 103 de 1912 y de su interpretación armónica, los miembros de las bandas de música del Ejército, se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896, asimilación que se refiere exclusivamente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

A continuación, analizó las pruebas obrantes en el plenario para señalar que el señor Álvaro Murcia Anturi se desempeñó como miembro de la banda de música de la Fuerza Aérea Colombiana, por 20 años, 5 meses y 11 días, en consecuencia le asistía el derecho a que la entidad demandada le elaborara la hoja de servicios para los efectos previstos en la Ley 149 de 1896, a fin de que posteriormente la autoridad competente decida lo que corresponda sobre la pensión o asignación de retiro.

De igual forma, resaltó que la nulidad del acto acusado en manera alguna reconoce derecho al demandante a la asignación de retiro. Acorde con el anterior razonamiento, el Tribunal de primera instancia: **i)** declaró la nulidad del acto administrativo demandado y; **ii)** a título de restablecimiento del derecho ordenó al Ministerio de Defensa elaborar la hoja de servicios militares por asimilación al señor Álvaro Murcia Anturi en el grado que corresponda, de acuerdo a la antigüedad en el servicio y demás requisitos legales, con la inclusión de los tiempos dobles y «el tiempo servido como soldado», si los tuviere según se demuestre en el expediente administrativo.

RECURSO DE APELACIÓN⁸

La entidad demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos que a continuación se exponen:

Luego de citar el artículo 1.º de la Ley 103 de 1912, sostuvo que esta norma fue derogada por la Ley 928 del 30 de diciembre de 2004, ello, en atención a la insistencia que se ha ofrecido por parte de los apoderados de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional y de la Fuerza Aérea, quienes prevaliéndose de una antiquísima normativa, han querido hacer prevalecer aparentes beneficios respecto de los derechos de pensión de jubilación que ya

⁸ Folios 180 a 186 *ibidem*.

perciben con el monto de una asignación de retiro, a la cual pueden acceder a través de la expedición de la hoja de servicios.

Señaló que se debe tomar en consideración que las Fuerzas Militares gozan de un régimen especial, por lo que no resulta objetivo dar aplicación a una serie de disposiciones que no se le pueden anteponer a este, en atención a las labores desempeñadas por el personal militar, como es la defensa permanente de la vida, honra y bienes de todos los ciudadanos, así como la disponibilidad permanente que les corresponde, por tales motivos, no puede aplicársele la Ley 103 de 1912 a los miembros de las bandas de música, además de que fue derogada.

Arguyó que no es procedente la militarización de los servicios prestados por el demandante en la banda de música, pues el artículo 138 de la Ley 126 de 1959 prohíbe asimilar sueldos de los cargos administrativos a los grados militares, por ende, la asimilación en materia prestacional quedó derogada expresamente, aunado a ello, acorde con el artículo 140 de la citada normativa, no es permitido legalmente, aplicar normas anteriores así tengan mayores beneficios.

Bajo tal entendido, afirmó que en atención a lo regulado por el artículo 230 Superior los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, dado que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, y, en el *sub lite* la fuerza que acompaña la Ley 126 de 1959 tiene mayor importancia en sus efectos, que el contenido en la jurisprudencia.

Finalmente, manifestó que la normativa contenida en la resolución del reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante, se encuentra incólume y dentro de las peticiones de la demanda, en ningún momento se solicita la nulidad de tales disposiciones o la suspensión de sus efectos, con lo cual se advierte el carácter de pensionado del demandante con la inclusión de todas las prebendas laborales en calidad de civil, lo cual no le permite acceder a una asignación de retiro.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en el desarrollo de esta etapa procesal, según constancia secretarial visible a folio 208 del expediente.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁰, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Cuestión previa

La parte demandante solicita declarar la nulidad del acto administrativo mediante el cual se negó la elaboración de la hoja de servicios a favor del señor Álvaro Murcia Anturi.

Ahora, si bien es cierto, la hoja de servicios, se constituye en el documento válido para la demostración del tiempo de servicios y por ello, se infiere que tal documento resulta ser un acto preparatorio del reconocimiento del derecho prestacional, lo cierto es que si se niega su elaboración o su modificación, se pone fin a la actuación administrativa que imposibilita el derecho sustancial pretendido, por tanto dicha negativa es enjuiciable ante esta jurisdicción y sujeta a anulación para, en su lugar, ordenar su producción con sujeción a la ley.

⁹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹⁰ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

En efecto, esta Corporación¹¹: ha sostenido:

«[...] Negar la modificación de la hoja de servicios es tanto como negar su expedición. Así entonces, la hoja de servicios y todos los actos que se profieran alrededor de ella serán de trámite, si no existe controversia frente a los tiempos certificados, pero si, por el contrario, se niega su expedición o su modificación, se está frente a actos de trámite que ponen fin a la actuación y hacen imposible continuarla, lo que implica que son demandables. [...]» (Subrayas fuera de texto).

En consecuencia, esta jurisdicción puede conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los cuales la entidad niegue la modificación o elaboración de la hoja de servicios, por lo que la Subsección procederá a estudiar el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia.

Problema jurídico

1. ¿El señor Álvaro Murcia Anturi tiene derecho a que el Ministerio de Defensa elabore su hoja de servicios, con ocasión de sus servicios prestados como músico en la Banda de Músicos de la Fuerza Aérea Colombiana, conforme a lo previsto en el artículo 1.º de la Ley 103 de 1912?

La Subsección adoptará la siguiente tesis: El demandante tiene derecho a que el Ministerio de Defensa Nacional le elabore la hoja de servicios militares, conforme pasa a explicarse.

Elaboración de la hoja de servicios

En primer lugar, es preciso señalar que la finalidad del trámite tendiente a la expedición de la hoja de servicios es la de acreditar un requisito que puede dar lugar al reconocimiento de pensión o asignación de retiro, es decir, es previo y necesario para acudir ante la autoridad competente a fin de que reconozca tal prestación, si se han satisfecho las condiciones exigidas en la ley.

En efecto, el artículo 235 del Decreto Ley 1211 de 1990¹², preceptúa:

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 27 de abril de 2006. Consejero ponente: Alberto Arango Mantilla. Expediente 11001-03-25-000-2003-00413-01(5209-03).

¹² « Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares».

«**ARTICULO 235. Hoja de Servicios.** La hoja de Servicios será elaborada de acuerdo con reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con la aprobación del respectivo Comandante de Fuerza.»

Por su parte, artículo 234 de la citada normativa prevé:

«**ARTÍCULO 234. Resoluciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.** El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa y a los procedimientos y requisitos que establezca la citada Caja, contra la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario.»

Conforme a lo previsto en la normativa en cita, la competencia del Ministerio de Defensa Nacional se limita a elaborar la hoja de servicios y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene a su cargo la responsabilidad de disponer lo atinente al reconocimiento de la pensión de jubilación o asignación de retiro.

En efecto, como lo ha precisado esta Corporación¹³ en reiteradas oportunidades, «[...] la hoja de servicios militares constituye un documento previo e indispensable para la obtención de la asignación de retiro. Por eso, quien pretenda el reconocimiento de esta prestación debe iniciar el trámite correspondiente, solicitando al Ministerio de Defensa Nacional la elaboración de la hoja de servicios, entidad que no puede negar su expedición, pues el Ministerio no es autoridad facultada para decidir si una persona tiene o no derecho a la asignación de retiro [...]».

En este sentido, se tiene que la hoja de servicios es un trámite previo e instituido para que quien se crea con derecho a la asignación de retiro, solicite la elaboración de esta y por ende pueda continuar con el trámite correspondiente, sin que le sea permitido al Ministerio de Defensa Nacional como el ente encargado de su expedición, negarla, toda vez que no es el organismo competente para definir si el interesado tiene o no derecho a aquella.

En conclusión: La elaboración de la hoja de servicios militares con fines prestacionales y pensionales, es una actuación administrativa previa y necesaria que debe expedir el Ministerio de Defensa, para que, luego de su trámite, la autoridad administrativa competente, esto, la Caja de Retiro de las

¹³ Ver sentencias, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 24 de agosto de 2006. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 11001-03-25-000-2001-00273-01(3896-01), Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 23 de noviembre de 2006, Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Radicación número: 19001-23-31-000-1999-01801-01(761-03).



Fuerzas Militares decida si el interesado tiene derecho a la asignación de retiro o a la pensión.

Régimen prestacional músicos de las bandas de música de las Fuerzas Militares

El artículo 1.º de la Ley 103 de 1912¹⁴ previó:

«[...] 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, como el que estuvieron al servicio de la República en las Bandas Oficiales de los Estados Unidos de Colombia o de cualquiera de los Estados de la Unión Colombiana [...]» (Subraya la Sala).

De otro lado, el artículo 175 del Decreto 1211 de 1990 preceptuó:

«[...] Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; igualmente son incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable [...].

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la normativa habilita la posibilidad para que los miembros de las bandas de música del Ejército sean considerados como militares para los efectos prestacionales de la Ley 149 de 1896¹⁵, a que tienen derecho estos servidores, en virtud de ello el legislador permitió computarles el tiempo que hubieran servido en las bandas oficiales de la Nación o de los Departamentos después del 7 de agosto de 1886.

Así lo ha entendido en múltiples pronunciamientos el Consejo de Estado, en los que ha reiterado¹⁶: «[...] la llamada militarización o asimilación a militares de los miembros de las Bandas de Música del Ejército para los efectos legales de la Ley 149 de 1896,

¹⁴ «Que aclara el sentido de algunas disposiciones sobre pensiones y recompensas».

¹⁵ Esta ley trata: «Sobre recompensas militares»

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia 30 de marzo de 2006. Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Expediente: 11001-03-25-000-2004-00124-00(2836-04), Se pueden consultar también las Sentencias de la misma Subsección del 21 de febrero de 2008. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Expediente No. 11001-03-25-000-2005-00216-01(9337-05), del 24 de agosto de 2006. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación: 11001-03-25-000-2001-00273-01(3896-01) y de la Subsección A. Sentencia del 5 de septiembre de 2012. Sentencia. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-01106-01(2459-10).

tiene relevancia exclusivamente en el reconocimiento de prestaciones sociales porque la Ley 103 de 1912 así lo dispuso [...]»

En efecto, ha sostenido esta Corporación¹⁷:

«[...] La demandante impetró la elaboración de la hoja de servicios con fundamento en los artículos 1º de la ley 103 de 1912, 23 de la Carta Política y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo.

[...]

En este punto no existe en la actualidad ninguna controversia porque 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 guerra y 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.

En efecto, esta Corporación, con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno, en sentencia de 20 de agosto de 1993, Expediente No. 5625, actores: Ana Flórez Tovar y otros, dijo:

“Sobre el particular la Sala Plena del Consejo en fallo de 18 de septiembre de 1979, exp. 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 aquellos”.

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

“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 podieran ser transmitidas a los beneficiarios de los militares, resulta obvio y claro que esto comprende a las personas que se reputaban militares.

Así se desprende de los antecedentes que dieron origen a la Ley de 1912. A los miembros de las bandas de música al servicio del ejército debe considerárseles como militares en servicio activo.

[...]

Con el extracto de hoja de vida quedó demostrado que el señor RAMON VILLAMIZAR ORDUZ prestó sus servicios como músico (folio 53) y por ello se reputa como militar durante ese lapso para todos los efectos prestacionales, según lo define la ley y lo sostiene la jurisprudencia. [...] (Subrayas del texto).

En este sentido, a los miembros de la banda de música de las Fuerzas Militares, le son aplicables las disposiciones previstas en la Ley 103 de 1912

¹⁷ Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 24 de agosto de 2006. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 11001-03-25-000-2001-00273-01(3896-01).

para efectos del reconocimiento de sus prestaciones sociales, pues dada la ficción legal que prevé la citada normativa, así se vinculen y presten sus servicios como civiles se reputan militares para efectos prestacionales.

- Conforme a lo previsto por el artículo 1.º de la Ley 103 de 1912, los miembros de las bandas de música del Ejército se reputarán militares para el reconocimiento de sus prestaciones sociales.
- En virtud a ello, el tiempo prestado por parte de los civiles vinculados a dichas bandas, debe ser computado para efectos prestacionales como militar.
- Conforme a lo anterior, el Ministerio de Defensa Nacional tiene la obligación de elaborar la hoja de servicios de los miembros de las bandas de música.
- Y en este sentido, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene a su cargo la responsabilidad de definir lo atinente al reconocimiento de la pensión de jubilación o asignación de retiro de tales servidores, conforme al tiempo prestado y cuál es más favorable.

Cabe resaltar, que a pesar de que no objeto de discusión durante todo el trámite del proceso, si bien la Ley 103 de 1912 se refiere a miembros del Ejército Nacional, debe asimilarse también a los miembros de la Fuerza Aérea Colombiana, pues solo con la expedición de la Ley 126 de 1919¹⁸, se creó esta última entidad, esto es, se introdujo en el Ejército la aviación, y, actualmente se denomina Fuerza Aérea Colombiana, la cual hace parte de las Fuerzas Militares¹⁹ y sus miembros tienen el mismo régimen que el del Ejército Nacional, según lo prevé el Decreto 1211 de 1990²⁰.

Ahora bien, en virtud de lo expuesto, del material probatorio recaudado dentro del presente proceso, se pudo acreditar lo siguiente:

¹⁸ «Por la cual se crea una Escuela Militar y se dictan medidas sobre aviación.»

¹⁹ Constitución Política, artículo 217: «La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. [...]» (Subrayas fuera de texto).

²⁰ « Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. »

- A folios 103 y 133 se allegó certificación expedida por la Dirección de Personal del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana, en la que se hace constar que el señor Álvaro Murcia Anturi prestó sus servicios en la Fuerza Aérea Colombiana desde el 1.º de abril de 1968 hasta el 1.º de junio de 1988, fecha en la que se retiró por tener derecho a pensión de jubilación, en el cargo de adjunto 1.º.
- A folio 128 se encuentra la orden administrativa del personal del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana del 30 de junio de 1988, en la cual se indicó que el demandante en su calidad de músico de la Escuela Militar de Aviación en la categoría de adjunto jefe, se retira del servicio.
- De folios 5 a 8, se aportó petición presentada el 29 de marzo de 2012²¹, ante la entidad demandada, a fin de que se elaborara la hoja de servicios militares, a fin de que se asimilara el tiempo de servicios como miembro de la banda de música, en los términos del artículo 1.º de la Ley 103 de 1912, con los respectivos tiempos dobles.
- La anterior solicitud fue resuelta de forma negativa a través de Oficio 20123460112871/MDN-CGF-FAC-COFAC-JEMFA-JED-DIPRE-REC-22-99 del 27 de junio de 2012, visible a folio 3 del expediente, proferido por la directora de Prestaciones Sociales (E) del Comando de la Fuerza Aérea, al considerar que: «[...] en la actualidad según concepto emitido por el Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de Defensa Nacional mediante oficio No. 75903-MDSGDALCC del 13 de noviembre de 2007, (anexo copia dos folios), se expone que a la fecha no se ha reconocido de manera oficiosa la expedición de la hoja de servicios, salvo orden judicial [...]».

Conforme a lo anterior, quedó demostrado que el señor Álvaro Murcia Anturi prestó sus servicios por más de 20 años, como músico de la banda de música de la Fuerza Aérea Colombiana y por ello, se debe reputar como militar entre el 1.º de abril de 1968 y el 1.º de junio de 1988, para todos los efectos prestacionales, según lo define la ley y lo sostiene la jurisprudencia.

Por lo tanto, incumplió entonces el Ministerio de Defensa Nacional el deber consagrado en los artículos 1.º de la Ley 103 de 1912 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990, pues se negó a elaborar la hoja de servicios del demandante, a

²¹ Conforme se observa en el acto administrativo demandado visible a folio 3.

pesar de que la ley expresamente le dio la calidad de militar al haberse desempeñado como músico de la banda de la Fuerza Aérea Colombiana, además eludir los múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado en igual sentido tal y como quedó analizado.

La Subsección comparte el criterio del *a quo* y en este sentido considera pertinente reiterar que en el *sub lite* no se decide si el demandante tiene o no derecho a la asignación de retiro, sino que únicamente se ordena al Ministerio de Defensa que elabore la hoja de servicios conforme a lo previsto en la Ley 103 de 1912, ya la autoridad competente definirá si es beneficiario o no de la asignación de retiro.

Es pertinente anotar que la Ley 928 de 2004²², derogó expresamente la Ley 103 de 1912, pero aquella norma comenzó a regir a partir de la fecha de su promulgación, es decir, el 30 de diciembre de 2004²³, derogatoria que no afecta al demandante, pues conforme se demostró el señor Murcia Anturí estuvo vinculado desde el 1.º de abril de 1968 hasta el 1.º de junio de 1988, retiro del servicio que se dio por tener derecho la pensión de jubilación, es decir, en vigencia de la Ley 103 de 1912.

Por otro lado, la Subsección considera desacertada la tesis planteada por la recurrente, según la cual por la resolución que le reconoció la pensión al demandante, en calidad de músico de banda, impide el reconocimiento de la asignación de retiro, pues si bien es cierto, existe incompatibilidad entre la pensión civil y la pensión militar, lo anterior no obsta para que si resulta más favorable esta última el interesado renuncie a la primera y se declare su extinción.

En efecto, sostuvo esta Corporación²⁴:

«[...] De acuerdo con la normatividad en cita es incuestionable que el libelista para ser beneficiario de la asignación de retiro como Sargento Segundo del Ejército Nacional debe previamente renunciar a la pensión de jubilación

²² ARTÍCULO 1o. OBJETIVO. Derógase la Ley 103 de 1912, "por la cual se aclara el sentido de algunas disposiciones sobre pensiones y recompensas" y las Leyes 102 de 1927, 107 de 1928 y 45 de 1931, en cuanto se relacionen con la asimilación de servicios prestados por personal civil de las bandas de músicos del Ejército Nacional a servicios militares y demás normas que sobre la materia se hayan proferido con posterioridad para su aclaración, adición, desarrollo o aplicación".

²³ La ley 928 de 2004 fue publicada en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de 2004.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 21 de febrero dos mil ocho 2008. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente No. 11001-03-25-000-2005-00216-01(9337-05).

reconocida desde el año 1991 pues la misma es incompatible con la asignación de retiro que se reconoce como consecuencia de la elaboración de la hoja de servicios militares ordenada mediante sentencia judicial.

La Ley 103 de 1912 estableció expresamente en su artículo 1º que los miembros de las bandas de música del Ejército se reputan militares, por ficción legal, computándoseles el tiempo que hayan servido en las bandas oficiales de la Nación o de los Departamentos después del 7 de agosto de 1886; al libelista, miembro de banda de música del Ejército, le era aplicable esta preceptiva para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro no desde cuando el Consejo de Estado ordenó la elaboración de la hoja de servicios sino desde que acreditó el cumplimiento de los requisitos de tiempo y edad.

De lo anterior se concluye que la entidad demandada estaba en la obligación de reconocer al demandante la condición de militar para efectos del otorgamiento de la asignación de retiro desde que acreditó el cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo, y demostró su retiro del servicio.

No es de recibo el argumento que la entidad demandada expuso para efectos de ordenar la extinción de la pensión de jubilación a partir del 25 de septiembre de 2003, fecha de la sentencia que ordenó la expedición de la hoja de servicios militares, pues el actor, como miembro de la banda de música del Ejército siempre a (sic) ostentado la calidad de militar. [...]» (Subrayas fuera de texto).

Finalmente, tampoco es de recibo el argumento esgrimido por la entidad demandada, en el sentido de que el artículo 138 de la Ley 126 de 1959²⁵, derogó expresamente lo preceptuado en el artículo 1.º de la Ley 103 de 1912, pues solo se limitó a prohibir la asimilación de los «sueldos de los cargos administrativos al de los grados de militares», situación totalmente disímil a la aquí debatida porque las bandas de música tienen tratamiento distinto por la ley, pues la prohibición opera solo para efectos fiscales y no prestacionales, esto es, a partir de cuándo se reconoce el derecho, más no el reconocimiento del derecho como tal.

En conclusión: El demandante en su calidad de personal civil, como músico de la Banda de Músicos de la Fuerza Aérea Colombiana, Escuela Militar de Aviación, tiene derecho a que se le asimile como militar para los efectos prestacionales y por ende, es procedente la elaboración de la hoja de servicios militares a cargo del Ministerio de Defensa Nacional tal como lo ordenó el a quo.

²⁵ «Por la cual se reorganiza la carrera de Oficiales de las Fuerzas Militares.»

Decisión de segunda instancia

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección con ponencia del magistrado William Hernández Gómez²⁶ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

²⁶ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, no es procedente la condena en costas, toda vez si bien es cierto, no prosperaron los argumentos del recurso de apelación, la parte demandante no intervino en el trámite de la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 4 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Álvaro Murcia Anturi contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea Colombiana.

Segundo: Sin condena en costas en la segunda instancia.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa Justicia Siglo XXI y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

²⁷ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»



Expediente: 76001-23-33-000-2014-00129-01

N.º Interno: 4219-2016

Demandante: Álvaro Murcia Anturi

Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional, Fuerza Aérea

Apelación Sentencia-Ley 1437 de 2011

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ