



Función Pública

Sentencia 2010-01097 de 2020 Consejo de Estado

ACUMULACIÓN DE TIEMPO DE SERVICIO LABORADO COMO PERSONAL CIVIL EN EL MINISTERIO DE DEFENSA Y COMO MILITAR EN LAS FUERZAS ARMADAS- Improcedencia

La Sala considera necesario precisar la inviabilidad de acumular el tiempo laborado como personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, con el servido a la fuerza pública como militar, a efectos de acceder a la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1214 DE 1990-ARTÍCULO 98

MIEMBRO DE LAS FUERZAS MILITARES / ASIGNACIÓN DE RETIRO - No aplicación del régimen del personal civil del Ministerio de Defensa / PRINCIPIO NON REFORMATIO IN PEJUS

Para el 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993, la demandante se encontraba en servicio activo como militar, luego en los términos del artículo 279 *idem* está excluida de la aplicación de la citada regulación y su situación pensional se rige por el Decreto 1211 de 1990, como lo indicó el acto administrativo que le reconoció la asignación de retiro, y no por el estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa contenido en el Decreto 1214 de 1990. En este orden, la señora Rosa Helena Paredes Martínez para ser beneficiaria de las disposiciones contenidas en el Decreto 1214 de 1990 tenía que: i) haber accedido al cargo en su condición de civil antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, ii) completar los veinte (20) años continuos o discontinuos en tal condición, esto es, como civil.(...) el límite del fallador de segunda instancia lo constituye los argumentos que se aducen en contra de la decisión que se adoptó, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el apelante se excluyen del debate en instancia superior, en aplicación al principio de congruencia de la sentencia. De la misma forma, la competencia del *ad quem* la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por la cual no es posible que, con su decisión, agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con la controversia le hubiere sido definida al apelante único en la sentencia de primera instancia. , como el recurso de apelación se encuentra dirigido a que se reconozca dentro de la liquidación de la pensión de jubilación ordenada por el *a quo*, los valores correspondientes a la bonificación por gestión judicial y/o bonificación por compensación, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y la prima sin carácter salarial como factores salariales devengados por la demandante durante su vinculación como Fiscal ante el Tribunal Superior Militar, la Sala negará el reconocimiento pretendido por considerar que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993-ARTÍCULO 279 / DECRETO 1211 DE 1990 / DECRETO 1214 DE 1990

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B
Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS
Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020).
Radicación número: 25000-23-25-000-2010-01097-01(3582-13)
Actor: ROSA HELENA PAREDES MARTÍNEZ
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Tema: Pensión de Jubilación -

Fiscal Tribunal Superior Militar

Segunda Instancia - Decreto 01 de 1984

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012), por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sala de Descongestión - accedió a las pretensiones de la demanda promovida por la señora Rosa Elena Paredes Martínez contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Rosa Helena Paredes Martínez, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó la nulidad de la Resolución 2265 del 28 de junio de 2010 proferida por el Director de Veteranos y Bienestar Social y la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, a través de la cual se le negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación contenida en el Decreto 1214 de 1990, en su condición de Ex - Fiscal ante el Tribunal Superior Militar.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada, a reconocer y pagar una pensión mensual de jubilación, equivalente al 75% del último salario mensual devengado, más la totalidad de los factores salariales (bonificación por servicios prestados, bonificación por gestión judicial, prima sin carácter salarial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones) de conformidad con lo establecido en el Decreto 1214 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, con efectividad a partir del 5 de enero de 2010, y la respectiva indexación.

De igual forma, solicitó que no se limite el valor de la pensión mensual de jubilación, que se le aplique la indexación sobre los valores adeudados desde que se hicieron exigibles hasta que se realice el pago, y que las sumas que resulten se ordene ajustarlas al valor de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., junto a los intereses moratorios establecidos en el artículo 177 *ibidem*, y se dé cumplimiento a la sentencia conforme al artículo 176 del C.C.A.

1.1. Hechos

Las pretensiones de la demanda se fundan en los siguientes hechos (ff. 73 – 97):

La señora Rosa Helena Paredes Martínez prestó sus servicios al Estado, por más de 30 años, al Ministerio de Defensa Nacional, sin solución de continuidad, desde el 9 de abril de 1979 hasta el 4 de enero de 2010.

Afirmó que nació el 10 de agosto de 1953, y para la fecha en que se desvinculó de la entidad, tenía 57 años.

A través del Acta 1489 del 9 de abril de 1979, la demandante se posesionó como Especialista Cuarto. Luego mediante Acta 1151 del 11 de junio de 1979, ascendió a Teniente, y fue escalafonada como oficial de las Fuerzas Militares.

Ingresó a la Justicia Penal Militar de la Fuerza Aérea para desempeñar el cargo de Auditora Auxiliar 20 de Guerra, Grado 17, cargo del cual tomó posesión el 22 de abril de 1986. Mediante la Resolución 8073 del 26 de noviembre de 1991, fue nombrada Auditora de Guerra Auxiliar 93 Grado 17, cargo del cual tomó posesión el 15 de enero de 1992. A través de la Resolución 08916 del 18 de agosto de 1993, fue designada Auditora Principal de Guerra, retirada mediante la Resolución 11679 del 28 de diciembre de 1995.

Por el Decreto 2129 del 1 de diciembre de 1995 es retirada del servicio activo como oficial de la Fuerza Aérea Colombiana, y mediante la Resolución 136 del 9 de enero de 1996, fue nombrada Juez 131 de Instrucción Penal Militar con sede en la Base Aérea Marco Fidel Suárez, Escuela Militar de Aviación, tomando posesión el 11 de enero de 1996.

Posteriormente, se desempeñó como Juez de Instancia ante la Escuela Militar de Aviación, a través del Decreto 1217 del 12 de agosto de 2000; por la Resolución 0140 del 19 de febrero de 2002 como Juez de Escuelas de Formación y Grupos Aéreos.

A través de la Resolución 1684 del 29 de diciembre de 2004, es retirada del cargo de Juez de Escuelas de Formación y Grupos Aéreos, y es nombrada Fiscal ante el Tribunal Superior Militar, cargo del cual tomó posesión el 4 de enero de 2005.

Afirmó que la demandante fue ascendida hasta alcanzar el grado de Teniente Coronel, del cual fue retirada del servicio activo de la Fuerza Aérea Colombiana, con novedad fiscal 1 de diciembre de 1995, continuando como civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sin solución de continuidad, hasta el 4 de enero de 2010. Es decir, que la vinculación de la demandante ha sido de manera permanente, sin solución de continuidad desde el 9 de abril de 1979 al 4 de enero de 2010.

El 14 de diciembre de 2009, la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación en consideración a las disposiciones contenidas en el Decreto 1214 de 1990, esto es, igual al 75% del último salario devengado, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales, por pertenecer a un régimen especial y ser beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, en cuanto a la entrada en vigor, la demandante tenía más de 41 años.

A través de la Resolución 2265 del 28 de junio de 2010, el Director de Veteranos y Bienestar Social y la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, declaró que no hay lugar a reconocer ni ordenar el pago de suma alguna por concepto de pensión mensual de jubilación, teniendo en cuenta que el 1 de diciembre de 1995, ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993.

Afirmó que la demandante renuncia a la asignación de retiro que devenga de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, una vez le sea reconocida la pensión de jubilación por parte del Ministerio de Defensa Nacional, en razón a la diferencia de lo devengado como Fiscal y la asignación reconocida, violando con ello el derecho a la seguridad social en forma proporcional.

1.2. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Los artículos 1, 2, 13, 48, 53 y 280 de la Constitución Nacional; literal a) del artículo 2 de la Ley 4ª de 1992; 2, 4, 98 y 102 del Decreto 1214 de 1990; Decreto 4040 de 2004; Decreto 610 de 1999; 36, 273 y 279 de la Ley 100 de 1993; 127 del Código Sustantivo del Trabajo, sustituido por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990; y 60 del C.C.A.

2. Contestación de la demanda

La Nación, Ministerio de Defensa Nacional mediante apoderado judicial, contestó la demanda en memorial visible a folios 105 a 142 del expediente, en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda. Se refirió a las normas relativas a las fuerzas militares y realizó un amplio análisis de algunos pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado relacionados con el ajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en el IPC, a la aplicación de la Ley 100 de 1993 para los miembros de las Fuerzas Militares y no lo consagrado en el régimen especial.

Afirmó que *“el hecho de que se afirme que la asignación de retiro se asimila a una pensión, no conlleva como conclusión ineludible que por ello deba aplicarse a la asignación de retiro la metodología de incrementos establecida en la Ley 100 de 1993, pues tal conclusión desconocería todas las subreglas que la Corte Constitucional estableciera para negar la aplicación de la mencionada ley a los retirados de la fuerza pública, aparte de que la aludida conclusión se sostendría sobre un argumento aislado para inaplicar una ley especial.”*

Refirió que los beneficios establecidos en materia prestacional en el Decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, son considerados más favorables que los que establece el régimen general de la Ley 100 de 1993.

Como petición especial solicitó que en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda, se debe tener en cuenta que la demandante actualmente goza del beneficio de la asignación de retiro, reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, razón por la cual la sentencia debe precisar expresamente sobre la renuncia de la misma.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala de Descongestión, a través de la sentencia proferida el veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012), declaró la nulidad del acto administrativo demandado, condenó a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional a reconocer y pagar a la demandante una pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, a partir del 5 de enero de 2010¹, prestación que deberá ser reajustada conforme a la ley.

De la misma forma ordenó descontar lo adeudado por concepto de pensión civil de jubilación, todo aquello percibido por asignación de retiro durante el mismo tiempo, con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y adicionalmente podrá cobrar las cuotas partes por el tiempo aportado a la misma por la demandante. Le ordenó a la entidad demandada que sobre las sumas de condena reconozca y pague los ajustes de valor conforme al IPC, conforme lo autoriza el artículo 178 del C.C.A. y negó las demás pretensiones de la demanda.

Para resolver el problema jurídico, transcribió el contenido de la sentencia proferida por esta Corporación de fecha 30 de septiembre de 2010, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, dentro del expediente 760012331000200300508.01 (2578 – 2007), para concluir que la demandante prestó sus servicios como Oficial de la Fuerza Aérea y una vez retirada por llamamiento a calificar servicios, se vinculó a la Justicia Penal Militar como Juez 43 de Instrucción Penal Militar, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Conforme con la jurisprudencia mencionada, encontró que, por haber laborado la demandante por más de 15 años de servicio, se hizo acreedora a la asignación de retiro, no obstante, una vez retirada ingresó sin solución de continuidad como Juez y Fiscal de la Jurisdicción Penal Militar en la misma entidad. Además, la demandante se encontraba dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual concluyó que le es aplicable el régimen especial de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, a efectos de realizar el reconocimiento de la pensión.

Consideró que es viable la acumulación de tiempos públicos y civiles, siempre que se cumpla con el requisito de encontrarse en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, motivo por el cual es posible acceder al reconocimiento de la pensión civil de jubilación en los términos del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990 y demás normas concordantes, incluyendo en la liquidación de las partidas lo dispuesto en el artículo 102 *ibidem*.

Refirió que no hay lugar a incluir la bonificación por gestión judicial percibida por la demandante en el año anterior al retiro, teniendo en cuenta que artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, no la consagra. Y manifestó que el Ministerio de Defensa Nacional, deberá descontar lo adeudado por concepto de pensión civil de jubilación, lo percibido por asignación de retiro durante el mismo tiempo, con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para evitar el doble pago por el mismo concepto y sobre la misma fuente.

Finalmente estableció que este reconocimiento no es óbice para que el Ministerio de Defensa Nacional, le cobre cuota parte a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por el tiempo aportado a la misma por la demandante.

4. Recurso de apelación

La demandante mediante apoderado judicial formuló recurso de apelación en contra de la sentencia del 28 de noviembre de 2012 (ff. 248 – 258).

Solicitó que el reconocimiento efectuado por la sentencia se ordene a partir del 5 de enero de 2010, y no desde el 17 de enero de 2001, como lo establece el numeral a) del artículo 2 de la parte resolutive, en razón a que la demandante laboró como Fiscal ante el Tribunal Superior Militar hasta el 4 de enero de 2010.

Alegó que no se tuvieron en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación reconocida en la sentencia, lo devengado por concepto de bonificación por gestión judicial y/o bonificación por compensación, la bonificación por servicios prestados, la prima de vacaciones, y la prima sin carácter salarial, por cuanto dichas partidas no se encuentran enunciadas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, omitiendo que para el personal de la justicia penal militar a través del Decreto 4040 de 2004, se ordenó el reconocimiento de la bonificación por compensación.

Afirmó que con ocasión a la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2011, recobró vigencia el Decreto 610 de 1998, por lo que la bonificación por compensación, se constituye como factor salarial para efectos de determinar la pensión de vejez, conforme al Decreto 1214 de 1990, y hace parte integrante del ingreso del último sueldo devengado, que al no ser incluido dentro de la liquidación de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, se está incurriendo en vía de hecho, al desconocerle sus derechos fundamentales al debido proceso, con afectación al mínimo vital y al derecho a la igualdad.

Afirmó que, si bien es cierto, algunos factores salariales no aparecen relacionados en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, estos no se pueden tomarse como una relación taxativa de factores, pues se correría el riesgo de quedar por fuera otros que por naturaleza se pueden tomar para establecer la base de liquidación, es decir, todo lo que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa de sus servicios.

Sostuvo que se le está violando el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, en razón a que no se le está reconociendo los factores salariales correspondientes a: bonificación por gestión judicial y/o bonificación por compensación, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial, teniendo en cuenta que en relación con funcionarios de la misma categoría, a quienes se les reconoció la pensión de jubilación directamente por parte del Ministerio de Defensa Nacional, se le aplicó íntegramente el Decreto 1214 de 1990, incluyendo los factores salariales antes mencionados.

Afirmó que todos los magistrados de los Tribunales a nivel nacional poseen la misma categoría dentro del escalafón de funcionarios judiciales, deben llenar los mismos requisitos y calidades para desempeñar el cargo, y ostentan los mismos derechos y obligaciones. Con fundamento en lo anterior, solicitó se le ordene al Ministerio de Defensa Nacional, a reconocer y pagar a la demandante una pensión mensual de jubilación, equivalente al 75% del último salario mensual devengado, incluyendo la totalidad de los factores salariales: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, bonificación por compensación y/o gestión judicial, prima sin carácter salarial, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, a partir del 5 de enero de 2010.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Por la parte demandante

En escrito visible a folios 329 a 339 del expediente, la demandante a través de apoderado judicial presentó alegatos de conclusión, en el cual reiteró lo alegado en el recurso de apelación. Sostuvo que no se encuentra de acuerdo con la sentencia de primera instancia, al no haberse incluido dentro de la liquidación de la pensión de jubilación lo correspondiente a la bonificación por gestión judicial y/o bonificación por compensación, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial.

Fundó su desacuerdo en relación con que no hay lugar a incluir la bonificación por gestión judicial por no encontrarse enlistada dentro de las partidas indicadas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, omitiendo que a través del Decreto 4040 de 2004, dicha prestación fue reconocida para el personal de la justicia penal militar.

Se refirió a que el Consejo de Estado mediante sentencia del 14 de diciembre de 2011, declaró la nulidad del Decreto 4040 de 2004, por violar la normatividad constitucional, y al aceptar una transacción o desistimiento de un derecho irrenunciable, motivo por el cual recobró vigencia el Decreto 610 de 1998, por lo que el factor salarial bonificación por compensación y/o bonificación por gestión judicial, es factor salarial para efectos de determinar la pensión de vejez que conforme al Decreto 1214 de 1990 hace parte integral del ingreso del último sueldo devengado.

Sostuvo que, al no incluir dentro del último sueldo devengado, la bonificación por compensación que venía percibiendo la demandante en su condición de Fiscal ante el Tribunal Superior Militar, se está incurriendo en vía de hecho al desconocer de manera flagrante los derechos fundamentales, como son: el debido proceso, el mínimo vital y el derecho a la igualdad.

Reiteró que *“si bien es cierto que algunos factores salariales no aparecen relacionados en el art. 102 del Decreto 1214 de 1990, éstos no se pueden tomarse como una relación taxativa de factores, pues de hacerlo, se correría el riesgo de quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para establecer la base de liquidación (...)”*.

Refirió a diferentes sentencias pronunciadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, que en casos similares se ordenó reconocer y pagar la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% de conformidad con las disposiciones del Decreto 1214 de 1990, y en la cual se incluyeron la totalidad de los factores salariales que habitual y periódicamente recibieron como retribución de sus servicios, entre los que se encuentra la bonificación por gestión judicial.

5.2. Por la entidad demandada

Vencido el término concedido para presentar alegatos de conclusión mediante auto del 30 de julio de 2014, visible a folio 273 del expediente, la entidad demandada guardó silencio.

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado mediante concepto 398 del 31 de octubre de 2014, visible a folios 341 a 349 reverso, solicitó modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar la inclusión del factor salarial, bonificación por compensación, en la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a la demandante.

Consideró que la sentencia de primera instancia fue acertada, en cuanto en aplicación al principio de favorabilidad, los tiempos laborados como

servidor oficial al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y el prestado como servidor civil de la misma institución son acumulables en aplicación al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Refirió que a la demandante se le debe aplicar el régimen especial al cual se vinculó antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, el Decreto 1214 de 1990, para efectos de reliquidar la pensión que viene disfrutando (asignación de retiro) y sustituirla por la pensión de jubilación prevista para los servidores civiles del Ministerio de Defensa, liquidando la prestación con los factores previstos por este régimen especial en su artículo 102, conforme fue ordenado.

Sostuvo que, en relación con el pago efectivo de la pensión de jubilación, observó que el Tribunal hizo la corrección en dicho aspecto, y mediante auto del 7 de junio de 2007, motivo por el cual no hay lugar a referirse en este aspecto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo², el Consejo de Estado, es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2.2. Problema jurídico

La Sala decide si con ocasión del reconocimiento de la pensión de jubilación que se hizo en la sentencia de primera instancia, la demandante tiene derecho a que en la liquidación se le tengan en cuenta los valores correspondientes a la bonificación por gestión judicial y/o bonificación por compensación, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y la prima sin carácter salarial, factores que no fueron incluidos por el *a quo* en el reconocimiento prestacional deprecado.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la sentencia del 28 de noviembre de 2012, accedió al reconocimiento de la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 75% de conformidad con lo establecido en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Previo a cualquier pronunciamiento, es oportuno precisar que no se hará mención alguna respecto a la solicitud presentada en el recurso de apelación, en relación con la fecha del reconocimiento de la pensión de jubilación ordenada por el *a quo*, teniendo en cuenta que mediante auto del 7 de junio de 2013 (ff. 260 – 264), se ordenó corregir el literal a) del numeral segundo 2 de la parte resolutive de la sentencia, en lo relacionado a que la prestación se reconocerá a partir del 5 de enero de 2010, y no como erradamente se había realizado en la sentencia.

2.3. Análisis de la Sala

Como punto de partida, la Sala considera necesario precisar la inviabilidad de acumular el tiempo laborado como personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, con el servido a la fuerza pública como militar, a efectos de acceder a la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Tal y como lo relató la sentencia de primera instancia, la demandante fue Oficial de la Fuerza Aérea Colombiana en los grados de Teniente y Teniente Coronel, este último del cual fue retirada de la actividad militar por llamamiento a calificar servicios mediante el Decreto 2129 de 1996, efectiva a partir del 28 de febrero de 1996 (ff. 166 – 168). Debido a su condición de militar, a través de la Resolución 0453 del 29 de marzo de 1996, se le reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro, por haber acreditado 17 años, 1 mes y 9 días de servicios militares, teniendo en cuenta la baja efectiva a partir del 26 de febrero de 1996.

Luego, mediante la Resolución 136 del 9 de enero de 1996, fue nombrada Juez de Instrucción Penal y Militar, y posteriormente Fiscal del Tribunal Superior Militar, mediante el Decreto 1684 del 29 de diciembre de 2004, para un periodo de 5 años. Así pues, es claro para la Sala que se desempeñó como Fiscal del Tribunal Superior Militar, en calidad de civil.

Así las cosas, la Sala advierte que la demandante antes del 1º de abril de 1994 (fecha de entrada en vigor del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones) hacía parte de Fuerza Aérea Colombiana en el grado de Teniente Coronel, y se desempeñaba como Auditora de Guerra Principal con sede en el Cuartel General del Comando de la Fuerza Aérea, encontrándose regida por el Decreto 1211 de 1990. En su condición de oficial de la Fuerza Aérea y al acreditar el tiempo de servicios, le fue reconocida una asignación de retiro mediante la Resolución 0453 del 29 de marzo de 1996, acto administrativo que se fundó en los artículos 158 y 163 del citado Decreto Ley 1211 de 1990, que regula el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Por consiguiente, para el 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993, la demandante se encontraba en servicio activo como militar, luego en los términos del artículo 279 *idem* está excluida de la aplicación de la citada regulación y su situación pensional se rige por el Decreto 1211 de 1990, como lo indicó el acto administrativo que le reconoció la asignación de retiro, y no por el estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa contenido en el Decreto 1214 de 1990. En este orden, la señora Rosa Helena Paredes Martínez para ser beneficiaria de las disposiciones contenidas en el Decreto 1214 de 1990 tenía que: i) haber accedido al cargo en su condición de civil antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, ii) completar los veinte (20) años continuos o discontinuos en tal condición, esto es, como civil; pues así lo determinó esta Corporación en sentencia del 1 de septiembre de 2014, criterio que fue reiterado en el fallo del 9 de marzo de 2017³. En efecto, en la primera de dichas providencias se consideró:

“Así las cosas, para el 1º de abril de 1994, cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993 la demandante se encontraba en servicio como militar, luego era beneficiaria del régimen exceptuado y excluida del régimen de transición. Para el reconocimiento de la asignación de retiro en el año 2001 se le tuvo en cuenta el tiempo laborado como militar, que en todo caso no es factible computar nuevamente o tener en cuenta para acceder a un reconocimiento pensional que no es propio con dicho tiempo, porque para acceder a la pensión de jubilación en términos del estatuto de personal civil, si fuera aplicable a la actora, requería en primer lugar haber accedido al cargo en su condición de civil con

anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y en segundo lugar haber completado los veinte años continuos o discontinuos en tal condición, esto es, como civil.

La vinculación para determinar el régimen pensional aplicable a la demandante está determinado por el acto administrativo de nombramiento como Magistrada del Tribunal Superior Militar surtido mediante Decreto No. 1256 del 7 de julio de 1998 nombra a la Coronel abogada como Magistrada del Tribunal Superior Militar como integrante de la Quinta Sala para el periodo de cinco (5) años y su posesión en ese cargo llevada a cabo en la misma época.

Como se trata de cargo de periodo fijo el régimen jurídico difiere con relación a los restantes cargos de la justicia penal militar, por tener vocación de permanencia limitada en el tiempo, por tanto el que haya continuado prestando su servicio como civil para culminar el periodo para el cual fue nombrada Magistrada en nada influye para variar al régimen civil y pretender computar tiempo en esta condición.

Debe recordarse que el retiro como militar se produjo a partir del día 1 de julio de 2001, y desde el 1 de octubre se le reconoció asignación de retiro para la que se le computó un total de 22 años, 1 mes y 19 días, tiempo que en todo caso no es posible computar al servido como civil en cargo de periodo para acceder a la pensión de jubilación solicitada, porque de un lado la fecha de vinculación como magistrada lo fue en su condición de militar condición tenida en cuenta para el reconocimiento del régimen pensional aplicable, y porque para acceder a la pensión de jubilación solicitada requería cumplir las previsiones del art. 98 o 99 del Decreto 1214 de 1990 en el entendido que su vinculación como civil se diera con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, supuesto factico que no se presenta en este caso”⁴.

Visto que, en el caso bajo análisis, la demandante no cumple ninguno de los requisitos reseñados para acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación regulada en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, toda vez que accedió al cargo de Fiscal ante el Tribunal Superior Militar en condición de civil, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (enero de 1996), y no acreditó 20 años de servicio en dicha calidad, motivo por el cual la Sala no comparte la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Empero, la sentencia no podrá ser revocada ante la prohibición de hacer más gravosa la situación del apelante único, conforme a las previsiones consagradas en el artículo 31 de la Constitución Política: “Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”, y en concordancia con las disposiciones contenidas en el inciso 3 del artículo 328 del Código General del Proceso⁵, que dispone:

“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.”.

Sobre esta garantía procesal, la Corte Constitucional en la sentencia T-1186 de 2003 consideró que constituye un derecho fundamental así:

“3. La jurisprudencia ha dicho que la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivizado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos.

(...)

4. De acuerdo con lo expuesto, entonces, se tiene lo siguiente:

- La proscripción de la reforma en perjuicio del condenado es un derecho fundamental.
- Como derecho fundamental, la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado constituye un límite tanto a la competencia del superior que decide la apelación, como al poder punitivo del Estado.
- Cuando ese derecho fundamental se desconoce, se desborda uno de los límites impuestos por el constituyente al ejercicio del poder penal del Estado, se configura una vía de hecho y hay lugar a su amparo constitucional.”

Sobre la prohibición de la *non reformatio in pejus*, la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, en sede del recurso extraordinario de revisión, a través de sentencia del 7 de octubre de 2014, consideró que el ejercicio de la impugnación para el apelante único, no le puede derivar efectos nocivos en lo atinente a las ventajas reconocidas por el juez de primera instancia, así:

“Por otra parte, si bien es cierto la competencia funcional del superior se delimita por aquello que fue objeto del recurso de apelación, cuando se trate de un “apelante único”, de esto no se sigue que el juez pierda competencia para valorar los medios probatorios que le permitan estimar o denegar lo que es objeto del recurso. La regla constitucional⁶ que proscribe la reformatio in peius, contenida en el inciso segundo del Artículo 31 de la Constitución, impone al juez el deber de abstenerse de agravar la situación definida en la sentencia primera instancia, cuando se esté en presencia de “un único interés o múltiples intereses no confrontados”⁷, esto es, de un “apelante único”. Su finalidad, por tanto, es permitir el libre ejercicio de los recursos, sin que por el hecho de la impugnación se deriven efectos nocivos para el apelante único, respecto de las situaciones ventajosas reconocidas por el juez de primera instancia.

(...) Lo anterior es consecuencia de lo dispuesto por el inciso primero del Artículo 357 del CPC, aplicable en virtud de la remisión contenida en el Artículo 267 del CCA, el cual dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 357. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 175 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones".⁸

Resulta claro, que el límite del fallador de segunda instancia lo constituye los argumentos que se aducen en contra de la decisión que se adoptó, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el apelante se excluyen del debate en instancia superior, en aplicación al principio de congruencia de la sentencia. De la misma forma, la competencia del *ad quem* la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por la cual no es posible que, con su decisión, agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con la controversia le hubiere sido definida al apelante único en la sentencia de primera instancia.

A la luz de esta garantía, que le impone al juez de segunda instancia el deber de conservar del fallo apelado aspectos que no resulten desfavorables para el apelante único, por lo cual está en la obligación de respetar y mantener incólume las decisiones frente a las cuales no se hubiese dirigido cuestionamiento alguno, en razón a que la ausencia de oposición pone de evidencia que el interesado no estima perjudiciales para sus intereses las decisiones del fallo de primera instancia que no recurrió, al encontrarse conforme con ellos.

Ahora bien, como el recurso de apelación se encuentra dirigido a que se reconozca dentro de la liquidación de la pensión de jubilación ordenada por el *a quo*, los valores correspondientes a la bonificación por gestión judicial y/o bonificación por compensación, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y la prima sin carácter salarial como factores salariales devengados por la demandante durante su vinculación como Fiscal ante el Tribunal Superior Militar, la Sala negará el reconocimiento pretendido por considerar que la demandante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión del artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Con fundamento en lo anterior, es necesario advertirle a la demandante, que se encuentra en la potestad de escoger entre conservar la asignación de retiro que hasta el momento viene percibiendo por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, o solicitar el reconocimiento de la pensión de jubilación acogiendo los planteamientos expuestos en la sentencia de primera instancia.

III. DECISIÓN

Bajo estas consideraciones se deberá confirmar la sentencia de primera instancia, en aplicación al principio de *non reformatio in pejus*, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil doce (2012), proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda promovida por la señora Rosa Helena Paredes Martínez en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Mediante auto del 7 de junio de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca corrigió el literal a) del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia del 28 de noviembre de 2012, en el sentido de indicar que la pensión que se reconoce con la sentencia apelada, se hace efectiva a partir del 5 de enero de 2010.

2. 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 o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

3. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 25000-23-25-000-2011-00040-01 (3823-2014).

4. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, proceso con radicado 25000-23-25-000-2010-00166-01 (1641-12).

5. Aplicable en virtud de la remisión del artículo 296 del CPACA.

6. RAMÍREZ GRISALES, Richard Steve. “Non reformatio in pejus” en las actuaciones administrativas. En: Letras Jurídicas, Vol. 11, N° 2. p. 133.

7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-327 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Esta posición fue reiterada en las sentencias C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-583 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

8. Consejo de Estado, Sala Plena de Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de octubre de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-01284-00.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 14:04:43