



Sentencia 2015-05560 de 2020 Consejo de Estado

MIEMBROS DE LAS BANDAS DE MÚSICA DEL EJÉRCITO NACIONAL- Se asimilan a militares /ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA - Incompatibilidad / RECONOCIMIENTO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO - Reconocimiento a partir del vencimiento del periodo de Alta y no desde la fecha en que se deja de recibir la pensión de jubilación

El supuesto de hecho contenido en la mencionada norma [Artículo 175 del Decreto 1211 de 1990] permite colegir que para ser beneficiario de la asignación de retiro concedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resulta necesaria la renuncia a la pensión de jubilación otorgada por el Ministerio de Defensa e incluso por otra entidad pública.(...) el señor Pedro Enrique Peña Bernal por cumplir el tiempo de servicio exigido en el Decreto 1211 de 1990, en su condición de suboficial del Ejército Nacional, tiene derecho a recibir una asignación de retiro, por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, exigible al culminar los tres meses de alta, tal y como le establece el Artículo 163 del decreto *ibidem* y no desde el 1 de noviembre de 2014 (fecha en que dejó de recibir la pensión de jubilación por parte de la UGPP), como lo hizo la entidad demandada. En virtud de lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de ordenar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante a partir del 3 de julio de 2001, cuando se vencieron los 3 meses de alta de que trata el aludido Decreto 1211 de 1990. Ahora, con relación al motivo de inconformidad expuesto por la entidad demandada en el recurso de apelación, se debe precisar que si bien la extinción de la pensión de jubilación otorgada por CAJANAL al señor Peña Bernal, era un presupuesto para la inclusión en nómina, como se dispuso en la Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, también es cierto que dicha situación no era un elemento indispensable para definir la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro, pues el derecho surge para el beneficiario a partir del momento en que cumple con los requisitos legales para ello, y su formalización se sujeta a los parámetros definidos por el legislador. En este sentido, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en su condición de pagadora de la asignación de retiro tiene la posibilidad de descontar las sumas pagadas por la UGPP al demandante, por concepto de pensión de jubilación y reintegrarlas a dicha entidad con el fin de disponer la respectiva compensación y evitar la configuración de un pago doble por un mismo concepto prestacional, con cargo al erario.

FUENTE FORMAL.: LEY 103 DE 1912 / LEY 2ª DE 1945 / DECRETO 1211 DE 1990 / DECRETO 1211 DE 1990- ARTÍCULO 163 / DECRETO 1211 DE 1990- ARTÍCULO 234

IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO / PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES

La pensión y/o asignación de retiro es una prestación económica social, de orden constitucional, de naturaleza periódica o de tracto sucesivo, que es imprescriptible. Dado el carácter de imprescriptible del derecho pensional, el interesado pueda formular solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. El término de prescripción extintiva que establece el legislador se aplica respecto de los créditos o mesadas pensionales, pero no frente al derecho. La prescripción extintiva de las mesadas pensionales opera por el tiempo que establezca el legislador, contados hacia atrás desde la fecha en que se efectuó la reclamación gubernativa.(...) si bien el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro es de carácter imprescriptible ya que se causa día a día y se puede solicitar en cualquier época por el interesado, también es cierto que las mesadas pensionales están sujetas a término de prescripción, el cual para el caso de las personas que se benefician del Decreto 1211 de 1990, corresponde a aquellas causadas 4 años antes de la fecha en que se haya formulado la respectiva reclamación administrativa ante la entidad demandada.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 148 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / DECRETO 1211 DE 1990 -ARTÍCULO 174

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-42-000-2015-05560-01(0727-19)

Actor: PEDRO ENRIQUE PEÑA BERNAL

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho- Ley 1437 de 2011

Tema: Reajuste asignación de retiro – Fecha de reconocimiento.

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 19 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El señor Pedro Enrique Peña Bernal, mediante apoderado judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el Artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad de los siguientes actos:

- Resolución N° 2433 de 24 de marzo de 2015, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del señor Pedro Enrique Peña Bernal, a partir del 1 de noviembre de 2014.

- Resolución N° 3875 de 12 de mayo de 2015, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la Resolución N° 2433 de 24 de marzo de 2015, confirmándola en todos sus aspectos.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene a la parte demandada realizar el reconocimiento de la asignación de retiro, a partir del 2 de abril de 2002, fecha en que se retiró del servicio y, en consecuencia, se proceda al pago de las sumas que resulten a favor del demandante.

De igual manera, pidió que se condene a la demandada a que las sumas de dinero reconocidas sean indexadas y que se paguen los intereses moratorios establecidos en el Artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

Solicitó que se dé cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el Artículo 192 del CPACA, y que se condene en costas a la entidad accionada.

Los hechos en los que la parte actora fundamentó las pretensiones de la demanda son los siguientes¹:

Indicó que el señor Pedro Enrique Peña Bernal prestó sus servicios como músico y Director de la Banda Nacional de Músicos de Bogotá, desde el 1° de septiembre de 1969 hasta el 28 de enero de 1993, razón por la cual la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL EICE, mediante Resolución N° 12475 de 1 de diciembre de 1994 le reconoció una pensión de jubilación.

Sostuvo que paralelamente, el demandante laboró como músico para el Ministerio de Defensa en el grado de Especialista y Adjunto, desde el 9 de septiembre de 1981 al 1 de abril de 2002, computando un tiempo de servicio de 21 años, 1 mes y 5 días.

Aseveró que el accionante solicitó ante el Ejército la elaboración de su hoja de servicios militares, teniendo en cuenta que la Ley 103 de 1912 establecía que *“los miembros de las bandas de guerra del Ejército se reputan militares para efectos de la Ley 149 de 1896, asimilación que exclusivamente se refiere al reconocimiento y pago de prestaciones sociales”*. Sin embargo, dicha reclamación fue negada por la entidad.

Afirmó que presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, que por sentencia de 16 de septiembre de 2004 le ordenó al Ministerio de Defensa Nacional, expedir la hoja de servicios militares del señor Pedro Enrique Peña Bernal, en el grado que le corresponda de acuerdo con la antigüedad en el servicio incluyendo los tiempos dobles y el tiempo de servicio como soldado de acuerdo con lo que consta en el expediente administrativo.

Adujo que una vez la Dirección de Personal del Ejército Nacional expidió la hoja de servicios N° 32 de 30 de agosto de 2005, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del demandante, en cuantía equivalente al 74% efectiva a partir de la fecha en que fuera extinguida la pensión de jubilación reconocida por CAJANAL.

Informó que a través de escrito de 29 de agosto de 2014, le solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, la extinción de la pensión de jubilación, reconocida mediante Resolución N° 12475 de 1994.

Relató que la UGPP, por Resolución N° RDP 030980 de 10 de octubre de 2014, revocó la Resolución N° 12475 de 1 de diciembre de 1994, sin señalar fecha de extinción.

Expresó que por escrito de 2 de septiembre de 2014, el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el pago de la asignación de retiro reconocida al señor Peña Bernal, a través de la Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006.

Señaló que CREMIL, por oficio de 21 de noviembre de 2014 le solicitó a la UGPP aclaración de la Resolución N° RDP 030980 de 10 de octubre de 2014, en el sentido de precisar la fecha en que el actor había dejado de percibir su mesada pensional, y señalar los valores cancelados a partir del 29 de junio de 1994 hasta la fecha del último pago.

Dijo que la UGPP, a través de oficio N° 20147226395801 de 29 de diciembre de 2014, informó que el señor Pedro Enrique Peña Bernal cobró mesadas hasta el mes de octubre de 2014, por valor de \$1.316.848.43.

Manifestó que CREMIL, mediante Resolución N° 2433 de 24 de marzo de 2015 ordenó el pago de la asignación de retiro del actor a partir del 1 de noviembre de 2014, por lo que presentó recurso de reposición contra la anterior decisión, pero la entidad demandada la confirmó, a través de Resolución N° 3875 de 12 de mayo de 2015.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Se indican las siguientes:

Constitución Política, los Artículos 2, 13, 53 y 220

Decreto [1211](#) de 1990, Artículos 174 y 232

El apoderado del accionante señaló que los actos administrativos demandados desconocieron las normas en las que debían fundarse (enunciadas anteriormente), por cuanto desarrollaron una interpretación equivocada de la normativa que regula la fecha para determinar la asignación de retiro.

Adujo que la asignación de retiro es un derecho que está especialmente protegido por el Artículo 53 de la Constitución, porque se trata de un ingreso mensual que garantiza el mínimo vital de su beneficiario y como tal debe pagarse de manera oportuna y en el porcentaje que corresponde, por lo que el reconocimiento efectuado por Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en una fecha distinta al retiro del servicio, se constituye en una irregularidad de tal entidad, que desconoce las normas legales y constitucionales que regulan la prestación social.

Expresó que por virtud de lo dispuesto en la Ley 103 de 1912 al actor se le debió reconocer una asignación de retiro y no una "pensión civil", por lo que en realidad CREMIL es la responsable de la prestación y tenía la obligación de efectuar el pago de la obligación a partir del 2 de abril de 2002, fecha en que se produjo el retiro del accionante.

Aseveró que la entidad demandada no tuvo en cuenta que la UGPP, mediante oficio N° 20145026398871 de 29 de diciembre de 2014, aclaró la fecha en que operaba la extinción de la pensión ordinaria, indicando que tal situación se materializaba a partir del 1 de abril de 2001; asimismo, remitió la liquidación en la que consta que esa entidad canceló desde el año 2004 hasta el 2014, por concepto de pensión al señor Peña Bernal e informó el número de cuenta y el banco en donde CREMIL debe consignar la suma que debe reintegrar.

Afirmó que la asignación de retiro es un derecho imprescriptible e irrenunciable, que en el presente caso requería de la expedición de la hoja de servicios, que era una obligación oficiosa del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 122 del Decreto [1211](#) de 1990, según el cual *"El reconocimiento de las prestaciones sociales a que tienen derecho los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares o sus beneficiarios, debe ser tramitado de oficiosamente por el Ministerio de Defensa o por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, según el caso"*.

Explicó que si bien en su momento optó por la pensión de jubilación y esta fue reconocida por CAJANAL, también es cierto que posteriormente solicitó al Ministerio de Defensa Nacional la elaboración de la hoja de servicios, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, ante la favorabilidad que le asistía de acuerdo con la Ley 103 de 1912; sin embargo, esta petición fue negada por lo que acudió a la jurisdicción contencioso administrativa.

Relató que la hoja de servicios militares se expidió por orden judicial el 30 de agosto de 2005, y el retiro del servicio se produjo el 2 de abril de 2002, lo que significa que el reconocimiento de la prestación debe efectuarse a partir de esta última fecha, y no como lo realizó la demandada a partir del mes de noviembre de 2014, con pleno conocimiento que debía hacerse desde el momento en que se presenta el retiro definitivo del servicio, por cuanto reconocer la asignación con fecha diferente quebrantaría las normas constitucionales y legales.

Manifestó que la actuación de la entidad desconoce el Artículo 13 de la Constitución, porque generó una discriminación injustificada sobre el actor, en la medida en que le negó el reconocimiento de la asignación de retiro a partir de la fecha de su desvinculación del servicio, sin tener en cuenta que se trata de una persona de 60 años edad que se encuentra en situación de debilidad manifiesta y merece especial protección constitucional y, en otros eventos accedió a tal pretensión.

2. Contestación de la demanda

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, actuando a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos²:

Expresó en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia de 16 de septiembre de 2004 del Consejo de Estado, se procedió a laborar la Hoja de Servicios N° 32 de 30 de agosto de 2005 del señor Pedro Enrique Peña Bernal, homologando los tiempos de servicio como civil a tiempos de servicio como militar en el grado de Sargento Segundo.

Explicó que la Caja procedió a reconocer el derecho asignación de retiro del actor, mediante Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, quedando condicionado el pago de la prestación a la extinción de la pensión de jubilación que venía percibiendo por parte de CAJANAL.

Señaló que CAJANAL extinguió la pensión de jubilación que venía devengando el actor, mediante Resolución N° RDP 030980 del 10 de octubre de 2014, aclarada por el auto N° ADP 12213 del 23 de diciembre de 2014, a partir del 30 de octubre de 2014, lo cual permitió que CREMIL a través de Resolución N° 242 de 24 de marzo de 2015 adicionara la Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, en el sentido de establecer como fecha de reconocimiento de la asignación de retiro el 01 de noviembre de 2014.

Agregó que el Artículo 128 de la Constitución Política dispone que “(...) *nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (...)*”, lo que significa que, de hacerse el reconocimiento de la asignación de retiro del actor a partir del 2 de abril de 2002, fecha en la que se retiró del servicio del Ejército, como lo pretende el actor, y no desde el 1 de noviembre de 2014, cuando se materializó la extinción de la pensión de jubilación otorgada por CAJANAL, se estaría incurriendo en un doble pago, prohibido expresamente por la carta política.

Agregó que el actor no puede pretender devengar una pensión de jubilación y simultáneamente, por el mismo tiempo, recibir un sueldo de retiro, toda vez que eso es incompatible por mandato constitucional, razón por la cual el reconocimiento de la asignación de retiro solo podía operar una vez se constatará la extinción de la prestación reconocida por CAJANAL.

Consideró que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a la normativa vigente aplicable al demandante, de acuerdo con su situación fáctica acreditada, por lo que se presumen legales, por lo que no se incurrió en ninguna causal de nulidad.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B mediante la sentencia proferida el 19 de abril de 2018, declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda³.

Señaló que los documentos allegados al proceso, permiten advertir que el actor prestó sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional durante 21 años, 1 mes y 13 días en calidad de sargento segundo, y por tanto, de conformidad con lo establecido en el Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990⁴ tiene derecho a que su asignación de retiro sea reconocida en un monto equivalente al 74% de las partidas de que trata el Artículo 158 ibídem, a partir de la fecha en que culminaron los 3 meses de alta, esto es, el 3 de julio de 2001, y no desde el 1° de noviembre de 2014 como lo realizó la entidad demandada.

Sostuvo que si bien la UGPP al momento de extinguir la pensión de jubilación reconocida al actor no indicó la fecha exacta en que operaba esta situación, lo cierto es que debía entenderse que tal prestación quedaba extinta desde el momento en que nace el derecho del actor al reconocimiento de la asignación de retiro, es decir, desde el 3 de julio de 2001, cuando ya se encuentran vencidos los 3 meses de alta.

Indicó que el demandante presentó reclamación ante la administración el 29 de agosto de 2014, por lo que reajuste de la asignación de retiro del actor debe realizarse desde el 3 de julio de 2001, pero con efectos fiscales a partir del 29 de agosto de 2010, en virtud del fenómeno de la prescripción cuatrienal, prevista en el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

5. El recurso de apelación

5.1 La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 19 de abril de 2018, solicitando que se revoque la decisión y se nieguen las pretensiones de la demanda, reiterando las razones expuestas en la contestación de la demanda⁵.

5.2 La parte demandante a través de su apoderada propuso recurso de apelación⁶ contra la providencia de 19 de abril de 2018, argumentando que el término de prescripción no debió contarse a partir de la petición de 29 de agosto de 2014, como lo hizo el Tribunal, por cuanto el accionante solicitó por primera vez la asignación de retiro el 14 de septiembre de 2005, y ello permitió que la entidad expidiera la Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, por medio de la cual se reconoció la prestación. En consecuencia, la asignación de retiro debe tener efectos fiscales a partir del 14 de septiembre de 2001.

Por lo anterior, solicitó revocar el numeral cuarto de la parte resolutive de la providencia recurrida y en su lugar ordenar el pago de los reajustes de la asignación de retiro del actor, a partir del 14 de septiembre de 2001, es decir, que los 4 años atrás de que trata el término de prescripción previsto en el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, deben contarse a partir de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación, que se efectuó el 14 de septiembre de 2005.

6. Alegatos de conclusión

6.1 La parte demandante⁷ insistió que se revoque el numeral cuarto de la parte resolutive del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero aclaró que el término de prescripción de los 4 años de que trata el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 debe contarse a partir de la fecha de la solicitud de la asignación de retiro, que en el caso del actor “*sería el 11 de noviembre de 2005, reiterada el 28 de marzo de 2006*”.

Anotó que el que el actor solicitó la asignación de retiro, por cumplir los requisitos exigidos para ello, el 11 de noviembre de 2005, una vez fue expedida la hoja de servicios, por lo que la prestación fue reconocida con Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, condicionado el pago

hasta que el demandante solicitara ante la UGPP la extinción de la pensión de jubilación.

Reiteró que en la demanda se pidió la modificación de la fecha de su reconocimiento, para que operara a partir del 3 de julio de 2001; sin embargo, debido al fenómeno de la prescripción, el pago se debía iniciar 4 años atrás contados a partir del momento en que el actor pidió el reconocimiento, esto es, el 11 de noviembre de 2005, por lo que los efectos fiscales de la prestación tenían que iniciar el 11 de noviembre de 2001.

Por otra parte resaltó que el pago de la prestación no puede afectar negativamente el reconocimiento, ni se debe incurrir en un pago doble, pues la entidad demandada al momento de dar cumplimiento a la sentencia, puede proceder a descontar de la liquidación que realice, la suma correspondiente a lo percibido por el actor por concepto de pensión de jubilación hasta cuando le fue cancelada la última mesada (31 de octubre de 2014), ordenando el reintegro de los dineros a la UGPP, de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

6.2 La parte demandada guardó silencio

7. El Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del Artículo 150 del CPACA, le corresponde al Consejo de Estado conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos.

2. Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala determinará si procede revocar y/o modificar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, se establecerá i) si el señor Pedro Enrique Peña Bernal tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro a partir del vencimiento de los tres meses de alta y; ii) si la prescripción de las mesadas pensionales debe operar a partir de la fecha en que se solicitó el reconocimiento de la prestación o cuando se pidió la extinción de la pensión de jubilación.

La Sala con el fin de resolver el problema jurídico planteado seguirá el siguiente esquema: i) marco jurídico; ii) hechos probados; y iii) caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 La connotación de militares de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional.

El Congreso de la República, mediante la Ley 103 de 1912⁸, aclaró el sentido de algunas disposiciones sobre pensiones y recompensas. En su Artículo 1º señaló:

“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...”.

A su vez, la Ley 2ª de 1945, en su Artículo 56, estableció:

“Los empleados civiles del ramo de guerra tendrán derecho a las siguientes prestaciones sociales: (...)

PARÁGRAFO: El personal de mayordomos, músicos, cocineros, sirvientes, rancheros, palafreneros, ordenanzas, asistentes y demás individuos de esta categoría, tendrán derecho a las prestaciones sociales de que trata este Artículo, dentro de las condiciones en él establecidas y siempre que no tengan derecho a prestaciones distintas...”.

La referida disposición le dio una connotación de militares a los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional, para los efectos de la Ley 149 de 1896, que dispone lo relativo a las recompensas y pensiones a que tenían derecho estos servidores, solo para fines prestacionales.

Ahora, el Decreto 1211 de 1990⁹ reguló el régimen prestacional de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y estableció los requisitos mínimos para que pudieran acceder al reconocimiento y pago de una asignación de retiro en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5)* días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de

alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el Artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto”.

Por su parte, los Artículos 234 y 235, establecieron lo siguiente:

ARTÍCULO 234. RESOLUCIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponda 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, mediante resolución del Director General, contra la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario.

ARTÍCULO 235. HOJA DE SERVICIOS. La Hoja de Servicios ser 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.

El legislador con las disposiciones mencionadas estableció dos presupuestos elementales para que la entidad pagadora procediera al reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, esto es, i) debe reconocerse a partir del momento en que termine los tres meses de alta y; ii) conforme con la información consolidada en la hoja de servicios.

Por otro lado, cabe señalar que el Artículo 175 del Decreto 1211 de 1990 desarrolla la incompatibilidad entre la asignación de retiro y las pensiones, así:

“... 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...”.

El supuesto de hecho contenido en la mencionada norma permite colegir que para ser beneficiario de la asignación de retiro concedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resulta necesaria la renuncia a la pensión de jubilación otorgada por el Ministerio de Defensa e incluso por otra entidad pública.

3.2 La prescripción en material pensional y en las asignaciones de retiro de la fuerza pública.

La prescripción extintiva en materia laboral es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, por lo que la finalidad de establecer un término legal para ejercer de los mecanismos de reclamación radica en la efectividad del principio de la seguridad jurídica, que evita la configuración de controversias laborales indefinidas, a través de instrumentos que faciliten el tránsito por las vías legales y del entendimiento racional su correspondiente resolución.

No obstante, es pertinente aclarar que no todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo; como ocurre en el caso de las pensiones, pues una vez la persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado “status” de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento; de manera que, sólo el fallecimiento de la persona hace viable la terminación del mismo, salvo cuando haya lugar a la sustitución pensional establecida en la ley o en las normas convencionales sobre la materia, para los beneficiarios de dicho derecho.

Para la Corte Constitucional el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, teniendo en cuenta que el Artículo 48 de la Constitución Política garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el Artículo 53 superior obliga al pago oportuno de las pensiones.

Lo anterior, dada la naturaleza de la prestación económica y social de la cual se trata, según la cual, “...el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas.”.¹⁰

En este orden, se tiene que de acuerdo con la jurisprudencia Constitucional el legislador puede establecer un término de prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial mismo del derecho constitucional. Aplicando estos criterios, la Corte concluyó que la ley no podía consagrar la prescripción del derecho a la pensión como tal, aunque sí podía establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas¹¹. Al respecto dijo:

“Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (C.P., arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada, salvo para lo relacionado con la denominada “pensión gracia” de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se conceden por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar.

Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho¹². (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Este criterio, ha sido sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en la Sentencia del 25 de octubre de 1985, dijo: "(...) la pensión proporcional de jubilación es imprescriptible, salvo la prescripción de las respectivas mesadas pensionales, que prescriben a los tres años, como lo tiene dicho la jurisprudencia."

Posteriormente, dicha Corporación judicial, en la Sentencia del 26 de mayo de 1986, expresó que: "(...) Respecto al fondo del asunto se observa que, conforme lo ha definido la jurisprudencia, la pensión de jubilación, por ser una prestación social de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, no prescribe en cuanto al derecho en sí mismo, sino en lo atinente a las mesadas dejadas de cobrar por espacio de tres años, y, además, trae aparejada una situación jurídica regulada por la ley que, entre otras cosas, incluye los reajustes económicos de tal derecho".

Por su parte, el Consejo de Estado, ha reiterado el referido criterio, bajo los siguientes argumentos:

"(...) Los planteamientos del a-quo en lo que hace con el derecho de la demandante a reclamar el reajuste de la pensión que viene disfrutando, se ajustan a derecho, toda vez que la prescripción extintiva respecto de las prestaciones periódicas opera únicamente en relación con las mesadas anteriores a los tres (3) años anteriores a la fecha en que se efectuó la reclamación gubernativa, y no en cuanto al derecho pensional mismo que la jurisprudencia ha definido como imprescriptible"¹³ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En reciente pronunciamiento, esta Corporación sostuvo lo siguiente:

"(...) La Constitución Política en su Artículo 58¹⁴ dispone que los derechos adquiridos con arreglo a la ley deberán respetarse, así entonces, en el caso de la pensión gracia aquellos docentes que acrediten 50 años de edad, buena conducta, una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980 y 20 años de servicio en el orden territorial o nacionalizado tendrán derecho a que se reconozca y pague el derecho pensional.

La connotación de derecho adquirido no implica que esté exento del fenómeno de la prescripción, entendido este como el límite temporal para el ejercicio del derecho, es decir, que si el pensionado no hace valer su derecho dentro del periodo legal preestablecido, se presumirá que lo ha abandonado o renunciado a él. Luego entonces, es claro que la figura pretende castigar la desidia o negligencia de quien detenta el derecho y no ejerce su facultad de forma oportuna. Empero, dada la naturaleza periódica y vitalicia de la pensión gracia, la prescripción se aplicará exclusivamente respecto de las mesadas pensionales no peticionadas en tiempo, según lo establecen las normas aplicables a las prestaciones sociales.

(...)

De conformidad con lo expuesto, es viable colegir que estarán afectadas por el fenómeno de la prescripción las mesadas pensionales que no se soliciten dentro del término de tres años, así como también que se verá interrumpido cuando el servidor público haya elevado petición o reclamo ante la entidad empleadora en relación con el derecho del que presuntamente es titular (...)"¹⁵.

Ahora bien, es importante destacar que en atención a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la jurisprudencia de esta Corporación y la de la Corte Constitucional han reconocido a las asignaciones de retiro el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación.

Así ocurrió en sentencia C-432 de 2004, mediante la cual el Alto Tribunal Constitucional señaló que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la asignación de retiro es el término del legislador utilizado para referirse a la pensión de vejez de los miembros de la Fuerza Pública.

En cuanto a la prescripción, esta Corporación ha ratificado en varias oportunidades la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento y/o reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, al indicar que es viable que el interesado pueda solicitar en cualquier tiempo; sin embargo, el pago de las mesadas no tiene tal carácter, por lo que resulta aplicable la prescripción de las mismas, ya sea trienal o cuatrienal de acuerdo con el caso en concreto. Al respecto se señaló:

"La ley ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible, por esa razón es viable que el interesado pueda elevar la solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo. No obstante que el derecho es imprescriptible, sí lo son las acciones que emanan de los derechos prestacionales y en consecuencia prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador."¹⁶

De los anteriores pronunciamientos se deducen las siguientes directrices:

- La pensión y/o asignación de retiro es una prestación económica social, de orden constitucional, de naturaleza periódica o de tracto sucesivo, que es imprescriptible.

- Dado el carácter de imprescriptible del derecho pensional, el interesado pueda formular solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier

tiempo.

- El término de prescripción extintiva que establece el legislador se aplica respecto de los créditos o mesadas pensionales, pero no frente al derecho.

- La prescripción extintiva de las mesadas pensionales opera por el tiempo que establezca el legislador, contados hacia atrás desde la fecha en que se efectuó la reclamación gubernativa.

En atención a las anteriores consideraciones, cabe mencionar que para aquellos oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que consolidaron su derecho en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, el Artículo 174 reguló el tema de la prescripción en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

En este orden, si bien el derecho al reconocimiento de la asignación de retiro es de carácter imprescriptible ya que se causa día a día y se puede solicitar en cualquier época por el interesado, también es cierto que las mesadas pensionales están sujetas a término de prescripción, el cual para el caso de las personas que se benefician del Decreto 1211 de 1990, corresponde a aquellas causadas 4 años antes de la fecha en que se haya formulado la respectiva reclamación administrativa ante la entidad demandada.

4. Hechos relevantes probados

En el expediente se encuentran acreditadas las actuaciones adelantadas tanto por la parte demandante como por la parte demandada con relación a la asignación de retiro del actor, a partir de la copia de los siguientes documentos:

Escrito radicado el 15 de septiembre de 2005 ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual el señor Pedro Enrique Peña Bernal a través de apoderada solicitó *“el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en el grado de Sargento Segundo de conformidad con lo dispuesto en la hoja de Servicios Militares número 32 del 30 de agosto de 2005 y aprobada mediante resolución 1068 de Septiembre 6 de 2005 con tiempo de 21 años 1 mes 5 días. A partir de su retiro de acuerdo con lo establecido en la ley 103 de 1912 a favor del señor PEDRO ENRIQUE PEÑA en aplicación de la prescripción retroactividad de que trata el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, y el reconocimiento de la totalidad de las primas y demás reconocimientos de ley”*¹⁷.

La constancia de 29 de octubre de 2002, emitida por el jefe de personal del Batallón Guardia Presidencial, en la que se indica que el demandante se desempeñó como director de la banda de músicos desde el 9 de septiembre de 1981 hasta el 1° de abril de 2002¹⁸

La Resolución N° 1068 de 6 de septiembre de 2005, expedida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, por medio de la cual se aprobó la hoja de servicios del señor Pedro Enrique Peña Bernal y se asimiló al grado de Sargento Segundo¹⁹.

La Hoja de Servicios N° 32 de 30 de agosto de 2005, en la que se advierte que se advierte que el señor Pedro Enrique Peña Bernal prestó sus servicios durante 21 años, 1 mes y 5 días²⁰.

La Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, emitida por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante la cual se dispuso²¹:

“ARTÍCULO 1° Ordenar el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a favor del señor Sargento Segundo (r) del Ejército PEDRO ENRIQUE PEÑA BERNAL (...) con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cuantía del 74% del sueldo en actividad correspondiente a su grado (...)

ARTÍCULO 2° Disponer que el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor Sargento Segundo (r) del Ejército PEDRO ENRIQUE PEÑA BERNAL, será a partir de la fecha en que sea extinguida la pensión de jubilación que tiene reconocida el citado Suboficial, a cargo de CAJANAL, por renuncia expresa del titular (...).”

Escrito de 29 de agosto de 2014, por medio del cual el señor Pedro Enrique Peña Bernal, le solicitó a la UGPP la extinción de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución N° 12475 de 1 de diciembre de 1994²².

La Resolución N° RDP 30980 de 10 de octubre de 2014, proferida por la UGPP, mediante la cual se resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Revocar en todas y cada una de sus partes, la Resolución N° 12475 del 01 de diciembre de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Conforme al Artículo anterior, ORDENAR que, por el ÁREA DE NÓMINA, se proceda a efectuar LA EXCLUSIÓN EN NÓMINA DE PENSIONADOS de manera inmediata de la Resolución N° 12475 de 01 de diciembre de 1994, mediante la cual se reconoció una pensión DE JUBILACIÓN”.

El Oficio N° 201445143709132 de 29 de diciembre de 2014, expedido por la UGPP, mediante el cual se dio respuesta a la petición radicada por

el accionante el 10 de diciembre de 2014, en el sentido de informar que el valor neto pagado al señor Pedro Enrique Peña Bernal por concepto de pensión de jubilación desde abril de 2001 hasta octubre de 2014 fue de \$177.735.289 mcte²³.

Escrito de 2 de septiembre de 2014 con el que el accionante solicita a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el pago de la asignación de retiro reconocida mediante Resolución N° 1784 de 2006²⁴.

Oficio N°20155023888611 de 6 de mayo de 2015 a través de la cual la UGPP le informó a CREMIL que "(...) el valor neto pagado al señor Pedro Enrique Peña Bernal por pensión de jubilación desde abril de 2001 hasta octubre de 2014 fue de \$ 177.735.289.19 M/CTE". Asimismo, indica el número de cuenta en la que se puede realizar el pago de los valores adeudados²⁵.

4.1 Los actos administrativos acusados

Resolución N° 2433 de 24 de marzo de 2015, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del señor Pedro Enrique Peña Bernal, a partir del 1 de noviembre de 2014²⁶.

Resolución N° 3875 de 12 de mayo de 2015, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la Resolución N° 2433 de 24 de marzo de 2015, confirmándola en todos sus aspectos²⁷.

5. Caso Concreto

El señor Pedro Enrique Peña Bernal solicitó la nulidad de las Resoluciones N° 2433 de 24 de marzo de 2015 y N° 3875 de 12 de mayo de 2015, expedidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, por medio de las cuales ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del demandante, a partir del 1 de noviembre de 2014 y se resolvió desfavorablemente un recurso de reposición contra el primer acto administrativo.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección B accedió parcialmente a las súplicas de la demanda así: i) declaró la nulidad de los actos demandados; ii) ordenó reajustar la asignación de retiro del actor teniendo en cuenta como fecha de reconocimiento de la misma, el 3 de julio de 2001; iii) declaró la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 29 de agosto de 2010 y; iv) dispuso "(...) pagar los valores correspondientes a las diferentes que resulten del reajuste ordenado en el ordinal tercero, pero con efectos fiscales a partir del 29 de agosto de 2010 en virtud del fenómeno prescriptivo cuatrienal, actualizados (...)".

El Tribunal explicó que de acuerdo con hoja de servicios el actor, se evidenciaba que el señor Pedro Enrique Peña Bernal se retiró del servicio activo del Ejército Nacional el 2 de abril de 2001 y, según lo dispuesto en el Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, el reconocimiento de la asignación de retiro procede al vencimiento de los 3 meses de alta, contados desde la fecha de desvinculación del servicio, razón por la cual consideró que la prestación social surgía a partir del 3 de julio de 2001.

Inconforme con la decisión del Tribunal, la parte demandada interpuso recurso de apelación argumentando que la asignación de retiro debía operar a partir del momento en que se extinguió definitivamente la pensión de jubilación reconocida por la UGPP al actor, porque no se podía reconocer una misma prestación durante periodos simultáneos, dado que se incurriría en un pago doble con recursos públicos, lo cual se encuentra prohibido por la Constitución (Artículo 128).

Por su parte, el demandante también formuló recurso de apelación contra la providencia del Tribunal, señalando que el término de prescripción previsto en el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, debe contarse a partir de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación, que se efectuó el 14 de septiembre de 2005, lo que significa que la asignación de retiro debe tener efectos fiscales a partir del 14 de septiembre de 2001.

De acuerdo con los hechos probados en el presente asunto, se observa que la Dirección de Personal del Ejército Nacional, expidió la Hoja de Servicios N° 32 de 30 de agosto de 2005, en la que consta que el Sargento Segundo Pedro Enrique Peña Bernal, ingresó a la institución el 9 de septiembre de 1981 y se retiró del servicio activo, el 2 de abril de 2001, por lo que prestó sus servicios durante 21 años, 1 mes y 5 días.

Los Artículos 163 y 234 del Decreto 1211 de 1990, con relación a la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y las formalidades que debe tener en cuenta la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para el reconocimiento de la prestación establecen lo siguiente:

"ARTÍCULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5)* días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el Artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto (...)" (negrilla fuera de texto).

"ARTÍCULO 234. RESOLUCIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponda 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, mediante resolución del Director General, contra la cual procede el recurso de reposición ante el mismo funcionario". (Negrilla fuera de texto).

Bajo las referidas consideraciones fácticas y jurídicas, se coligue que el señor Pedro Enrique Peña Bernal por cumplir el tiempo de servicio exigido en el Decreto 1211 de 1990, en su condición de suboficial del Ejército Nacional, tiene derecho a recibir una asignación de retiro, por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, exigible al culminar los tres meses de alta, tal y como le establece el Artículo 163 del decreto *ibídem* y no desde el 1 de noviembre de 2014 (fecha en que dejó de recibir la pensión de jubilación por parte de la UGPP), como lo hizo la entidad demandada.

En virtud de lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de ordenar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante a partir del 3 de julio de 2001, cuando se vencieron los 3 meses de alta de que trata el aludido Decreto 1211 de 1990.

Ahora, con relación al motivo de inconformidad expuesto por la entidad demandada en el recurso de apelación, se debe precisar que si bien la extinción de la pensión de jubilación otorgada por CAJANAL al señor Peña Bernal, era un presupuesto para la inclusión en nómina, como se dispuso en la Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, también es cierto que dicha situación no era un elemento indispensable para definir la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro, pues el derecho surge para el beneficiario a partir del momento en que cumple con los requisitos legales para ello, y su formalización se sujeta a los parámetros definidos por el legislador.

En este sentido, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en su condición de pagadora de la asignación de retiro tiene la posibilidad de descontar las sumas pagadas por la UGPP al demandante, por concepto de pensión de jubilación y reintegrarlas a dicha entidad con el fin de disponer la respectiva compensación y evitar la configuración de un pago doble por un mismo concepto prestacional, con cargo al erario.

Al respecto, esta Corporación²⁸ en un asunto similar se pronunció en el siguiente sentido:

"(...) En otros términos, como el finado señor Álvaro Muñoz Sarria, el 17 de marzo de 2004, presentó su primera petición en aras de obtener del Ministerio de Defensa Nacional la expedición de la hoja de servicios militares con el reconocimiento de los tiempos prestados como músico de la banda del Ejército Nacional y así lograr posteriormente, a través de Cremil, el reconocimiento de la asignación de retiro que le resultaba más favorable, en lo que insistió su cónyuge como beneficiaria sustituta de la pensión civil, es procedente acceder a la extinción de esta prestación de la que es beneficiaria, desde el 1° de enero de 1982, pero con efectos ficiales a partir del 17 de marzo de 2000, por aplicación de la prescripción cuatrienal que opera para dicho sector.

En estas condiciones la Sala ordenará la extinción de la pensión civil de la demandante desde el 1° de enero de 1982, pero con efectos fiscales a partir del 17 de marzo de 2000, dada la prescripción cuatrienal de que trata el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que afecta las diferencias a su favor causadas antes de esta última fecha.

Asimismo, por los efectos vinculantes de la presente decisión, se ordenará enviará copia de esta sentencia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Cremil) con el fin de que sea tenida en cuenta al momento de realizar la correspondiente liquidación de la asignación de retiro, para lo cual se descontará las sumas ya pagada por el Ministerio de Defensa Nacional a la actora por concepto de pensión de jubilación (...)" Negrilla fuera de texto

Por otro lado, la parte actora en el escrito de apelación alega que el término de prescripción debe contarse a partir de la primera solicitud de reconocimiento de la prestación, que se efectuó el 14 de septiembre de 2005, lo que a su juicio significa que la asignación de retiro debe tener efectos fiscales a partir del 14 de septiembre de 2001.

Examinado el material probatorio allegado al expediente, se observa que el señor Pedro Enrique Peña Bernal a través de apoderada, radicó el 15 de septiembre de 2005 una solicitud ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares²⁹, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, una vez la Dirección de Personal del Ejército Nacional le expidió la hoja de servicios N° 32 de 30 de agosto de 2005, en cumplimiento de la orden contenida en la sentencia de 16 de septiembre de 2004, proferida por el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B³⁰.

De esta manera, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con fundamento en la petición presentada por el actor, el 15 de septiembre de 2005, procedió a expedir la Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006, con la cual ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a favor del Sargento Segundo (r) del Ejército Pedro Enrique Peña Bernal, dejando condicionado su pago a la expedición del acto administrativo que extinguiera la pensión de jubilación, inicialmente, reconocida al demandante, por parte de CAJANAL hoy UGPP.

Lo anterior, permite inferir que la primera solicitud que formuló el demandante tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la asignación de retiro fue el 15 de septiembre de 2005, por lo que la reclamación presentada el 29 de agosto de 2014, no se dirige a obtener el derecho, dado que el mismo ya había sido reconocido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con la Resolución N° 1784 de 12 de junio de 2006. En consecuencia, no era viable que el Tribunal tomara como fecha de partida para definir el término de prescripción, el 29 de agosto de 2014, máxime cuando esta solicitud se presentó ante la UGPP, con el fin de extinguir la pensión de jubilación.

Cabe mencionar que, aunque la parte actora en los alegatos de conclusión aduce que la prescripción se debe contar a partir de la petición de 11 de noviembre de 2005³¹, lo cierto es que tal reclamación se dirige a reiterar la solicitud formulada el 15 de septiembre de 2005, como lo indicó en el recurso de apelación.

En este orden de ideas, se concluye que el señor Pedro Enrique Peña Bernal tiene derecho al reconocimiento de una asignación de retiro a partir del 3 de julio de 2001, como se dispuso en la sentencia recurrida, pero con efectos fiscales a partir del 15 de septiembre de 2001, en atención al fenómeno de la prescripción de que trata el Artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Por último, es importante destacar que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso, "(...) *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)*". Siendo así, teniendo en cuenta que en el trámite del proceso no se observa su causación, esta Sala no condenará en costas.

III. DECISIÓN

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala modificará parcialmente la sentencia de 19 de abril de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección B, en el sentido de declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de septiembre de 2001. En consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá liquidar la asignación de retiro reconocida al señor Pedro Enrique Peña Bernal con efectos fiscales a partir del 15 de septiembre de 2001, para lo cual descontará las sumas ya pagadas por la UGPP al actor por concepto de pensión de jubilación, las cuales serán reintegradas a dicha entidad.

En los demás aspectos se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA

PRIMERO. MODIFICAR los numerales primero y cuarto de la sentencia proferida el 19 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección B, en el sentido de declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de septiembre de 2001. En consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá liquidar la asignación de retiro reconocida al señor Pedro Enrique Peña Bernal con efectos fiscales a partir del 15 de septiembre de 2001, para lo cual descontará las sumas ya pagadas por la UGPP al actor por concepto de pensión de jubilación, las cuales serán reintegradas a dicha entidad.

SEGUNDO. CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás

TERCERO. SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)

Salvamento de voto parcial

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 48 - 61

2. Folios 82 - 85

3. Folios 123 - 130

4. Norma aplicable al actor por cumplir los requisitos en vigencia de dicho estatuto

5. Folios 138 - 141

6. Folios 152 - 154

7. Folios 196 - 201

8. Derogada por el Artículo 1° de la Ley 928 de 2004

9. "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares"

10. Corte Constitucional, Sentencia T-323 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11. Corte Constitucional, Sentencia C - 198 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero

12. Corte Constitucional, Sentencia C-230 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

13. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sentencia del 17 de febrero de 1994, Expediente No. 8082

14. «Artículo 58: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.»

15. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 29 de agosto de 2018, 25000-23-42-000-2012-01937-01(4877-15), Demandante: Blanca Fabiola Bustos Ulloa, C.P. William Hernández Gómez.

16. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Radicación No.: 0165-2009. Actor: Juan de la Cruz Cortés Quiñones. C.P.: Alfonso Vargas Rincón. También se puede ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 26 de febrero de 2009, Radicado N° 1141-2008, Actor: Nicéforo Hernández Niño, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. También se puede ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentenciad e 8 de febrero de 2018, radicado N° 25000-23-42-000-2013-04797-01(3251-14), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, entre otros.

17. Folios 18 - 19 Cuaderno N° 2 antecedentes administrativos de

18. Folio 8

19. Folio 3

20. Folio 2

21. Folio 9 -12

22. Folio 13 - 14

23. Folios 26 - 32

24. Folio 22 - 23

25. Folio 43

26. Folios 37 - 38

27. Folios 44 - 45

28. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 25 de mayo de 2017, radicado N° 11001-03-25-000-2013-1375-00 (3468-2013), demandante: Anolanda Dolores Beltrán de Muñoz, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter

29. Folio 18 - 19 Cuaderno N° 2 anexo contentivo a los antecedentes administrativos del demandante.

30. Folio 2

31. Folio 17 vto Cuaderno N° 2 anexo contentivo a los antecedentes administrativos del demandante

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 11:36:51