

**DERECHOS ADQUIRIDOS VULNERADOS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL**

**DE LAS FF.MM**

**GERMAN ALBERTO CRUZ BARRERA CEDULA: 4.282.212**

**HAROL HARVEY CUBILLOS MURCIA CEDULA: 80.209.268**

**CARLOS ALBERTO REY OSPINA CEDULA: 80.153.770**

**[gercruba@hotmail.com](mailto:gercruba@hotmail.com), [carlosreyospi@hotmail.com](mailto:carlosreyospi@hotmail.com),**

**[harol.cubillos@sanidadfuerzasmilitares.mil.co](mailto:harol.cubillos@sanidadfuerzasmilitares.mil.co)**

**3124296628**



**UNIVERSIDAD**  
**La Gran Colombia**

**FACULTAD DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C, 06 DE MARZO 2017**

**Derechos adquiridos Vulnerados en el Régimen Especial  
De las FF.MM**

**German Alberto Cruz Barrera cedula: 4.282.212**

**Harold Harvey Cubillos Murcia cedula: 80.209.268**

**Carlos Alberto Rey Ospina cedula: 80.153.770**

**[gercruba@hotmail.com](mailto:gercruba@hotmail.com), [carlosreyospi@hotmail.com](mailto:carlosreyospi@hotmail.com),  
[harol.cubillos@sanidadfuerzasmilitares.mil.co](mailto:harol.cubillos@sanidadfuerzasmilitares.mil.co)**

**Trabajo Presentado Para Optar el Título de Abogado**

**Directora: Abogada Diana Marcela González**



**UNIVERSIDAD  
La Gran Colombia**

**Facultad de derecho**

**Bogotá D.C, 06 de Marzo 2017**

## Tabla de Contenido

<b>Resumen .....</b>	<b>1</b>
Palabras Claves: .....	2
<b>Abstract .....</b>	<b>3</b>
Keywords: .....	4
<b>Introducción .....</b>	<b>5</b>
<b>Capitulo I Antecedentes. ....</b>	<b>10</b>
<b>Capitulo II Marco de Referencias .....</b>	<b>16</b>
Referentes Teóricos. ....	16
Referentes legales. ....	21
<b>Capitulo III Resultados de la Investigación .....</b>	<b>333</b>
Análisis Jurisprudencial .....	333
Prestaciones sociales. ....	344
Asignación de Retiro.....	38
<b>Conclusiones.....</b>	<b>49</b>
<b>Referencias Bibliográficas .....</b>	<b>55</b>

### **Resumen**

El tema de las prestaciones sociales y asignación de retiro en las FF.MM, se ha convertido en un tema de vital importancia para algunos grupos vulnerables dentro de la institución, en especial con los agentes del Estado privados de la libertad, quienes una vez son notificados de una medida de aseguramiento en su contra, por conductas por causa, en ocasión o relación directa con el conflicto armado o en restablecimiento del orden público, sus derechos prestacionales y asignación de retiro son menoscabados de manera inmediata sin tener en cuenta la presunción de inocencia, lo irónico es que la norma permite que ese servidor público continúe con un salario inerte a excepción de algunos casos en donde el ente acusador manifiesta suspender la funciones y atribuciones que conlleva a un descuento del 50% del salario. Lo anterior se sustenta precisamente en la presunción de inocencia, que solamente se desvirtúa con una sentencia debidamente ejecutoriada, que finalmente desemboca en la separación absoluta de la fuerza, causal que vulnera el principio constitucional de la igualdad y otros de naturaleza laboral, generando consecuencias prestacionales y de asignación de retiro contundentes desconociendo de primera mano el artículo constitucional 217. La población carcelaria en cuanto a miembros del Ejército ha venido en aumento desde el año 2005 y hasta hoy principios del año 2017, se encuentran falencias de interpretación por miembros de la institución, Empleados públicos de la Fuerza o sector defensa, quienes al parecer desconocen los principios básicos constitucionales y los básicos del derecho laboral. Más aun cuando las diferentes instancias en materia contenciosa administrativa en cabeza del Consejo de Estado han emitido conceptos y jurisprudencia en el tema en concreto, que si bien es cierto no son suficientes para elevarse a precedente judicial, por lo menos deben ser

medio de consulta por la institución castrense a la hora de garantizar los derechos laborales y prestacionales.

La jurisprudencia en materia laboral avanza de manera acelerada protegiendo y aplicando el principio de progresividad, con el fin de garantizar derechos como: el mínimo vital, la igualdad, el debido proceso y seguridad social en general. Y es precisamente esta dinámica de interpretación la que deben seguir las instituciones del Estado como en el caso objeto de estudio “El Ejército Nacional”, con el objetivo de no actuar de manera apresurada al desconocer los derechos antes mencionados. La situación actual del país permite que los derechos laborales de los miembros de las FF. MM sean vistos desde otra óptica, la del Derecho Internacional Humanitario, pues es esta figura es la que se pretende aplicar en la JEP (Jurisdicción Especial para la PAZ), es decir que todos las conductas de los miembros de la institución parten de la legalidad y por razones del conflicto armado interno, entonces, hasta donde los derechos prestacionales y de asignación de retiro deben ser protegidos precisamente por estar cumpliendo una misión constitucional. Premisa que permite desarrollar una metodología de estudio de manera descriptiva encaminada a recoger los aspectos y conceptos de mayor relevancia analizados por las altas cortes para discernir el tema concreto, en donde se enuncien casos significativos y de trascendencia que han protegido los derechos y principios laborales y constitucionales en los miembros del Ejército Nacional, y de igual forma relacionar los aspectos que han argumentado el desconocimiento de los mismos y cuál sería el campo de aplicación a futuro teniendo en cuenta el momento coyuntural del país.

**Palabras Claves:** Igualdad, Derecho Adquirido, Régimen Especial, Separación absoluta, prestaciones sociales y seguridad social.

### **Abstract**

The topic of social benefits and allocation of retirement in the FF. MM, is has become in a theme of vital importance for some groups vulnerable within the institution, especially with them agents of the State private of the freedom, who a time are notified of a measure of assurance in his against, by behaviors by cause, in occasion or relationship direct, indirect with the conflict armed or in restoration of the order public performance rights and allocation of retirement are undermined immediately without taking into account the presumption of innocence, the irony is that the standard allows that public server to continue with an unarmed salary except for some cases where the prosecuting entity says suspending the functions and powers that leads to a discount of 50% of the salary. The above is based precisely on the presumption of innocence, which only distorts a duly enforceable judgment, which finally leads to the separation of force, causal which violates the principle of constitutional equality and other employment, generating consequences benefits and retirement assignment blunt, first-hand, ignoring the constitutional article 217. The prison population as members of the army has been increasing since 2005 and until today principles of the year 2017, they are flaws of interpretation by members of the institution, public employees of the force or defense sector, who apparently are unaware of the basic constitutional principles and the basic labor law. Even when different instances in contentious administrative matters at the head of the State Council have issued concepts and jurisprudence on the subject specifically, that if well is certainly not enough to rise to judicial precedent, should at least be half of inquiry by the institution of the military in securing benefits and labour rights.

Labour jurisprudence advances quickly protecting and applying the principle of progressivity, in order to guarantee rights as: the vital minimum, equality, due process and social security in general. And it is precisely this dynamic interpretation which must follow the

institutions of the State, as is the case with our study "National army" in order to not act hastily to ignore the above rights. The current situation of the country allows that the labour rights of the members of the FF. MM are seen from another perspective, International humanitarian law, as it is this figure is which is intended to apply in the JEP (special jurisdiction for peace), i.e. that all the behaviors of the members of the institution split of legality and due to the internal armed conflict, then far performance and withdrawal allocation rights must be protected precisely by being fulfilling a constitutional mission. Then it is essential to make a study of descriptive way, allowing to collect most relevant concepts analysed by the higher courts to discern the specific topic, in significant cases where States and transcendence that have protected the rights and principles of labour and constitutional in the members of the national army, and in the same way to relate the aspects that have argued ignorance of them and what would be the future scope and aspects taking into He has the cyclical time in the country.

**Keywords:** principle of equality, right acquired, regime special, separation absolute, benefits social and security social.

### **Introducción**

La existencia de un régimen especial prestacional de seguridad social, implica la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003); por el contrario, su especialidad conduce a crear o regular distintas modalidades de prestaciones que permitan reconocer el fin constitucional que legitima su exclusión del sistema general, es decir, es indispensable adoptar medidas de protección superiores, en aras de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución.

La Corte Constitucional al hacer un estudio del régimen especial prestacional de las Fuerzas Públicas explicó que la existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, “en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente” (Corte Constitucional T-512, 2009).

La función primordial del Régimen Especial de las FF.MM, es precisamente un trato especial así lo manifiesta el artículo 217 constitucional:

“La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los

ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

La situación actual y la evolución de la seguridad social, más exactamente la prestacional y asignación de retiro en el Ejército, ha sufrido cambios fundamentales basados en el decreto 1211, la ley marco 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 del mismo año, en las cuales se están fundamentando la gran mayoría de las decisiones del Ejército en materia prestacional y de asignación de retiro, sin tener en cuenta la evolución jurídica en materia laboral, como el de la favorabilidad, condición más beneficiosa, principio pre operario y derechos adquiridos, los cuales vienen siendo vulnerados por la Fuerza. generando un limbo prestacional para los miembros de la institución que viven una situación jurídica por origen del conflicto armado, algunos cambios encaminados en desmejorar la situación prestacional y de asignación de retiro de sus miembros más exactamente oficiales y suboficiales, y ni pensar de la situación del soldado que es aún más precaria, desconociéndose el tiempo de servicio como privado de la libertad, pero en donde ha continuado recibiendo un salario, de cual se generan unos descuentos en el mismo porcentaje y proporción al de un Militar que está enlistado o en plenas funciones, como las respectivas cotizaciones para salud y asignación de retiro que van directamente al CREMIL(Caja de Retiro de las FF.MM), y otras entidades adscritas a la Fuerza que efectivamente reconocen la vinculación como empleado público.

La falta de interpretación de la jurisprudencia y la normatividad vigente que evoluciona a pasos agigantados en materia laboral, ha ocasionado un limbo jurídico prestacional, para algunos oficiales y suboficiales, que se encuentran privados de la libertad, a quienes se les ha venido negando sus prestaciones sociales y el tiempo de servicio para acceder a su asignación de retiro

basados en leyes y decretos vigentes , sin tener en cuenta el desarrollo jurisprudencial que el tema ha presentado junto con los principios constitucionales y laborales. El carácter vinculante y obligatorio de aplicar el precedente jurisprudencial, constituido a partir de cinco fallos sobre casos análogos, obligaban a la autoridad pública de cualquier orden a darle aplicación directa e inmediata, buscando la garantía del derecho a la igualdad, la descongestión de los despachos judiciales o administrativos y la aplicación del principio de legalidad. Al respecto, es necesario tener en cuenta que el precedente judicial hace parte del bloque normativo compuesto por disposiciones constitucionales y legales, debiendo ser aplicadas por parte de las autoridades administrativas, en desarrollo del principio de legalidad consagrado en el artículo 88 del C.P.A.C.A., el principio de igualdad contenido en el Artículo 13 de la C.P. y el principio del debido proceso establecido en el artículo 29 de la C.P., principalmente.

Por lo anterior, las autoridades administrativas y por ende los servidores públicos encargados de adelantar las actuaciones administrativas, adquirieron la obligación de aplicar en sus decisiones el precedente judicial de tal manera que la actuación se ajustara al ordenamiento jurídico, evitándole al ciudadano el tener que recurrir ante la jurisdicción competente para dirimir una controversia

Por los argumentos anteriores el motivo primordial de este trabajo está encaminado a establecer una línea jurisprudencial, en donde se decanten los verdaderos derechos adquiridos de los militares vulnerados y cuales no están al verdadero alcance de ser reconocidos por el Estado, ya que irían en contra de la estabilidad económica de la nación.

En el momento coyuntural de nuestro país, en donde, después de 50 años se logra la tan anhelada Paz, surgen una serie de beneficios jurídicos, precisamente a los Militares que han estado

inmersos en problemas penales a causa del Conflicto Armado, aumentando de esta forma la incertidumbre sobre el futuro de los derechos adquiridos y las garantías que supuestamente deben tener los miembros de la institución, en cuanto a sus prestaciones sociales y asignación de retiro, en vista a dicha justificación de gran validez para un grupo de personas en este caso Militares en situación vulnerable, se ha querido aclarar con esta investigación descriptiva el panorama desconocido por muchos agentes del Estado, que les permitiría acceder una serie de derechos avalados y conceptualizados por las altas cortes que garantizarían principios constitucionales de relevancia para la conservación de una vida digna. De igual forma este trabajo busca coadyuvar a las autoridades administrativas del Ministerio de Defensa, FF.MM, Ejército y La caja de Sueldo de Retiro de las FF.MM (CREMIL), Para que estudien de manera minuciosa los diferentes argumentos de la jurisdicción contencioso administrativa, sobre los errores que estarían incurriendo, al rechazar de manera continua y reiterada los derechos que deberían ser reconocidos, que aunque no exista una sentencia de unificación, si se observa una marcada línea jurisprudencial.

De acuerdo a lo anterior este trabajo busca resolver el siguiente interrogante: ¿Desconoce el régimen especial de las FF.MM derechos adquiridos y principios constitucionales, a sus miembros privados de la libertad en materia de seguridad social?

Para contestar dicho interrogante es fundamental: I. identificar los principios constitucionales y laborales que el régimen especial de las FF.MM desconoce, estableciendo las razones Jurídicas que fundamenta la institución para negar el reconociendo prestacional y tiempo de servicio para asignación de retiro de oficiales y suboficiales privados de la libertad. II. establecer que principios laborales generales, pueden ser aplicados en el régimen especial de las fuerzas militares en materia prestacional y de asignación de retiro, III. Enunciar conceptos

jurisprudenciales y decisiones de las cortes en el tema en concreto. IV. Demostrar la importancia del derecho adquirido en materia laboral y justificar la necesidad de inclusión en el régimen especial de las FF.MM.

## Capítulo I .Antecedentes.

El derecho prestacional de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, en tratándose del régimen especial al que se encuentran adscritos constitucionalmente, ha sido una construcción histórica en constante evolución; sin embargo, su respeto y garantía se encuentra contemplada en diferentes normas algunas vigentes y que rigen particularmente desde el momento en que se incorpora el oficial o suboficial a la institución armada.

**Seguridad social:** El término compuesto de seguridad social se emplea por primera vez públicamente en el discurso pronunciado por el Libertador Simón Bolívar en la instalación del Congreso de Angostura, el 15 de Febrero de 1819, cuando afirmó: “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política” (Mora, 1978, pág. 217). Desde entonces, la protección social del militar no puede concebirse en forma aislada de los acontecimientos sociopolíticos vividos en el país.

Con la expedición de la Ley 82 de 1947 bajo el gobierno del entonces presidente de la República Mariano Ospina Pérez se estableció el régimen de ascensos y prestaciones sociales para el personal de las Fuerzas Militares; posteriormente mediante la ley 126 de 1959 se reorganizó la carrera de oficiales de las Fuerzas Militares y mediante el Decreto 2339 de 1971 se dictó el estatuto para el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Un análisis histórico permite demostrar la naturaleza prestacional desde el Decreto 501 de 1955 artículo 112 que establece la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública. En idéntico sentido, se reitera la

naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968.

**Retiro:** “Artículo 101. Los Suboficiales de las Fuerzas Militares y marinería de la Armada Nacional que sean retirados del servicio activo después de diez (10) años de servicio por voluntad del Gobierno, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado o por incapacidad profesional o después de quince (15) años de servicio por voluntad propia, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta fijados en este Estatuto , a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación de retiro mensual, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del sueldo correspondiente a su grado por los primeros diez (10) años de servicio, liquidados en la forma prescrita en este Estatuto, la cual se aumentará en un cuatro por ciento (4%) por cada año de servicio que exceda de los diez (10) sin que el total pueda sobrepasar del ochenta y cinco por ciento (85%) de la asignación de actividad.” (Ministerio de Defensa, Decreto 501, 1955)

Así mismo, En el Decreto 1713 de 1960, la ley 1 de 1963, el decreto 1258 de 1978 y el Decreto Ley 89 de 1984 que determinan los topes máximos en la asignación con carácter de pensión o sueldo de retiro que se asignan a los miembros de las Fuerzas Armadas incluyendo la pensión o sueldo que percibían los antiguos miembros, el Decreto 095 de 1989 por el cual se reforma el estatuto de carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, hasta la Ley 1405 de 2010 que comprende la jerarquía y equivalencia de los grados en escala descendente de Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, la Fuerza Aérea, el cuerpo de Oficiales y Suboficiales de Infantería de Marina de la Armada Nacional y la jerarquía de los Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, para efectos de mando, Régimen Interno,

Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que el tiempo mínimo de servicio en cada grado, a fin de tenerse en cuenta para la aplicación al régimen prestacional correspondiente.

(Ministerio de Defensa, Decreto 501, 1955). Disponía el citado decreto: "TITULO QUINTO. De las prestaciones en actividad, retiro, por separación, por incapacidad e invalidez, por muerte, por desaparición y cautiverio. [...] Artículo 112. Los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por voluntad del Gobierno o de los comandos de fuerza, según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por incapacidad relativa y permanente, por incapacidad profesional o por conducta deficiente, o a solicitud propia después de los veinte (20) años, tendrán derecho a participar de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Milites se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a [...]" En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968. En el Decreto 1713 de 1960, la ley 1 de 1963, el decreto 1258 de 1978 y el Decreto Ley 89 de 1984 que determinan los topes máximos en la asignación con carácter de pensión o sueldo de retiro que se asignan a los miembros de las Fuerzas Armadas incluyendo la pensión o sueldo que percibían los antiguos miembros, el Decreto 095 de 1989 por el cual se reforma el estatuto de carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, hasta la Ley 1405 de 2010 que comprende la jerarquía y equivalencia de los grados en escala descendente de Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, la Fuerza Aérea, el cuerpo de Oficiales y Suboficiales de Infantería de Marina de la Armada Nacional y la jerarquía de los Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, para efectos de mando, Régimen Interno, Régimen Disciplinario y Justicia Penal Militar, lo mismo que el tiempo mínimo de servicio en cada grado, a fin de tenerse en cuenta para la aplicación al régimen prestacional correspondiente.

Desde entonces la distinción de las funciones que desarrollan los servidores públicos, en especial a la desarrollada por la Fuerza Pública condujo a la expedición de los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, los cuales fueron proferidos por el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989.

**Reformas:** Dispone la norma en cita: "Artículo 1°. De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses constados a partir de la vigencia de la presente ley, para los siguientes efectos: a) Reformar los estatutos del personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en las siguientes materias: disposiciones preliminares; jerarquía; clasificación, escalafón, ingreso, formación y ascenso; administración de personal; asignaciones, subsidios, primas, dotaciones y descuentos. Traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias; suspensión, retiro, separación y reincorporación; régimen general de prestaciones sociales, reservas, normas para alumnos de escuelas de formación; trámite para reconocimientos prestacionales y disposiciones varias; b) Reformar el estatuto y régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, en las siguientes materias: Clasificación general; ingresos, promociones; cambios de nivel y traslados; retiros del servicio; asignaciones primas y subsidios; régimen disciplinario; situaciones administrativas; seguridad y bienestar social; régimen de los trabajadores oficiales de las Fueras Militares y la Policía Nacional; [...]" (Congreso de la Republica , 1989).

**Constitución de 1991:** Sobre la materia trata igualmente la Sentencia C-956 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynet. Siendo la finalidad de dichas regulaciones la protección de los derechos adquiridos que regulan el régimen prestacional de los miembros de las fuerzas militares

y la policía nacional, cuyo propósito es reconocer en vida a quienes sacrifican su bienestar, el de sus familias y demás aspectos personales, para hacer gratificante la existencia de toda la Nación.

A la luz de la Constitución de 1991, la Corte ha reconocido que con fundamento en los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, los miembros de la fuerza pública tienen derecho a un régimen prestacional especial, en razón al riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan. El inciso 3° del artículo 217 de nuestra Constitución Política consagra la facultad del legislador de crear un régimen prestacional especial para los servidores de la fuerza.

" De acuerdo a (Sentencia Constitucional C-432, 2004) Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad". (Corte Constitucional, Colombia., 2004). Ello significa que se encuentran excluidos de la aplicación del régimen general. Las razones de esta diferencia estriban principalmente en las particularidades que rodean los servicios prestados por estos servidores. En efecto, se encuentran sujetos a un gran riesgo en la prestación de sus servicios, lo cual implica una cobertura especial a sus contingencias en seguridad social.

Con base en la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 aprobada en el Congreso y sancionada por el presidente Álvaro Uribe, el Gobierno definió el nuevo sistema de pensiones o de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública que comienza a aplicarse desde ese año. La Ley 923 de 2004 respeta los derechos adquiridos y conserva las garantías, prerrogativas, servicios y

beneficios de los integrantes de las Fuerzas Militares y de Policía, y propende por mantener el poder adquisitivo. “La existencia de regímenes especiales, per se, no desconoce el principio de igualdad. Ellos responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social y su objetivo reside en la protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinara su régimen prestacional especial” (Corte Constitucional, Colombia., 2004). Por medio del decreto 4433 28 de 2004 el Presidente de la Republica. “Fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Señala el campo de aplicación, garantía de los derechos adquiridos, principios, alcance, cómputo de la partida del subsidio familiar, de la prima de vuelo, de tiempo de servicio, de tiempo doble, de tiempo adicional para civiles escalafonados, modificación del tiempo de servicio por llamamiento al servicio activo, pérdida de la condición de beneficiario. Asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, disposiciones varias”. (Presidencia de la Republica, Decreto 4433, 2004).

El Gobierno dispuso que el nuevo régimen pensional y de asignación de retiro se aplicará a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; oficiales y suboficiales, personal ejecutivo y agentes de la Policía Nacional; alumnos de las escuelas de formación y a los soldados de las Fuerzas Militares. Todos los oficiales y suboficiales de las diferentes fuerzas que a la fecha hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a la jubilación o asignación de retiro, conservará todos los derechos conforme a las normas anteriores. En cuanto a la jurisprudencia constitucional, cita las sentencias C-461 de 1995 y C-665 de 1996, en las que se sostiene que la existencia de los regímenes especiales está de acuerdo con la Constitución, pues es

una forma de cumplir el mandato impuesto por el principio de igualdad y de defender derechos laborales adquiridos.

## Capítulo II. Marco de Referencias

### Referentes Teóricos.

*Tratados internacionales:* La historia internacional de los Tratados y Convenios relacionados con el tema de la seguridad social, encuentra sus primeros referentes teóricos en los últimos decenios del siglo XVIII, específicamente, en La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789, en cuyo artículo 2o. se lee: "El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión". (Dechazal: 1998, 50) Estos postulados han sido desarrollados por casi todos los países del mundo con fundamento en los tratados y acuerdos internacionales, impulsados por las organizaciones mundiales y regionales.

En materia Internacional Naciones Unidas ha producido desde su creación en 1945, variados e importantes documentos relacionados con la consagración, el compromiso y la vigencia de los Derechos Humanos por parte de los Estados-Parte. En relación con la Seguridad Social, figuran entre otros:

*La Declaración universal de los derechos humanos:* proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución No. 217A (III) de diciembre 10 de 1948 la que prescribe en su artículo 22:

“Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”

Y más adelante en relación con el tema específico de la Seguridad Social el artículo 25 del mismo instrumento internacional, agrega:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, así mismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. (Dechazal: 1998, 88).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, expreso:

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. (Asamblea General de Naciones Unidas, 1966)

***La Organización internacional del trabajo OIT:*** consecuente con sus principios orientadores considera que: “La Seguridad Social, es un sistema conjunto que comprende una serie de medidas oficiales, cuyo fin es proteger a gran parte de la población contra las consecuencias de los diversos riesgos sociales, como la enfermedad, el desempleo, los accidente de trabajo y las

enfermedades profesionales, las cargas de familia, la vejez, la invalidez y el fallecimiento del sostén de la familia”. (Congreso Iberoamericano, 1976)

Las prestaciones de la seguridad social, pasaron de ser consideradas, actos de generosidad del Estado o los particulares, para convertirse en auténticos derechos humanos, que exigen para su validez, acciones positivas de los diversos gobiernos. Se incluyen a continuación en orden cronológico, los más significativos de estos documentos, tanto convenios como recomendaciones, teniendo en cuenta que todos están inspirados en los principios de universalidad, progresividad, favorabilidad y trabajo decente promulgados por dicha organización.

Desde otro lado se ha definido la Seguridad Social, desde el punto de vista de la seguridad participativa como el derecho del hombre a la cobertura integral de sus contingencias y a que se le garanticen los medios para el desarrollo pleno de sus personalidad y para su integración permanente con la comunidad”. (Congreso Iberoamericano, 1976).

***La organización de Estados americanos:*** Los temas relativos a la seguridad social y en general los aspectos sociales, han sido objeto de preocupación y regulación por parte del sistema regional interamericano. Así por ejemplo, para el año 1947, la Conferencia Americana de Río de Janeiro adoptó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales también denominada Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, documento que salió a la luz pública un año antes que la propia constitución de la Organización de Estados Americanos y la adopción de la Declaración Americana de Derechos Humanos. Este instrumento no sólo significó un importante antecedente en el plano regional, sino que además guardaba coherencia con las políticas que se

venían implementando en el seno de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo, con miras a regular internacionalmente los derechos laborales.

En el artículo 2º de dicha normativa se adoptaron los principios del derecho social. Su texto estableció:

“Considérense como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios: a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio. b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad. c) Tanto el trabajo intelectual como el técnico y el manual deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación. d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador. e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.” (Organización Iberoamericana, seguridad Social, 1947)

Otro documento internacional de gran importancia histórica y política es la “Carta de la Organización de los Estados Americanos”, proferida en la IX Conferencia Internacional Americana, reformada por el “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, el “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, el “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, y el “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993.

En dicha carta, se dijo: “Art. 45 Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo,

acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

-Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;

-El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar;

-Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;

-Justos y eficientes sistemas y procedimientos de consulta y colaboración entre los sectores de la producción, tomando en cuenta la protección de los intereses de toda la sociedad;

-El funcionamiento de los sistemas de administración pública, banca y crédito, empresa, distribución y ventas, en forma que, en armonía con el sector privado, responda a los requerimientos e intereses de la comunidad;

-La incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida económica, social, cívica, cultural y política de la

nación, a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, el aceleramiento del proceso de movilidad social y la consolidación del régimen democrático. El estímulo a todo esfuerzo de promoción y cooperación populares que tenga por fin el desarrollo y progreso de la comunidad.

-El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo;

-Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

-Disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos.” (Organizacion de Estados Americanos, 2009, 13Dic ).

### **Referentes legales.**

Actualmente el país se enfrenta a continuos cambios legales en materia de seguridad social y el régimen especial de las FF.MM no es la excepción, ya que como en el régimen general de pensiones ley 100/93, se presentan día a día diferentes controversias que finalmente terminan en las altas cortes, quienes deben dirimir las diversas interpretaciones que presentan los conocedores de la constitución, las leyes, decretos y normas en general, sin exceptuar la línea jurisprudencial marcada que en algunos casos se presenta sin lograr convertirse en precedente judicial.

Basados en esos conceptos emitidos por las diferentes organizaciones internacionales y enunciados como referentes teóricos, se puede describir la legislación nacional en materia laboral y de seguridad social que finalmente, cubre los regímenes especiales, como el caso que nos ocupa.

La Corte ha reconocido que con fundamento en los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, los miembros de la fuerza pública tienen derecho a un régimen prestacional especial, en razón al riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan. Es claro que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no sólo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto. (Sentencia Constitucional C-432, 2004).

En la constitución nacional de 1991, se logra introducir derechos y deberes en materia laboral, los cuales rigen para todos los regímenes de la seguridad social, sin exclusión alguna, luego en el presente trabajo describiremos los más relevantes, fundamentado en los principios constitucionales y de materia laboral, para posteriormente analizarlos con la jurisprudencia existente.

***Art-13 Principio de Igualdad:*** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

*Artículo. 53 Derecho al Mínimo Vital:* El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

*Art-332-336, Derecho Adquirido :* La tesis de los derechos adquiridos se encuentra plasmada en el art. 332 y 336 de la Constitución Política; y merece especial observación y análisis puesto que frente a la entrada en vigencia de nuevas leyes, se desconoce su verdadero contenido y alcance.

*Artículo: 48 Principio Irrenunciable a la seguridad social:* La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Una vez referenciados los aspectos legales enmarcados en nuestra constitución nacional y que serán objeto estudio en el desarrollo del presente trabajo, es necesario describir también los aspectos legales de importancia vigentes en la actualidad sobre el régimen especial de las Fuerzas Militares, que son de especial importancia para determinar los objetivos del análisis.

Alejándonos un poco de los antecedentes y enfocándonos a la reglamentación de la carrera de oficiales y suboficiales del ejército más exactamente desde 1990 con el decreto 1211, creado gracias a ley 66 de 1989 la cual faculto al presidente de la Republica, durante 6 meses para

reglamentar diferentes aspectos de las Fuerzas Militares, entre ellos el régimen prestacional y de asignación de retiro. Como observaremos a continuación.

El decreto 1211/1990: Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en el título IV, Capítulo II, reglamenta la suspensión, el retiro y la separación de la siguiente manera.

**Artículo 124. Suspensión:** Cuando por autoridad competente se solicite la suspensión de funciones y atribuciones de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares, ésta se dispondrá por Resolución Ministerial para oficiales y por disposición del respectivo Comando de Fuerza para Suboficiales

Parágrafo 1o. Durante el tiempo de la suspensión el Oficial o Suboficial percibir las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente. Si fuere absuelto o favorecido con cesación de procedimiento, deber reintegrársele el porcentaje del sueldo básico retenido. (Ministerio de Defensa, 1990)

**Artículo 127. Utilización del personal suspendido:** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean suspendidos en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, previo permiso concedido por el Juez del conocimiento, podrán ser utilizados por los respectivos Comandos o Jefes de repartición para el desarrollo de labores auxiliares de carácter técnico o administrativo dentro de la respectiva instalación, siempre que tales labores no impliquen mando ni manejo de bienes o dineros distintos de los estrictamente necesarios para el desarrollo de la tarea asignada. (Ministerio de Defensa, 1990).

**Artículo 128. Retiro:** Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en que por disposición del Gobierno para Oficiales a partir del grado de Coronel o Capitán de Navío o por Resolución

Ministerial para los demás grados, o del Comando de la respectiva fuerza para Suboficiales, unos y otros, sin perder su grado militar, cesan en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

Los retiros de Oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de Oficiales Generales o de Insignia e inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada. (Ministerio de Defensa, 1990).

**Artículo 129. Causales de retiro:** El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación. A) Retiro temporal con pase a la reserva: Por solicitud propia, por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del Gobierno para Oficiales, o del Comando de la respectiva Fuerza para Suboficiales, por sobrepasar la edad correspondiente al grado, por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad militar, por incapacidad profesional, por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada. B) Retiro Absoluto: Por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez, por conducta deficiente, por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los Oficiales y cincuenta y cinco (55) años los Suboficiales. (Ministerio de Defensa, 1990)

**Artículo 144. Separación absoluta:** Cuando el Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, ser separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas. También ser separado en forma absoluta cuando así lo determine un Tribunal Disciplinario o de Honor. (Ministerio de Defensa, 1990).

**Artículo 145. Separación temporal:** El oficial o suboficial que sea condenado a la pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos, ser separado en forma temporal de las fuerzas militares, por un tiempo igual al de la condena. (Ministerio de Defensa, 1990).

**Artículo 146. Autoridad que dispone la separación:** Las separaciones absoluta y temporal de que tratan los artículos anteriores, serán dispuestas así: por el Gobierno Nacional, cuando se trate de separación absoluta de Oficiales; por el Ministro de Defensa, cuando sea separación temporal de Oficiales; por el Comando de Fuerza respectiva, para los Suboficiales, debiendo ordenarse en todos los casos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de ejecutoria de la providencia respectiva. (Ministerio de Defensa, 1990)

**Artículo 147. Prestaciones en caso de separación:** Los Oficiales y Suboficiales separados en forma temporal o absoluta bajo la vigencia del presente estatuto, tendrán derecho, tanto ellos como sus beneficiarios, a las prestaciones sociales que se determinan en el Capítulo III, Título V de este estatuto. (Ministerio de Defensa, 1990)

**Artículo 163. Asignación 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 sicofísica, 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. (Ministerio de Defensa, 1990)

**Artículo 172. Deducción tiempo por condena:** El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, no se considerará como de actividad para efectos del cómputo de tiempo de servicio a que se refiere el artículo 170 de este Decreto. (Ministerio de Defensa, 1990)

Así mismo en el Capítulo II del presente decreto se regulan las prestaciones sociales cuando la causal de retiro es la separación Absoluta.

**Artículo 178. Separación absoluta:** El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que durante la vigencia del presente Decreto sea separado del servicio en forma absoluta, tendrá derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de sus servicios, dentro de las condiciones previstas en este Estatuto, pero no tendrá derecho a ser dado de alta por tres (3) meses para la formación del respectivo expediente de prestaciones sociales. (Ministerio de Defensa, 1990).

**Artículo 179. Separación temporal:** El tiempo que el Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares permanezca separado temporalmente, no podrá considerarse como de servicio activo para ninguno de los efectos de este Estatuto. Durante dicho tiempo, los militares separados no tendrán derecho a sueldos, primas ni prestaciones sociales pagaderas por el Ministerio de Defensa.

En el decreto 4433 de 2004, por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En su título II capítulo I, nos ilustra con lo correspondiente a la asignación de Retiro.

*Artículo 14. Asignación de retiro:* Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta 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. (Presidencia de la Republica, Decreto 4433, 2004)

Parágrafo 1o. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, 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. (Presidencia de la Republica, Decreto 4433, 2004)

Así mismo es relevante precisar que el artículo anterior de decreto 4433 de 2004 fue modificado por el decreto 0991 de 2015, el cual describe quede acuerdo a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en providencia de fecha 23 de octubre de 2014, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se encontraban en servicio activo a momento de la vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les puede exigir como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro, un tiempo

de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes para ese entonces, esto es el Decreto Ley 1211 de 1990.

Artículo 1. Asignación de Retiro para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Fíjese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, según corresponda, 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 13 del Decreto 4433 de 2004, 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, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables. (Ministerio de Defensa, Decreto 0991, 2015).

Parágrafo. Las condiciones previstas en este artículo para tener derecho a una asignación de retiro son aplicables al Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares que sea retirado del servicio activo después de quince (15) años de servicio, por voluntad del Gobierno o de los de Comandes

de Fuerza, según el caso, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente. (Ministerio de Defensa, Decreto 0991, 2015)

Como se resalta nuevamente el ministerio deja por sentado pese a las diversas decisiones del consejo de Estado que para acceder al 50% de la asignación de Retiro debe cumplir como requisito primordial que haya sobrepasado los 20 años de servicio. Situación que no ocurre en las demás causales.

Es fundamental enunciar algunas imprecisiones o mal interpretaciones adoptadas por el gobierno Nacional y el Ministerio de defensa a la hora de expedir el decreto 4433 de 2004, ya que este decreto está reglamentado y se fundamenta en la ley 923 de 2004 que le da origen gracias a las apreciaciones del legislador primario; en las cuales se logra identificar unos objetivos y criterios que deberían tenerse en cuenta para expedir dicho decreto. Por ejemplo la ley 923 del 2004 en su título II artículo 3 establece unos mínimos a tener en cuenta para reglamentar el régimen pensional y de asignación de Retiro como las siguientes: “A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.” (Congreso Nacional de la Republica, Ley 923, 2004)

- No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución (Congreso Nacional de la Republica, Ley 923, 2004)

- No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal. (Congreso Nacional de la Republica, Ley 923, 2004)

Otro criterio legal de relevancia a tener en cuenta para el análisis descriptivo del presente trabajo es la importancia de la jurisprudencia que debe tener en cuenta las entidades administrativas a la hora de contestar una petición, logrando garantizar los derechos fundamentales de manera inmediata y de paso descongestionar el aparato jurisdiccional.

Dicha norma fue objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-539 de 2011, en donde se precisó que para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, deberán tenerse en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, existan, así como estableciendo el respeto de la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional en situación que contengan los mismos hechos y pretensiones, en cinco o más casos análogos. En primer lugar, la fuerza que esta norma le asigna al precedente implica que en los temas enunciados en ella, las entidades públicas deberán observar obligatoriamente los fallos reiterados por cada jurisdicción; solamente podrán separarse de los mismos cuando exista una razón realmente seria y fundada que deberá motivarse expresamente en la decisión. Esta exigencia de motivación se encuentra especialmente reforzada, ya que si esas razones de mayor peso no existen o no se justifican suficientemente, las autoridades no podrán adoptar una decisión contraria al precedente que implique para los ciudadanos la necesidad de acudir a la jurisdicción a reclamar derechos que deberían estar protegidos en sede administrativa.

*Jurisdicción Especial para la Paz: “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución aplicables a los agentes del Estado para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”.*

Artículo transitorio 5. Responsabilidad del mando. La Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Derecho Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH, como ley especial. (Congreso de la Republica, 2017).

A su vez el artículo 51 (Congreso de la Republica, ley 1820., 2016) en el párrafo 1 Expresa: “Para el caso de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, la libertad transitoria condicionada y anticipada implica el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones, salvo que se trate homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley. En todo caso, el levantamiento de la suspensión del ejercicio de funciones y atribuciones no procede para quienes se encuentren investigados por delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años. Para todos los efectos de administración de personal en la Fuerza Pública la libertad transitoria condicionada y anticipada tendrá las mismas consecuencias que la libertad provisional, salvo que se trate de homicidio, tráfico de armas, concierto para delinquir o los demás delitos del artículo 46 de la presente ley o de los delitos con una pena mínima privativa de la libertad de 5 o más años.

Finalmente concluye: Los miembros de la Fuerza Pública investigados de que trata el presente párrafo, una vez levantada la suspensión de funciones y atribuciones y cuando la Jurisdicción Especial para la Paz haya declarado su competencia para conocer del caso, tendrán

derecho a que se compute para efecto de la asignación de retiro el tiempo que estuvieron privados efectivamente de la libertad con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la JEP. Lo anterior, siempre y cuando hayan seguido efectuando sus respectivos aportes, sin que ello implique un reconocimiento para efecto de la liquidación de las demás prestaciones. (Congreso de la Republica, ley 1820., 2016).

## Capítulo 111. Resultados de la Investigación

### Análisis Jurisprudencial

#### *Figura No 1. Línea jurisprudencial.*

A continuación observaremos el análisis jurisprudencial realizado en el tema objeto de nuestro estudio. Del que se desprenden dos temas los cuales han sido objeto de controversia que finalmente convergen en el mismo interrogante. Como lo expresé a inicios del presente trabajo, los miembros del Ejército Nacional que han sido objeto de investigación penal por exceso de funciones dentro del conflicto armado, están siendo doblemente condenados, porque no solo les es impuesto una pena privativa de la libertad, sino que también son cohibidos de ciertos derechos en materia de seguridad social, generando en los afectados la necesidad de interponer eternas demandas administrativas, afectando derechos Constitucionales y otros de materia laboral.



*Figura No 1: Describe las diferentes decisiones contenciosas administrativas que han argumentado y generado jurisprudencia tanto en Prestaciones sociales, como asignación de retiro.*

Como se observa a continuación, (Figura No 1), allí se encuentran las decisiones más relevantes en el tema prestacional y de asignación de retiro, que se enmarcan dentro del objeto del presente trabajo.

### **Prestaciones sociales.**

En lo referente a cesantías, intereses de las cesantías y vacaciones se observa la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 07 de abril de 2011, a favor del Sargento JOSE MILLER URUEÑA DIAZ, quien previamente solicitó la nulidad de la hoja de servicios expedidas por el

Ejército Nacional. En la cual le reconocían un tiempo de 14 años, 1 mes y 24 días de servicio, deduciendo de manera ilegal 3 años, 10 meses y 18 días, lo cual afectó la liquidación que se le hizo a través de la Resolución 25710 del 19 de febrero de 2003 de sus cesantías definitivas y del porcentaje que legalmente le correspondía respecto a la prima de actividad y de antigüedad. Todo justificado por el tiempo privado de la libertad por el decreto 1211 de 1990 y el decreto 4433 de 2004 sin tener en cuenta la primacía de la ley 923 de 2004 y la constitución Nacional.

Los funcionarios del Ejército inmersos en investigaciones una vez son privados de la libertad, pueden generar dos situaciones que el funcionario le suspenda funciones y atribuciones y que no lo haga, si lo hace le es descontado el 50% de su salario pero sigue cotizando de manera completa en seguridad social y si la autoridad no le suspende estas atribuciones continua recibiendo su salario normal como si estuviera trabajando.

Mediante providencia de 21 de julio de 1998, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación le dictó medida de aseguramiento al señor Sargento José Miller Ureña Díaz, consistente en detención preventiva y a través de la Resolución 000681 del 14 de septiembre de 1998, el Comandante del Ejército Nacional lo suspendió en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, disponiendo que durante el tiempo que durara dicha sanción percibiría la totalidad de las primas y subsidios y el 50% del sueldo básico. El 2 de octubre de 1998, se dispuso su retiro temporal por incapacidad profesional, pero dicha decisión fue revocada por la Resolución 000888 del 7 de diciembre de 1998, que declaró su pérdida de fuerza ejecutoria con efectos fiscales a partir del 1º de octubre de 1998. (Sentencia -Prestaciones Sociales, 2011).

Figura No 2. Prestaciones Sociales.

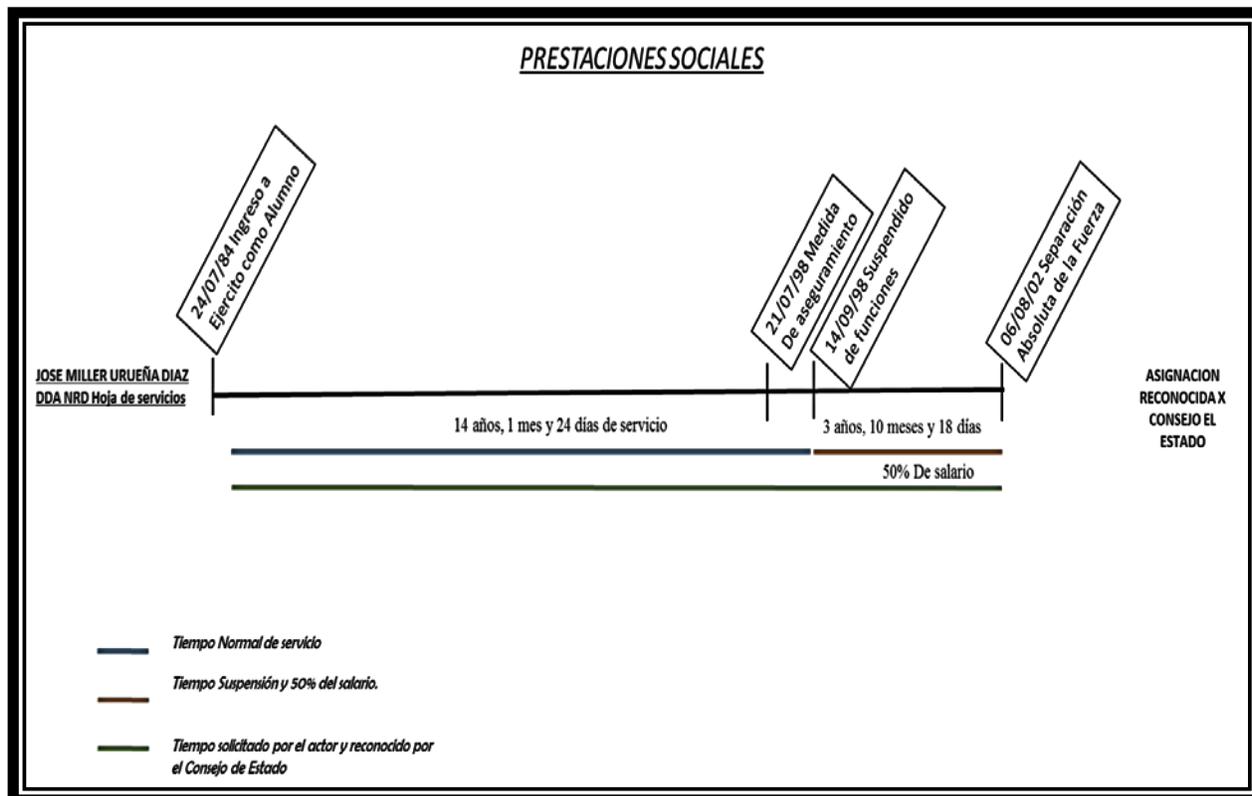


Figura No 2: Línea de tiempo del Expediente No.: 1854-08, Actor: José Miller Uruña, Consejo de Estado, describiendo ingreso, fecha de medida de aseguramiento, fecha de suspensión y separación absoluta.

En atención a la solicitud de elaboración de Hoja de Servicios que presentó una vez retirado del servicio activo, el Director de Personal del Ejército Nacional expidió la Resolución acusada en la cual solamente reconocía un tiempo de 14 años, 1 mes y 24 días de servicio, deduciendo de manera ilegal 3 años, 10 meses y 18 días, lo cual afectó la liquidación que se le hizo a través de la Resolución 25710 del 19 de febrero de 2003 de sus cesantías definitivas y del porcentaje que legalmente le correspondía respecto a la prima de actividad y de antigüedad. (Grafica. 2).

Por lo anterior el juez consideró que para efectos de la liquidación en cita debe tenerse en cuenta el período en que el actor estuvo suspendido del cargo, esto es, desde el 18 de septiembre de 1998 hasta el 6 de agosto de 2002, por cuanto durante este tiempo se le canceló sueldo y primas, lo que hace entender que se encontraba en servicio activo.

Decisión respaldada por la procuraduría general quien argumento “en el caso sub-lite, el actor se encontraba suspendido del servicio, no separado, por lo que durante el tiempo que estuvo bajo esa situación administrativa permaneció en servicio activo porque se le siguió pagando la mitad del sueldo y demás prestaciones correspondientes al grado que ostentaba.” (Sentencia - Prestaciones Sociales, 2011)

Finalmente y una vez presentada la respectiva apelación, el consejo de Estado considero que: corresponde a la Sala establecer si el actor tiene derecho a que en su liquidación definitiva de cesantías se le tenga en cuenta el tiempo en que estuvo suspendido del servicio, por la medida de aseguramiento que le fue impuesta.

El consejo de Estado argumento que: el tiempo que permanezca separado “temporalmente” el Oficial o Suboficial, en virtud de una condena con pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos, es el que no puede considerarse como servicio activo y en ese orden no tiene derecho a recibir sueldos, primas ni prestaciones sociales pagaderas por el Ministerio de Defensa. (Artículo 179 del Decreto 1790 de 2000).

Así las cosas, es diferente la situación del miembro de la Fuerza Militar que es suspendido a la de aquél que es separado, pues en la primera el militar sigue siendo miembro activo de la Fuerza como quiera que continúa percibiendo el 50% del salario básico y las primas que devengaba al momento de la sanción. En la segunda, se considera por fuera del servicio, pues sólo tiene

derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de los servicios prestados hasta el momento de la separación absoluta, y si es separado temporalmente, el tiempo en que permaneció separado, en virtud de una condena con pena principal de arresto o prisión, por delitos culposos, no puede considerarse como servicio activo y en ese orden no tiene derecho a recibir sueldos, primas ni prestaciones sociales pagaderas por el Ministerio de Defensa (Artículo 179 del Decreto 1790 de 2000).

Teniendo en cuenta lo anterior el Consejo de Estado, confirma decisión del tribunal que ordena reliquidación de sus prestaciones sociales, aceptando las pretensiones de la parte actora. (Sentencia -Prestaciones Sociales, 2011).

### **Asignación de Retiro**

Como se mencionó en los antecedentes y referentes legales antes del decreto 1211 de 1990, no existía a separación absoluta de la fuerza en cambio sí, el retiro absoluto, el cual comprendía las causales de invalidez absoluta, mala conducta y exceder los 55 años de edad, (Ministerio de Defensa, Decreto 501, 1955). En el decreto 1211 de 1990 que es la reforma al estatuto de la carrera para oficiales y suboficiales, contiene las mismas causales de retiro, pero se incorpora en el título IV, Capítulo III separación absoluta, lo cual permite evidenciar que una vez se incrementa el conflicto armado interno, se crea esta figura la cual debería ofrecer una mayor seguridad jurídica para los miembros de la institución, por eventuales situaciones que se presentaren a causa del conflicto, precisamente por ser los garantes de salvaguardar los intereses del Estado. Dicha figura solo requiere de una sentencia ejecutoriada por la justicia ordinaria, tribunal Militar o destitución de la procuraduría para que dicho Militar pierda todos y cada uno de los beneficios en seguridad

social como las prestaciones y su asignación de retiro. El artículo 51 del Decreto 1791 de 2000, que modificó las normas de carrera del personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de Policía Nacional, dispone que cuando se produzca sentencia condenatoria, el tiempo de la suspensión no se tendrá en cuenta para ningún efecto laboral. Sin embargo la ley marco 923 de 2004 que fija los objetivos y criterios que debe tener el gobierno para el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de las FF.MM, por ningún lado menciona la separación absoluta, solo es ratificada en el decreto reglamentario 4433 de 2004.

Aun peor es; para aquella persona que ya ha pasado el umbral de los 15 años de servicio (supuestamente un derecho adquirido) y que posteriormente haya sido detenido, tampoco accede a la media pensión porque según este decreto para obtener este derecho, si es separado de manera absoluta debe tener mínimo 20 años de servicio. Es decir el principio de igualdad que tanto ha abanderado el Estado social de Derechos de nuestra nación, estaría siendo vulnerado porque para las demás causales de retiro como conducta deficiente o inasistencia al servicio etc., si se aplican los 15 años. Es decir que para los miembros del Ejército inmersos en problemas jurídicos, a causa del conflicto armado, aplica la media pensión solo si cumple un requisito en especial a diferencia de las demás causales. Pero observemos los argumentos las autoridades contenciosas administrativas en cabeza del Consejo de Estado acerca del tema:

1). El 15 de julio de 2010 el consejo de Estado argumento en su decisión, ante demanda de nulidad y restablecimiento de derecho a la hoja de servicios interpuesta por el señor Capitán en Retiro Hugo Alberto Valencia Vivas, la cual fue expedida de acuerdo al artículo 235 del Decreto 1211 de 1990, es decir, dentro de los parámetros establecidos por el Ministerio de Defensa Nacional, y posteriormente aprobada mediante la Resolución No. 477 de 2002. Haciendo énfasis

si, por supuesto, que el tiempo trabajado durante la suspensión no es computable para efectos laborales, sino para la redención de la pena, por lo tanto no es posible contabilizarlo como tiempo de servicio para efectos de la expedición de la hoja de servicios.

El demandante ingresó al Ejército Nacional como Cadete de la Escuela Militar el 2 de junio de 1978, y fue retirado del servicio mediante el Decreto 887 de 20 de mayo de 2002, expedido por el Gobierno Nacional, como consecuencia de una condena impuesta por la justicia. Fue vinculado al proceso penal el 11 de noviembre de 1988, como consecuencia de lo anterior fue suspendido de sus funciones desde el 30 de diciembre de 1994 hasta el 23 de abril de 1997, y del 14 de septiembre de 1998 al 20 de mayo de 2002, fecha en la cual fue separado. (Consejo de Estado , 2010). Pese a las suspensiones fue asignado a realizar funciones sin mando de tropa durante este tiempo, de conformidad con el artículo 127 del Decreto 1211 de 1990, sustituido por el artículo 98 del Decreto 1790 de 2000. Durante la suspensión trabajó como Oficial S - 3 en el Batallón de Policía Militar No. 13, en Puente Aranda Bogotá, con funciones de instrucción y operaciones; posteriormente como Oficial G – 5 de la Quinta División del Ejército, con sede en el Cantón Norte de Bogotá, con funciones de relaciones públicas y Comandante de los Oficiales Profesionales de la Reserva. (Consejo de Estado , 2010).

El demandante durante la suspensión desempeñó funciones propias de un Oficial y las de un rango superior, por ellas devengó el 50% de la asignación que le habría correspondido de no estar suspendido, y aportó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el descuento liquidado sobre el 100% del sueldo que le correspondía sin la suspensión.

Mediante la Resolución No. 477 de 2002, el Comandante del Ejército Nacional aprobó la Hoja de Servicios del actor y descontó 5 años, 11 meses y 29 días del tiempo servido, bajo el

concepto de “tiempo deducido por justicia”. (Consejo de Estado , 2010). La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante la Resolución No. 3443 de 18 de julio de 2002, reconoció al demandante su asignación de retiro con base en la hoja de servicios No. 010 – 0076 y su Resolución aprobatoria, reconociéndole el 58% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, a partir del 20 de mayo de 2002. (Grafica No 3).

Como era de esperarse el actor presentó petición de revocatoria directa contra la Resolución No. 477 de 2002, la cual fue respondida mediante Memorando No. 323129 de 18 de octubre de 2002, en donde el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército argumentó que “... el tiempo que un militar permanezca suspendido en funciones y atribuciones como consecuencia de que se le haya decretado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, al ser computable para la condena, es procedente la deducción de tiempo de conformidad con el artículo 172 del Decreto 1211 de 1990.” De acuerdo al caso anterior el consejo de Estado determino que son suficientes las normas analizadas y las pruebas recaudadas para concluir que no es viable la solicitud del demandante señor HUGO ALBERTO VALENCIA VIVAS, de incluir en su tiempo de servicio, el trabajado durante la suspensión, ya que esta hace parte dela redención de pena. (Consejo de Estado , 2010).

Figura No 3. Asignación de Retiro

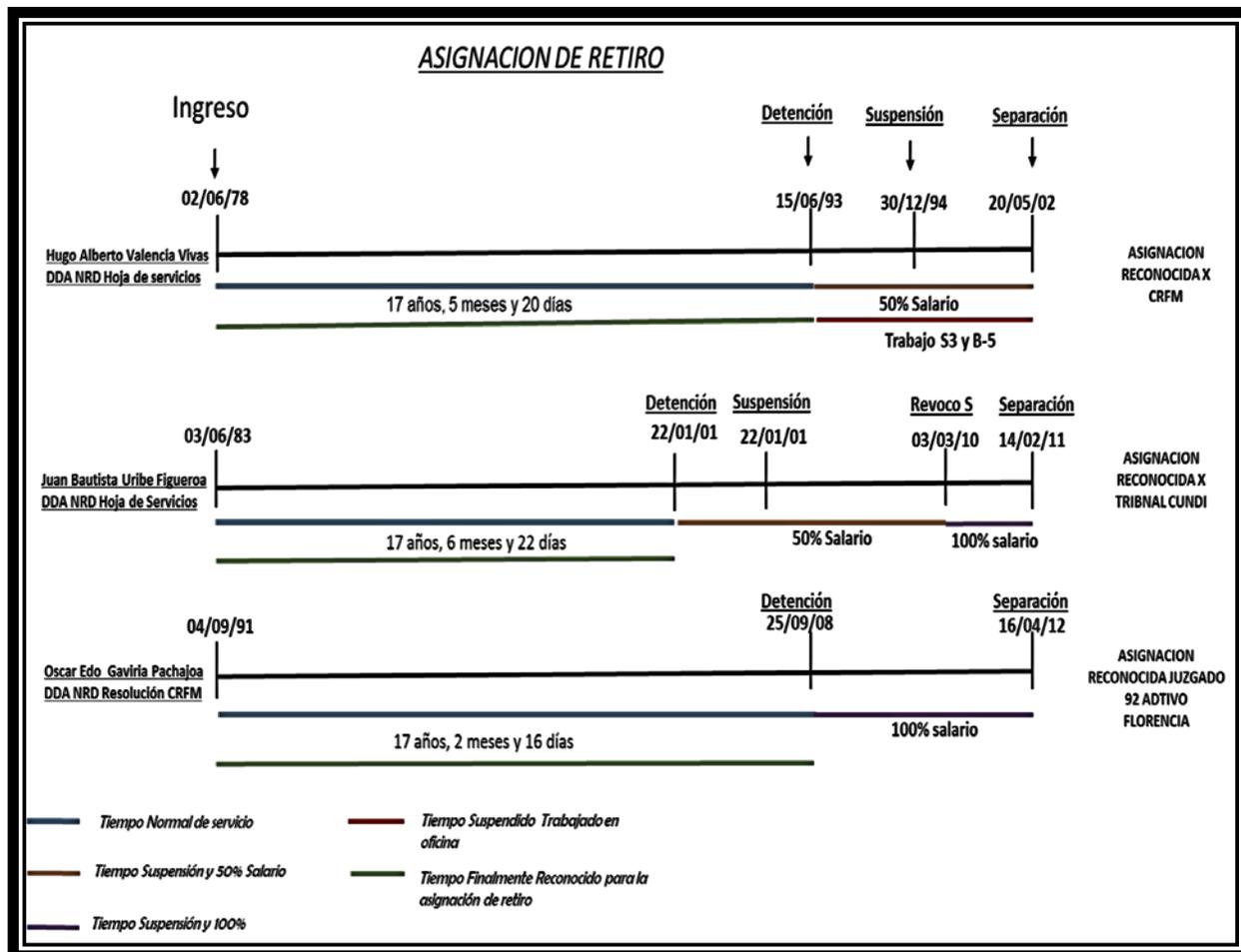


Figura No 3: Esta describe 3 casos con características de retiro idénticas que si bien no reconocen el tiempo de detención como servicio, si acceden al derecho adquirido de la media pensión.

2. El 25 de Mayo de 2015 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, argumento la decisión, ante demanda de nulidad y restablecimiento de derecho a la hoja de servicios del Sargento Viceprimero en retiro, Juan Bautista Uribe Figueroa. Radica fundamentalmente en que el demandante considera que le asiste derecho al reconocimiento de la asignación de retiro; por haber servido 27 años, 8 meses y 11 días, desde el 3 de junio de 1983 hasta el 14 de febrero de 2011, y pese a que: a) mediante la resolución 22 de enero de 2001, la Fiscalía especializada de Derechos

Humanos le dictó medida de aseguramiento, no solicitó la suspensión en ejercicio de las funciones, ni atribuciones, b) mediante la resolución 0723 el Comandante del Ejército Nacional materializó lo anterior, pero mediante la resolución 0291 de 2010, la revocó, c) mediante la resolución 0196 del 14 de febrero de 2011, fue retirado del servicio por la causal de separación absoluta, d) Durante el tiempo que estuvo vigente la medida de aseguramiento en su contra percibió el 50% del salario, prima y subsidios. En tanto, la entidad demandada, considera que en la hoja de servicios allegada al expediente pensional da cuenta que el señor Juan Bautista Uribe Figueroa, acumuló un tiempo de servicios de 17 años, 6 meses y 22 días, que no cumple los 20 años de servicios exigidos para acceder a la asignación de retiro. (Tribunal Adtivo de Cundinamarca, 2015).

Igualmente, la Sala observa que durante ese periodo el demandante, quien se encontraba con medida de aseguramiento, detenido en la Unidad del Batallón de Baraya, fue evaluado y calificado, anualmente, también, el empleador efectuó las deducciones o aportes a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Adicionalmente, los fallos condenatorios de carácter penal cobraron ejecutoria el 21 de octubre de 2009, se reitera, y a sólo a partir del 14 de febrero de 2011, fue separado en forma absoluta del servicio. (Grafica No 3).

En desarrollo de lo anterior, el legislador expidió la ley 4 de 1992, por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública, y previó en el artículo 2º, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general como de los regímenes especiales.

A su vez el legislador mediante la ley 953 de 2004, expedida, y promulgada el 30 de diciembre de 2004, señaló los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno para la fijación

del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerzas militares, consagrando:

Artículo 2. : 2.1. El respeto a los derechos adquiridos. Se conservarán y respetaran todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública, que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal (Congreso Nacional de la Republica, Ley 923, 2004)

No obstante y a veces de lo establecido en el inciso cuarto del artículo 359 de la ley 600 de 2000, se ha de tener en cuenta que: ‘No es necesario solicitar la suspensión del cargo cuando a juicio del funcionario judicial, la privación inmediata de la libertad no perturba la marcha de la administración.’...

La Corte Constitucional, concluyo sobre el tema lo siguiente: por regla general, para acceder a la asignación mensual de retiro, se debe acreditar al menos 18 años de servicios, sin que, en ningún caso, se pueda exigir más de 25 años para reconocerla. Sin embargo, a aquellas personas que a 30 de diciembre de 2004 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004), estuvieran en servicio activo y son retiradas por solicitud propia, se les aplican las disposiciones vigentes antes de la expedición de dicha ley, de manera que el tiempo de servicios que deben haber cumplido se encuentra establecido en las normas derogadas por la Ley 923 de 2004. Adicionalmente, a aquellos miembros de la Policía Nacional retirados por cualquier otra causal, sólo se les puede reconocer la asignación mensual de retiro si demuestran tener al menos 15 años

de servicios, si a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 estaba en servicio activo, requisitos que fueron regulados por el Gobierno Nacional. Finalmente, también aquellas personas que a 31 de diciembre de 2004 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004), tuvieran 15 años o más de servicios, tienen derecho a que les sea reconocida la asignación mensual. En esta medida, para que una persona que es retirada del servicio por voluntad de la Dirección Nacional de la Policía Nacional, se pueda pensionar, debe acreditar 18 años o más de servicios en cualquier tiempo o quince o más años si prestaba servicio activo a 31 de diciembre de 2004. (Tribunal Adtivo de Cundinamarca, 2015).

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de ésta ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. (Congreso Nacional de la Republica, Ley 923, 2004)

3). El 31 de agosto de 2015 El Juzgado Administrativo 902 de descongestión de Florencia-Caquetá se pronunció ante demanda de nulidad y restablecimiento de derecho instaurado por el señor Sargento Viceprimero en retiro, Oscar Edmundo Gaviria Pachajoa. En contra de la resolución emitida por la Caja de Retiro de las FF.MM, en la que le niega la asignación de Retiro.

El suboficial ingreso a la institución el 4 de septiembre del 91, y fue separado de la misma el 16 de abril de 2012, por ejecutoria de condena penal en su contra por el delito de homicidio, por tanto el militar una vez le es, expedida la hoja de servicios le descuentan, 3 años, 7 meses y 21 dias, razón por la cual el tiempo de servicio valido es de 17 años, 2 meses y 16 dias. (Grafica No 3). (Jusgado de Descongestion 902 de Florencia , 2015)

La parte demandada es decir el CREMIL se pronuncia contestando que el actor debe liquidarse su tiempo de servicio de acuerdo al decreto 4433 de 2004 y la ley 923 del mismo año, en la cual el tiempo para acceder a la mitad de la pensión es de 18 años como mínimo de servicio, así mismo arguye que el tiempo de condena no se tiene en cuenta como tiempo de servicio, por lo cual rechaza la petición del actor sin ni siquiera permitirle que acceda con los 17 años 2 meses y 16 días a que acceda a la media pensión. Por lo anterior el Juez contencioso administrativo manifestó que el actor supera los 15 años de servicio que exige el decreto 1211 del 90 artículo 163, y por principio de favorabilidad debe hacerse acreedor a la asignación de retiro denotándose además que no existe otra exigencia normativa para acceder a la misma, máxime cuando este derecho es extensivo a los militares retirados en forma absoluta por condena de pena de prisión, según lo estipula el artículo 178 del mismo decreto. (Jusgado de Descongestión 902 de Florencia, 2015)

A sí mismo fundamenta su decisión en sentencia de la misma corporación del 28 de febrero de 2013, cuya magistrada ponente fue la Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, en ella expresa: a los miembros de la fuerza pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley ( ley 923 de 2004), “no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de expedición de esta ley, cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 cuando el retiro se haga por cualquier otra causal. Título II artículo 3 Numeral 3.1 inciso 2. (Ley Marco 923 de 2004)”. Como se puede observar la ley hace la distinción entre el militar que se encuentra activo al momento de entrar en vigencia la ley y quien no lo está, y en ella el legislador es claro. Por tanto:

Con los argumentos descritos anteriormente el juzgado en mención otorga la asignación de retiro al actor por los 17 años 2 meses y 16 días, con el porcentaje del 58%, es decir 50% por los primeros 15 años y 4% por cada año siguiente.

Es preciso señalar la importancia de los referentes legales que están en auge a raíz de los acuerdos de la Habana, Como se observa anteriormente, incluso la nueva Jurisdicción Especial para la paz ya otorga el derecho para que miembros de la institución puedan recobrar su tiempo de servicio en el cual estuvieron privados de la libertad, claro está que solo en algunos casos, teniéndose en cuenta la condena y el respectivo delito. Lo cual deja al descubierto la vulneración una vez más al derecho de igualdad, ya que solo se beneficiaría con esta disposición una mínima parte de los que sufren dicha situación. Y los demás que estuvieron sacrificando su vida y su familia por un conflicto sin razón, no pueden quedar en el limbo laboral y prestacional, si justamente en los acuerdos de paz, más exactamente en el acto legislativo que incorpora de manera transitoria extensiones a la constitución y en la ley de amnistía, se especifica claramente que todos los delitos y conductas investigadas por la jurisdicción especial para la paz parten de la legalidad y se enmarcan en el Derecho Internacional Humanitario. Incluso hasta los peores atropellos o delitos cometidos por agentes del Estado:

“No hay duda que la oprobiosa práctica de los llamados falsos positivos, en virtud de la cual miembros de las fuerzas armadas causan la muerte a ciudadanos inermes ajenos al conflicto armado, en cuanto carecen del carácter de combatientes por no formar parte de los grupos institucionales y no institucionales involucrados en la contienda interna, ni participar de la misma, para después mostrarlos ante la opinión pública y sus superiores como bajas de un grupo armado ilegal en supuestos escenarios de combate y a partir de ello obtener beneficios como permisos,

felicitaciones en la hoja de vida o ascensos, se encuentra íntimamente vinculada con el conflicto armado interno, pues éste es condición necesaria para que tengan lugar tales desmanes.” (Sentencia Casacion , 2013)

### Conclusiones

1). Es preciso concluir, en cuanto a las prestaciones sociales del señor José Miller Urueña Díaz, que le fueron otorgadas las pretensiones argumentadas en lo que respecta a su liquidación prestacional, es decir que, el tiempo que estuvo privado de la libertad aun existiendo una condena ejecutoriada que finalmente genero la separación absoluta de la institución fue reconocido por el Consejo de Estado, ya que concluyo: que desde que exista el vínculo laboral incluso con el 50% del salario, las prestaciones sociales deben ser resarcidas al miembro de la institución que se encuentre en tal situación (Sentencia -Prestaciones Sociales, 2011). Diferente ocurre para la asignación de Retiro pues como se observa en el caso del Señor Capitán Hugo Valencia Vivas, el tiempo que trabajo suspendido de funciones y atribuciones, no es válido para la asignación de retiro ya que su naturaleza es la redención de pena, sin embargo el mismo CREMIL, le reconoce la mitad es decir el 50% de la asignación de retiro por haber sobrepasado los 15 años de servicio (Consejo de Estado , 2010). Sin aplicar esta vez los argumentos de rechazo manifestados a otros militares en similar situación.

En el expediente del señor Juan Bautista Uribe Figueroa ocurre una situación especial y es que la autoridad competente en el momento de la medida de aseguramiento, en la acusación, ni en la condena le es suspendido sus funciones y atribuciones, sin embargo el tribunal Administrativo de Cundinamarca fundamentado en el decreto 1211 de 1990 y decreto reglamentario 4433 de 2004, decide bajo los mismos criterios del caso antes mencionado negando las pretensiones del actor es decir no reconoce que el tiempo privado de la libertad del actor, aun con funciones y atribuciones sea válido para la liquidación de la asignación de retiro, sin embargo reconoce que el señor Uribe bajo el principio de favorabilidad sobrepaso los 15 años y sin importar que fuese separado de forma

absoluta de la fuerza , tiene un derecho adquirido que es el de la media pensión. Pero a diferencia del caso del señor Hugo Valencia Vivas quien si le fue reconocido de forma directa por el CREMIL, este debió instaurar demanda administrativa para ser reconocido el derecho ya adquirido (Tribunal Adtivo de Cundinamarca, 2015).

Finalmente tenemos el caso del Señor Sargento Oscar Edmundo Gaviria Pachajoa, en donde ocurre exactamente lo mismo el CREMIL, niega la posibilidad de adquirir la asignación o el 50% de la misma, generando una demanda administrativa, en donde el juez muy profesionalmente decide que el tiempo privado de la libertad no debe ser objeto de sumatoria para la liquidación de la asignación de retiro, pero hace la aclaración que en la ley 923 del 2004 que es la ley marco que fija los objetivos y criterios de la asignación de retiro, en ningún sitio se logra evidenciar que haya discriminación alguna de acuerdo a la causal por la que fuese retirado o separado de la institución, es más, aclara que los 15 años de servicio son el tiempo mínimo que se requiere para adquirir la asignación de retiro sin importar la causal de retiro. Excepto el retiro por voluntad propia. (Jusgado de Descongestion 902 de Florencia , 2015)

De esta manera se logra dilucidar tres situaciones, a) que las prestaciones sociales deben ser reconocidas hasta el último día del término de la relación laboral sin importar la causal de despido. b) Que sin importar si el miembro de la institución ha sido suspendido o no, de sus funciones o atribuciones por parte de la autoridad competente, es decir reciba el 50% o 100% del salario, al Militar no se le tendrá en cuenta el tiempo de privación de la libertad como parte de una condena, como tiempo de servicio. c) En todos los casos o expedientes objeto de análisis los actores que trabajaron un tiempo mayor a 15 años, antes de ser objeto de una medida de aseguramiento, se le fue reconocido la asignación de retiro en el porcentaje establecido en la ley, sin hacer

discriminación alguna por la causal aplicada. Lo cual significa que la Caja de Sueldos de Retiro está en la obligación de respetar dichos derechos, situación que se empeña en seguir desconociendo.

2).Teniendo en cuenta los argumentos y conceptos del consejo de estado, tribunales y juzgados administrativos, se puede concluir que el hecho de que un miembro de la institución sea cobijado con medida de aseguramiento, debe interpretarse como suspendido de funciones y atribuciones, sin tener en cuenta el artículo 95 de la ley 1790 del 2000, que reza que para que se otorgue la suspensión esta debe ser solicitada por la autoridad competente, (es decir la fiscalía en ley 600 y el juez control de garantías en ley 906), suspensión que posteriormente debe ser plasmada en una resolución ministerial. La cual no se aplica en la práctica, vulnerando el principio al debido proceso y una serie de derechos, ya que el militar que se cobija con medida de aseguramiento y no es suspendido de funciones y atribuciones y mucho menos, se plasma en una resolución ministerial, le están permitiendo gozar de su salario en un 100%, pero no de sus prestaciones y asignación de retiro, dejando si en claro, en el artículo 98 del mismo decreto inciso 2 que dice “ que el trabajo realizado por el suspendido previamente autorizado por la autoridad competente, que no tenga que ver con el manejo de bienes o dinero, es considerado únicamente como redención de pena”, argumento que en el ministerio de defensa y Ejercito, fácilmente interpreta que debe aplicarse el principio de la realidad sobre las formas, pero en esta ocasión a la inversa es decir que es preferible recluir a sus miembros de la institución, con funciones y atribuciones, pagarles el 100% del salario, no permitirles trabajar en la institución, pero si, dentro de centro de reclusión militar, aun con plenas funciones y mantenerse a la espera que se otorgue una sentencia ejecutoriada para aplicar la causal de retiro de separación absoluta y

de esta forma subsanar los errores de las autoridades que imponen la medida de aseguramiento, errores del ministerio de defensa y de la misma institución del Ejército.

3). Como se encuentra argumentado en los diferentes capítulos del presente trabajo, se observa jurisprudencia de relevancia para mayor entendimiento y comprensión de nuestros resultados, y es que las autoridades administrativas en cabeza del consejo de Estado, Tribunales y juzgados han tomado decisiones en casos similares, que si bien es cierto no configuran aun los requisitos para constituirse como precedente judicial, como mínimo deben ser estudiados, investigados por medio de conceptos fundamentados sobre el tema en concreto, para dilucidar y garantizar los derechos adquiridos por miembros de la institución. El artículo 114 de la Ley 1395 de 2010. Menciona que: “ Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.” En conclusión y para una mayor solución y claridad en el tema que nos ocupa, es de vital importancia configurar un precedente judicial, que ya se ha venido edificando en las diferentes decisiones contenciosas administrativas, pero que la institución del Ejército Nacional y el CREMIL las desconocen y no hacen nada por conocerlas.

4). Sin duda alguna, existe un régimen especial con muchos vacíos jurídicos, que se han venido aumentando precisamente por la problemática generada por el conflicto armado y que es aceptable que el tiempo que un Militar esta privado de su libertad no sea tenido en cuenta para la

asignación de retiro, siempre y cuando las entidades del mismo Estado cumplan con los requisitos determinados para hacer efectiva la suspensión, es decir si el ente acusado no solicita la mencionada es porque no lo considera necesario, situación que permitiría que el acusado continúe labores institucionales con ciertas restricciones pero que necesariamente no signifiquen redención de penal, ya que esta redención en la actualidad se lleva a cabo en los centro de reclusión Militar por medio del estudio y la enseñanza.

Ahora bien en nuestros expedientes objetos de estudio desconocen tal argumento, sin tener en cuenta que la seguridad social es un derecho fundamental, inclinándose por la reglamentación, que esta asignación fue creada con un fin constitucional determinado, y con el objetivo principal de beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares. C-432-04. En similar situación es incomprensible que se desconozca una línea jurisprudencial del tema en concreto y la misma ley 923 de 2004 que prevalece sobre los decretos que reglamentan nuestro tema objeto de análisis, trasgrediendo los derechos fundamentales del funcionario de la institución que ha prestado sus servicios al estado, afectando no solo su dignidad y mínimo vital si no el de una familia completa que ha tenido que afrontar las adversidades del oficio castrense.

5). Ahora bien, es preciso relacionar finalmente que en los acuerdos de paz ya firmados y la ley de amnistía 1820 del 30 diciembre de 2016, en donde se describen los beneficios de la justicia transicional para los militares que con ocasión del conflicto se vieron inermes en investigaciones penales y disciplinarias, se parte del principio que todas las operaciones fueron legales, luego la línea a seguir para los magistrados de la JEP (Jurisdicción Especial para la Paz), es la del Derecho

Internacional Humanitario, lo que permite concluir que los delitos o excesos cometidos hacen parte del conflicto interno del Estado colombiano, conflicto generado por la desigualdad, por la corrupción, por la politiquería y falta de oportunidades, en virtud de este conglomerado de causantes, los derechos y principios laborales no pueden ser menoscabados afectando el mínimo vital de los miembros de la institución castrense. Razón por la que el tema objeto de estudio requiere una mayor profundización, una vez se coloque en marcha la Jurisdicción Especial para la Paz. Ya que muchos militares activos saldrán de las cárceles con libertad condicionada que es similar a la libertad condicional y que se espera que estos puedan retomar sus derechos laborales perdidos, de acuerdo a lo establecido en el decreto 1790 de 2000, el cual modifica el decreto que regula las normas de la carrera de oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares, Expresa en el título IV Capítulo I, Artículo 95 de la suspensión. Parágrafo No 4 “Cuando se conceda el derecho de libertad provisional o condena de ejecución condicional no procederá la suspensión de funciones y atribuciones”. Ante este argumento en la ley de amnistía se enunciaron derechos precisamente para militares que se acojan a la jurisdicción Especial, en los cuales se mencionan que el tiempo que estuvieron privados de la libertad sería tenido en cuenta para la asignación de retiro siempre y cuando en ningún momento se haya interrumpido la cotización de los aportes al CREMIL, pero hace la salvedad que solo aplica para delitos que tengan una pena mínima a los 5 años. “Entonces SI pero NO “entonces el principio de igualdad que reza nuestra constitución nacional, si todos los miembros de la institución que pasan por esta situación cometieron errores por acción u omisión fueron precisamente dentro del conflicto armado interno, los cuales son objeto de aplicación por el Derecho Internacional Humanitario, incluso los de mayor trascendencia . (Sentencia Casacion , 2013).

## Referencias Bibliográficas

Asamblea General de Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>: Oficina ONU.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitucion Politica*.

Conferencia Internacional del Trabajo. (2011). *Seguridad social para la justicia social y una globalizacion equitativa*. Ginebra: Oficina Internacional del trabajo.

Congreso de la Republica . (11 de Diciembre de 1989). *Ley 66 de 1989. Facultades Especiales*. Bogota, Colombia.

Congreso de la Republica. (02 de 03 de 2017). *Acto Legislativo (JEP). Impementacion Justicia Especial para la Paz*. Bogota, Colombia: Gaceta del congreso.

Congreso de la Republica, ley 1820. (30 de diciembre de 2016). *Ley de amnistia . Regimen de Libertades*. Bogota, Colombia: Gaceta del congreso.

Congreso Iberoamericano, S. S. (1976). *“Nuevo Modelo de Seguridad Social Participada”*. Panama: Oficina OISS.

Congreso Nacional de la Republica, Ley 923. (30 de diciembre de 2004). *Ley 923. Mediante la cual se fijan normas, objetivos y criterios a tener en cuenta el hobierno en la fijacion del regimen prestacional y de asignacion de Retiro para los miembros de las FF.MM*. Bogota, Colombia.

Consejo de Estado , 1749-09 (Consejo de Estado 15 de 07 de 2010).

Corte Constitucional T-512, T-2270666 (Magistrado: Luis Ernesto Vargas Silva 30 de Julio de 2009).

Corte Constitucional, Colombia., Sentencia 432 (M. P. Rodrigo Escobar Gil. 2004).

Jusgado de Descongestion 902 de Florencia , JAD-902-075 (Jusgado de Descongestion 902 de Florencia 23 de agosto de 2015).

Ministerio de Defensa. (8 de junio de 1990). Decreto 1211. *Por la cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las FF.MM.* Bogota, Colombia.

Ministerio de Defensa, Decreto 0991. (15 de Mayo de 2015). Decreto 0991. *Por la cual se fija el Regimen de asignacion de Retiro a un personal de oficiales y suboficiales de las FF.MM.* Bogota, Colombia.

Ministerio de Defensa, Decreto 501. (1955). Decreto 501. Bogota, Colombia: Oficina Ministerio de Defensa.

Mora, C. O. (1978). Seguridad Social y/o Bienestar Social o Fortaleza Estatal. Lisbona-Venezuela.

OIT. (2013). *la proteccion social mundial*. Recuperado el Abril de 13 de 2014, de proteccion Social: <http://ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/social-protection/lang-es/index.htm>

Organizacion de Estados Americanos. (2009, 13Dic ). *Carta tratado A41*. [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A41\\_carta](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A41_carta) de la Organización de Estados Americanos: Oficina OEA.

Organización Iberoamericana, seguridad Social. (25 de octubre de 1947). *Carta Interamericana de Garantías Sociales*. Obtenido de [https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=%E2%80%9CConsid%C3%A9rense+como+b%C3%A1sicos+en+el+derecho+soci+l+de+los+pa%C3%ADses+americanos+los+siguientes+principios:+a\)+El+trabajo+es+un+a+funci%C3%B3n+social](https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=%E2%80%9CConsid%C3%A9rense+como+b%C3%A1sicos+en+el+derecho+soci+l+de+los+pa%C3%ADses+americanos+los+siguientes+principios:+a)+El+trabajo+es+un+a+funci%C3%B3n+social)

Presidencia de la República, Decreto 4433. (31 de diciembre de 2004). Decreto 4433. *Por la cual se fija el Régimen Prestacional y de asignación de Retiro de los miembros de la FF.MM.* Bogotá, Colombia.

Sentencia Casación, 36460 (Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal 28 de Agosto de 2013).

Sentencia Constitucional C-432, C-432 (Magistrado: Rodrigo Escobar Gil 6 de Mayo de 2004).

Sentencia de Unificación, SU-430 (Magistrado: Vladimiro Naranjo Mesa 3 de junio de 1998).

Sentencia -Prestaciones Sociales, 1854-08 (Consejo de Estado 7 de 4 de 2011).

Tribunal Adtivo de Cundinamarca (Tribunal Administrativo de Cundinamarca 25 de mayo de 2015).

Villegas, A. J. (2016). *Administrativo Laboral*. Bogotá: Legis.