

Doctor

JAIME HENRY RAMÍREZ MORENO

Juez Dieciséis (16) Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá

Sección Segunda

E. S. D.

REF : Expediente No. : 11001333501620160017560
DEMANDANTE : ROSA ELENA CUERVO LOPEZ
DEMANDADO : MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

OFICINA DE APOYO
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS
2018 JUL 24 PMH
CORRESPONDENCIA
RECIBIR

236000

ASUNTO: CONTESTACION DE DEMANDA Y PRESENTACIÓN DE EXCEPCIONES

GERANY ARMANDO BOYACÁ TAPIA, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.156.634 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional Número 200.836 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** en el proceso de la referencia, conforme al poder otorgado, doy **CONTESTACIÓN** a la demanda en los siguientes términos:

SOBRE LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Solicita el apoderado de la parte actora en la demanda, la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio OF15-19369 MDSGDAGPS del 18 de marzo de 2016, suscrito por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se negó al actor el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional.

Como consecuencia de la nulidad se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a indexar la base salarial para reajustar el valor inicial a partir de la primera mesada pensional de jubilación desde el 24 de junio de 1988, así mismo, se ordene a la entidad demandada reajustar las mesadas pensionales pagadas en los años posteriores.

Finalmente, solicita se condene a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios, así como al pago de costas y agencias en derecho.

RAZONES DE DEFENSA

El demandante solicita que se declare la nulidad del Acto Administrativo mediante el cual se le negó la reliquidación y reajuste a partir de la primera mesada pensional, así como las mesadas posteriores, de acuerdo con el IPC.

Al respecto señor Juez, me permito indicar que los aumentos de la pensión de jubilación de los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional fueron

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co

Twitter: @mindefensa

Facebook: MindefensaColombia

Youtube: MindefensaColombia

realizados según las disposiciones vigentes de conformidad con las normas especiales, en atención a lo dispuesto en el Decreto 1214 de 1990, en su artículo 118 que a continuación se transcribe:

ARTICULO 118. - Reajuste de pensiones. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y por aportes y las que se otorguen a los beneficios de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional conforme a este estatuto, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno Nacional el salario mínimo legal mensual.

PARAGRAFO. - Este reajuste tendrá vigencia simultanea a la que se fija para el salario mínimo.

Sobre el particular, es preciso recordar que el personal civil pensionado por parte del Ministerio de Defensa Nacional, pertenece a un régimen especial, establecido desde la misma Constitución Política; este régimen contempla el hecho de que las pensiones por jubilación, invalidez, vejez y por aportes y las que se otorguen a los beneficios de los empleados públicos pagadas deben reajustarse anualmente de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno Nacional el salario mínimo legal mensual.

Para dar cumplimiento a lo anteriormente anotado, anualmente el Gobierno Nacional mediante Decreto Ejecutivo fija los incrementos del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, reajustando con ello las pensiones de jubilación.

En el caso específico, los respectivos ajustes por concepto de pensión desde el 1º de abril de 1993, fecha en la que el actor empezó a disfrutar de su primera mesada pensional, se ha venido aplicando conforme a lo ordenado por la Ley, teniendo en cuenta los diferentes reajustes que aplican a las pensiones del personal civil, entre ellos la Ley 6 de 1992 que se liquidó y pagó en los años 1993, 1994 y 1995, y finalmente la ley 445 de 1998.

Por lo anterior, señor juez, es improcedente el reconocimiento pretendido por el actor, toda vez que si el mismo está inconforme con los reajustes efectuados por la administración a través de los decretos antes mencionados, eran estos los que debían ser demandados en su momento, no obstante y con el ánimo de no desviarnos del problema planteado, es indispensable señalar que no debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de dicha ley y en presencia de la Ley 4a de 1992 que es una ley marco, en consideración a los argumentos que expondremos posteriormente.

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co

Twitter: @mindefensa

Facebook: MindefensaColombia

Youtube: MindefensaColombia

Los empleados públicos no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, a diferencia de los ciudadanos regulados por la Ley 100/93, ostentan dentro de su salario y prestaciones partidas que no son del común de prestaciones recibidas por el resto de personas, razón por la cual el aumento de la pensión de jubilación decretado por el gobierno nacional no viola el principio de igualdad ni de favorabilidad.

PROBLEMA JURIDICO CENTRAL

¿Debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley y en presencia de la Ley 4 de 1992 que es una ley marco?

LINEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado ha venido acogiendo afirmativamente las pretensiones de los demandantes del reajuste de la pensión con fundamento en los siguientes argumentos:

El reajuste para las asignaciones de retiro de los beneficiados se regía conforme lo dispone el Decreto 1212 de 1990, es decir mediante la metodología de oscilación de las asignaciones de los miembros de la Fuerzas Militares y de Policía en actividad.

El anterior panorama varió desde el mismo momento en que entró a regir la Ley 238 de 1995, mediante la cual se ADICIONÓ el artículo 279 de la ley general de pensiones con el siguiente parágrafo:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

A partir de la anterior adición, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones en los términos dispuestos por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor – I.P.C. certificado por el DANE, así como también tienen derecho a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.

Pero, se presenta entonces, una aparente antinomia teniendo en cuenta que el Presidente de la República, con fundamento en una ley marco, esto es la Ley 4a de 1992, expidió los decretos mediante los cuales fijó los sueldos

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co

Twitter: @mindefensa

Facebook: MindefensaColombia

Youtube: MindefensaColombia

básicos y/o aumentos salariales para el personal de oficiales, suboficiales, agentes, personal del nivel ejecutivo y personal no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional, materializándose así los reajustes de manera oficiosa, con base en el régimen salarial especial y distinto al de los demás trabajadores de la Administración Pública.

El Congreso de la República, con base en el artículo 150 de la Carta Magna, adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y al hacerlo surgió un enfrentamiento de normas: Las previstas en la Ley 4a de 1992, que es ley marco, y una ley ordinaria como fue la expedida Ley 238 de 1995.

No podría inaplicarse la Ley 238 de 1995, con fundamento en la existencia de una ley anterior marco, en la medida en que:

".....Solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la Ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para, la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente..."

Desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que hace el Estado a los retirados de la fuerzas militares se les denominó genéricamente PENSIONES (art. 169) y en la actual sucedió otro tanto (art. 220), con los miembros de la fuerza pública (militares y policial).

La Corte Constitucional, rectificó el criterio que tuvo cuando aseguró, en sentencia C - 941 de 2003, que las asignaciones de retiro no eran pensiones y fue así como en sentencia C - 432 de 2004 reconoce que las asignaciones de retiro se asimilaban a las pensiones de vejez o de jubilación, luego entonces las asignaciones de retiro, son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, por lo que resulta irrelevante el argumento de quienes anteponen lo dispuesto en el artículo 220 de la Constitución Política, máxime que las asignaciones de retiro no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y tampoco son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, no

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co

Twitter: @mindefensa

Facebook: MindefensaColombia

Youtube: MindefensaColombia

obstante el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo permite el inciso 2° del artículo 36 del Decreto 4433 de 2004.

“Estando de acuerdo con la apreciación del Consejo de Estado en cuanto a que lo que subyace es un problema de antinomia normativa, no aparente sino verdadero conflicto de normas, por lo que lo primero que se va a presentar en esta contestación de demanda son las diferente tipología de leyes existentes en nuestro ordenamiento jurídico, para posteriormente establecer de qué naturaleza son las normas legales que se encuentran en contradicción y consiguientemente concluir, de acuerdo con las reglas de hermenéutica jurídica, cuál de ellas prevalece.”

DE LA NATURALEZA ESPECIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LA FUERZA PÚBLICA

En efecto, mediante sentencia C-432 de 2004¹, la Corte Constitucional concluyó que el régimen prestacional de la fuerza pública es un RÉGIMEN ESPECIAL y no puede ser regulado ni por una ley ordinaria, como la Ley 100 de 1993 ni por decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Ejecutivo.

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.

A partir de lo anterior, afirma la Corte Constitucional que 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.

En este contexto, sostiene la Corporación, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos es decir, contrarios al

¹Sentencia C-432 de 2004. Del 06 de mayo. Expediente D-4882 Demandante Rubiela Barrera Muñoz. M.P. Dr. Rodrigo Escobar

principio de igualdad, "los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedidos por el régimen general..

Además agrega la Corte que las prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública resultan razonables y proporcionales si permiten nivelar a los miembros de la fuerza pública con el resto de servidores del Estado, a través del señalamiento de derechos prestacionales que repongan el desgaste físico y emocional a que se someten los primeros, principalmente en razón de sus servicios.

La Corte Constitucional ha señaló también que:

"...las personas 'vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general'². En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica."³;(viii)La Corte ha precisado además quedado que los sistemas de seguridad social -tanto el general como los regímenes especiales- funcionan de acuerdo con metodologías propias, además de que confieren prerrogativas diversas -por razón de las características comunes al grupo humano que se dirigen-, no resultaría legítimo que, para detectar posibles discriminaciones, se los comparara con la misma regla o se les aplicaran iguales patrones de confrontación; (ix) Sólo si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico⁴. (x) Pero la Corporación ha precisado que solamente podría darse esa circunstancia (a) si la prestación es autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (b) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (c) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente.(Sentencia C-890 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) (Resaltado fuera de texto)

Por lo anterior, parcialmente hemos de concluir que la Ley 4a de 1992 y sus Decretos reglamentarios constituyen una unidad con categoría de norma especial y cuyas disposiciones no puede ser jamás variadas a través de una ley ordinaria.

² Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Sentencia C-956/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

⁴ Ibidem Sentencia C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

INAPLICABILIDAD DE LA LEY 238 DE 1995

Asevera el Consejo de Estado que considera procedente aplicar una ley ordinaria, posterior, especial y más favorable, que no ha sido declarada inexecutable, sobre una ley marco anterior, porque la única condición para dejar de aplicarla sería que la misma fuera incompatible con la Constitución.

El argumento medular del Consejo de Estado para responder afirmativamente el problema jurídico, son los siguientes:

1. El Consejo de Estado incurre en imprecisión cuando le da a la Ley 238 de 1995 la doble categoría de ley ordinaria y ley especial. Esta afirmación va en contravía del principio de la lógica según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. O es ley ordinaria o es ley especial, pero no las dos al mismo tiempo. Indudablemente en nuestro criterio la mencionada ley es una ley ordinaria.
2. Si como lo reconoció el mismo Consejo de Estado, estamos en presencia de una antinomia normativa, la forma de solucionarla es a través de las reglas de la hermenéutica que históricamente nos han regido desde la vigencia de la Ley 57 de 1887 que derogó el artículo 10 del Código Civil.

La mencionada ley dispone, al regular la incompatibilidad y prelación normativa que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

Así pues al enfrentarnos ante dos normas incompatibles entre sí como en el caso en que una norma especial establece un método para regular el incremento de las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública (Oscilación) y otra norma general regula el mismo tema a través de otro método (I.P.C.), la solución se da dándole prevalencia a la norma especial tal como lo dispone la normatividad referida con antelación.

La afirmación del Consejo de Estado en cuanto a que la única condición para inaplicar una ley general posterior y más favorable es que ésta sea incompatible con la Constitución, en nuestro sentir desconoce la regla de hermenéutica aludida, aparte de que crea una nueva regla hasta ahora desconocida para solucionar un conflicto de incompatibilidad de normas.

La inaplicación de una ley, cualquiera que sea, por ser incompatible con la Constitución, es el resultado de lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Nacional y para hacer uso del mismo no se requiere estar ante un conflicto normativo como el que aquí se presenta.

Así pues la orden emanada del artículo 4° de la Constitución, en nuestro criterio, no puede ser utilizada para solucionar una incompatibilidad normativa o antinomia normativa, a menos que esa norma especial, que

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co

Twitter: @mindefensa

Facebook: MindefensaColombia

Youtube: MindefensaColombia

como se dijo debe regir sobre la general sea sí incompatible con la Constitución, pero observemos que el análisis de constitucionalidad se haría no sobre la norma general que debe ceder a la especial, sino sobre ésta última que debe imponerse sobre la general.

Lo anterior porque so pretexto de aplicar la regla aludida, esto es que la norma especial se prefiere sobre la general, no puede desconocerse el contenido sustancial de nuestra carta magna, por el contrario la que debe sacrificarse por ser incompatible con la Constitución sería la norma especial.

Pero resulta que en este caso el Consejo de Estado no explicitó porque prefirió sacrificar la norma especial (Ley 4a de 1992 y sus decretos reglamentarios), siendo que en momento alguno aseveró que la misma fuera Incompatible con la Constitución.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

En la sentencia C - 941 de 2003⁵, al enfrentar la Corte el mismo problema jurídico que hoy nos ha ocupado y al abordar, dentro de uno de sus temas, la inexecutable de las normas que consagraban el principio de oscilación por el cargo que se formulaba en contra de las mismas de ser discriminatorias al no permitir que el incremento de las pensiones y de las asignaciones de retiro se rigieran conforme a la metodología del I.P.C. impuesta en la ley 100 de 1993, expuso la Corte los argumentos que a renglón seguido se consignan.

En la mencionada sentencia aclaró que debía existir también un pronunciamiento de fondo sobre el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990 por cuanto el mismo continuaba produciendo efectos en el mundo jurídico, en la medida en que la metodología para incrementar tales prestaciones se erigían como un derecho adquirido.

Para responder el planteamiento jurídico la Corte abordó el tema de los criterios fijados en la jurisprudencia en materia de comparación de regímenes especiales frente al régimen general de seguridad social.

⁵ Sentencia C-941 de 2003. Expediente D-4531 Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "en todo tiempo" contenida en el art 151 del Decreto 1212 de 1990. *En relación con la prestación de asignación de retiro regulada por el Decreto 1212 de 1990, como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia, no resulta posible establecer una comparación con el régimen señalado para las pensiones reguladas en la ley 100 de 1993, pues se trata de prestaciones diferentes que no pueden asimilarse y en relación con las cuales no cabe entonces predicar la configuración de un tratamiento discriminatorio para los oficiales y suboficiales con derecho a la asignación de retiro en los términos señalados en el Decreto 1212 de 1990 frente al tratamiento dado a los servidores a los que se les aplica el régimen general de la ley 100 de 1993*

Es importante tener en cuenta en este caso tales criterios que como *ratio decidendi* expuso la Corte Constitucional, habida cuenta que de su atención depende la conclusión de lo que debe entenderse por norma más favorable.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con la posición jurisprudencial expuesta, y los argumentos señalados, consideramos que en el presente caso, las pretensiones del demandante no deben prosperar, por cuanto su pensión de jubilación es reajustada de oficio, conforme con los decretos expedidos cada año por el Gobierno Nacional, y la prestación del accionante pertenece a un régimen especial de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional.

PERSONERÍA

Respetuosamente solicito al Despacho, reconocermé personería en los términos del poder que me ha sido conferido.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Carrera 54 No 26-25 CAN - Ministerio de Defensa Nacional, adicionalmente autorizo expresamente al despacho judicial para que me notifique las actuaciones procesales al correo electrónico Gerany.boyaca@mindefensa.gov.co, sin perjuicio de las notificaciones a la entidad que deben surtir al correo notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co.

ANEXOS

1. Poder para actuar y sus anexos.

De la Honorable Juez,

GERANY ARMANDO BOYACÁ TAPIA

C.C. No. 80.156.634 de Bogotá

T.P. No. 200.836 del C.S. de la J.

Gerany.boyaca@mindefensa.gov.co

Ética, Disciplina e Innovación

Carrera 54 No. 26-25 CAN

Conmutador (57 1) 3150111

www.mindefensa.gov.co

Twitter: @mindefensa

Facebook: MindefensaColombia

Youtube: MindefensaColombia