

Doctora

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ 16 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ - SECCION SEGUNDA

E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACION DE DEMANDA

Expediente	11001333501620190050800
Medio Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	WALDIR BARROS VANEGAS
Demandada	MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL

JESÚS RODRIGO GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Bogotá, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.430.249 expedida en Madrid-Cundinamarca, abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional Número 193.725 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL en el proceso de la referencia, conforme al poder otorgado, me permito presentar CONTESTACION DE LA DEMANDA en los siguientes términos:

I. IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La parte demandada en el presente caso es la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –ARMADA NACIONAL, cuyo representante legal es el Dr. CARLOS HOLMES TRUJILLO GARCÍA, con sede principal en la Calle 26 N° 69-76 Torre 4 “Agua” Piso 9, de la ciudad de Bogotá D.C., PBX 3150111 y NIT 899999003-1.

La señora Directora de Asuntos Legales del MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL, ostenta la delegación judicial y es la doctora SONIA CLEMENCIA URIBE RODRIGUEZ, con domicilio ubicado en la Calle 26 N° 69-76 Torre 4 “Agua” Piso 9 de la ciudad de Bogotá D.C.

Trámites y correspondencia: Puerta 8 carrera 57 No. 43-2; correo electrónico de la entidad: notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co

II. DE LAS PRETENSIONES

Las pretensiones del demandante, se concretan en las siguientes:

1. Que se declare la nulidad del oficio No. 20190423330351081 del 29-julio-2019 y el acto administrativo ficto o presunto de CREMIL.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la Armada Nacional el reajuste de la asignación básica, primas, cesantías y prestaciones sociales desde 01 enero de 1997 hasta el retiro del militar, en razón al Índice de Precios al Consumidor – IPC, para los años 1997 al 2004.



3. Como consecuencia de lo anterior se condene a CREMIL al reajuste de la asignación de retiro en razón al Índice de Precios al Consumidor – IPC, para los años 1997 al 2004.

III. OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES

Mi representada, por falta de sustento jurídico y probatorio del libelo demandatorio, se opone a todas y cada una de las solicitudes de declaraciones y condenas impetradas por el apoderado de la demandante, con fundamento en las razones sustanciales legales que se expondrán respecto de los hechos narrados en el escrito de demanda, desprendiéndose que la entidad que represento no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, razón por la que su actuación está ajustada a derecho, por tanto solicito desde ahora se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV. DE LOS HECHOS

HECHO 1: Es cierto que el señor WALDIR DE JESUS BARRIOS VANEGAS, CC. 73.116.324, ingresó como Alumno a la Armada Nacional el 04-febrero-1985 y se escalafonó a la categoría de Suboficial el 01-diciembre-1985, su ultimo grado en la carrera militar fue Jefe Técnico y mediante **Resolución No. 714 del 09-diciembre-2009** es retirado del servicio activo de las Fuerza Militares por solicitud propia, con novedad fiscal del 02-febrero de 2010.

PUNTO 3, 4, 5, 7, 9, 10, 11, 12, 16: Son apreciaciones del apoderado del demandante.

PUNTO 6, 17: Son apreciaciones del apoderado del demandante, toda vez que cita sentencias en las cuales, en aplicación del principio de favorabilidad, se reconocieron derechos a personal de la Fuerza Pública que le fue reconocida asignación de retiro para los años 1997 hasta 2004. Por otra parte cita jurisprudencia de PENSIONES de personal de la Fuerza Pública que se causaron entre el lapso de 1997 y 2004.

De igual manera, referencia procesos donde hacen mencionan el tema de reajuste del salarial (Salario Mínimo Legal Vigente - régimen general) acorde al IPC, y el actor hace parte de un régimen especial y como figura en las certificaciones, los ingresos del demandante están por encima del Salario Mínimo Legal Vigente.

PUNTO 8: No es cierto, ya que figura en el expediente certificación de ingresos desde el 01-diciembre-2009 hasta el 28-febrero-2010 y no certificaciones de ingresos para los años que refiere el apoderado del demandante.

PUNTO 13, 14, 15.: Es el centro del debate probatorio, dentro del presente asunto y tendrá que ser demostrado por parte del actor los presuntos actos omisivos o positivos causantes del perjuicio imputable a la Entidad que represento.

V. EXCEPCIONES PREVIAS

Es muy importante en este momento procesal que nos ocupa, dejar en claro los fundamentos de las pretensiones de la demanda, debemos partir del estudio del factor temporal del caso que se debate ante ese honorable Despacho.

Por ello hago énfasis, en que las pretensiones se fundamentan según la parte actora, en dos (02) lapsos de tiempo, uno el reajuste salarial para los años 1997 al 2004 y dos pretender la nulidad de un acto administrativo proferido por la Armada Nacional en el año 2019.

1. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO INVOCADO

Es importante indicar que el señor JT. (RA) WALDIR DE JESUS BARRIOS VANEGAS, reclama el reajuste del salario y consecuentemente el reconocimiento del derecho de reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor, para los años (1997 a 2004), situación que no es jurídicamente viable como quiera que para la fecha en que solicita el reconocimiento y reajuste de salarios y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro, **el señor WALDIR DE JESUS BARRIOS VANEGAS SE ENCONTRABA EN SERVICIO ACTIVO, TAL HECHO ESTA DEMOSTRADO EN LA RESOLUCIÓN No. 714 DEL 09-DIC-2009, POR MEDIO DE LA CUAL ES RETIRADO DEL SERVICIO ACTIVO DE LAS FUERZA MILITARES POR SOLICITUD PROPIA, con novedad fiscal del 02-feb-2010.**

LA PARTE DEMANDANTE DURANTE LOS AÑOS 1997 A 2004 EN NINGÚN MOMENTO MANIFESTÓ SU INCONFORMIDAD CON LA APLICACIÓN DE LOS DECRETOS EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL, FRENTE AL AUMENTO SALARIAL, DEJANDO TRANSCURRIR EL TIEMPO Y EN CONSECUENCIA LA INACTIVIDAD PARA EL EJERCER LAS ACCIONES LEGALES, PARA LUEGO INSTAURAR DEMANDA DESPUÉS DE SU RETIRO.

Como un modo de **extinción de derechos particulares contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990¹, la prescripción cuatrienal**, es decir, que ellos prescriben en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles. Para que dicha figura opere, es indispensable que concurren todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad, frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en lograr su cumplimiento.

En efecto, la pre-citada norma contempla la prescripción especial de las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, como son las que perciban los miembros de la Fuerza Pública. Conforme a lo anterior, **haciendo uso de la analogía** es dable acudir a la regla prescriptiva que se

¹ Decreto 1211 de 1990 Art. 174 Prescripción de Derechos " Los derechos consagrados en este estatuto prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El Derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares



contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que la postura de la parte actora implicaría admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley serían imprescriptibles, aserto que no es de recibo dado que solamente los derechos laborales de tracto sucesivo de orden vitalicio, salvo excepciones legales, quedan amparados por esta prerrogativa.

Al respecto la Honorable Corte Suprema de Justicia ha señalado: (C.S.J. SALA LABORAL. Sentencia del 17 de marzo del 2009. Expediente 34251)

“Ahora bien, que ciertos estados o, en mejores términos, “situaciones jurídicas” como el estado civil de las personas, las derivadas de las relaciones de familia, en materia laboral, el status de pensionado, etc., sean imprescriptibles, no desconoce que los derechos crediticios surgidos de éstas o de cualquiera otra clase de obligación correlativa sí lo son. Al punto, importa recordar que las acciones surgidas de la relación de trabajo son de carácter personal, que entrañan créditos de carácter económico, como los salarios y prestaciones sociales, las cuales sepueden extinguir por no haber sido ejercidas por su titular en el tiempo que para el efecto concede la ley laboral.

(...) “Y ya en fecha más reciente, en la sentencia del 18 de febrero de 2004, radicación 21.231, en un proceso en el que fungió como demandado el Banco de la República, en asunto similar al presente, asentó:

“si para el caso se estimaba tener derecho a que se incluyera como factor salarial para establecer el salario base para tasar la pensión de jubilación lo pagado al demandante por prima de vacaciones en el último año de servicios, la exigibilidad de esa obligación empezaba desde la fecha en que se reconoció y, por consiguiente, se cuantificó por la demandada la mesada pensional de éstos, y respecto a los aumentos anuales a partir de la fecha en que los preceptos que lo regulan lo ordenan. Esto porque en uno y otro caso, es a partir de esa data que el interesado tenía la posibilidad de acudir a la justicia para reclamar el reajuste pertinente ante el desconocimiento por parte del obligado al pago íntegro de la prestación. (Subrayado fuera de texto)

El Derecho a exigir las pretensiones esbozadas por el actor en esta demanda, se configuró desde el momento en que se expidieron los decretos del Gobierno Nacional, es decir a partir del momento en que se fijaron los aumentos a los salarios del personal activo de la Fuerza Pública, y consideró que era ese el momento procesal para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C- 072 de 1994 señaló:

“La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial



fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.

No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo."

De esta forma se tiene que, el fundamento que sustenta el señalamiento de una prescripción de corto plazo para las acciones laborales, radica en la efectividad del principio de la **seguridad jurídica**, que evita la configuración de controversias laborales indefinidas, a través de mecanismos que faciliten el tránsito por las vías legales y del entendimiento racional su correspondiente resolución.

2. CADUCIDAD MEDIO DE CONTROL.

Ahora bien, en los documentos allegados al proceso entre ellos el acto administrativo proferido por la Armada Nacional (**oficio No. 20190423330351081**) el cual pretende que se declare la nulidad, claramente está probado que dicho documento es de fecha **29 de julio de 2019**, no hay actuación procesal o legal que interrumpa los términos y la **radicación de la demanda se registra el 12 de diciembre de 2019**.

Nótese entonces su señoría, que a simple vista se evidencia que transcurrieron CASI 4 MESES Y MEDIO desde que se profirió el acto administrativo aquí demandado; lo cual genera la excepción propuesta: CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL.

Por tanto, centrándonos en la excepción propuesta: **CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**", es condición sine qua non ATENERNOS A LA NORMATIVIDAD QUE RIGE EN MATERIA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, LEY No.



1437/2011, art. 138 y art. 164, No. 2 – Lit. d, ASÍ:

“ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, **dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación.** Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

..” **ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA.** La demanda deberá ser presentada...”...

” 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:...”

...” d) **Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;**” (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO)

Si atendemos la fecha del acto administrativo demandado, la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho ha debido entablarse a **más tardar el 30 de noviembre de 2019.**

Ahora bien, al revisar el expediente no figura la convocatoria a conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial para asuntos administrativos, lo que configura otra excepción que explicare más adelante.

De igual manera, se tiene que la demanda ante la jurisdicción administrativa fue radicada en la oficina de apoyo para los juzgados administrativos **el día 12 de diciembre de 2019.**

SE EVIDENCIA CLARAMENTE QUE TRANCURRIERON MÁS DE 4 MESES Y 12 DIAS, DESDE QUE SE PROFIRIÓ EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO A LA FECHA QUE RADICÓ LA DEMANDA, POR TODO LO ANTERIOR COMEDIDAMENTE SOLICITO A SU SEÑORÍA, SE **SIRVA DECLARAR LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.**



3. AGOTAMIENTO DEL REQUISITO DE PROCEBILIDAD

La presente acción fue interpuesta por el señor Barrios el 12 diciembre de 2019, es decir en vigencia de la Ley 1437 de 2011, la cual establece como requisito de procedibilidad la conciliación prejudicial:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.”

De igual manera, para determinar cuáles asuntos deben ser sometidos a conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad es oportuno citar el Decreto 1716 de 2009, que indica lo siguiente:

“Artículo 2°. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado (...) sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo: – Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario. – Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993. – Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado. (...).”

Acorde a lo anterior, es evidente que para demandar judicialmente a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es necesario surtir la conciliación (artículo 2 del Decreto 1716 de 2009- artículo 161-1 C.P.A.C.A), requisito con el que no cumplió el señor BARRIOS VANEGAS a través de su apoderado. También en reiterada jurisprudencia indica que, si bien se trata de derechos ciertos e indiscutibles, pero dichos derechos conllevan obligaciones de carácter pecuniario y de repercusiones económicas, las cuales si son susceptibles de conciliar en la jurisdicción contenciosa administrativa, tal y como lo indica el precepto legal.

VI. FUNDAMENTOS DE DEFENSA

En primer término y en aras de dar claridad al despacho para dar solución al presente asunto, me permito hacer las siguientes precisiones; revisando en su integridad las normas que regulan el tema objeto de la pretensión:



En el año 1990 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1211 el cual en su artículo 169 determinó el sistema de oscilación para salvaguardar las asignaciones del personal militar en retiro y pensiones de los beneficiarios.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 279 excluyó, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional del Sistema de Seguridad Social Integral por tratarse de regímenes especiales.

Posteriormente se expidió la Ley 238 de 1995, que adicionó la norma mencionada indicando que el reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor, consagrado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, le era aplicable a los beneficiarios de los regímenes exceptuados.

El artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 prescribe que los Oficiales y Suboficiales no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública salvo que la ley lo establezca expresamente, como ocurre en este caso.

Por otro lado el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala que **las pensiones** para que mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. **Disposición que no es inaplicable para los salarios que se reciben en servicio activo.**

Entendido es, que la ley 100 de 1993 es **para pensiones y no salarios**, pues éste como lo establece la ley 4 de 1992 para el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública será determinado por el Gobierno Nacional anualmente con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa ley.

Como quiera que el demandante solicita se le reajusten los salarios que percibía en actividad, con base en el IPC podemos manifestarle sin temor a equivocarnos que:

El actor solicita que se le paguen las sumas de dinero desde el año 1997 hasta el 2004, lo que repercutiría en el incremento de salarios hasta la fecha de su retiro, por concepto del incremento o reajuste salarial, tomando como base el IPC y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro, hasta la fecha del pago efectivo.

La entidad mediante Acto administrativo hoy atacado (oficio No. 20190423330351081), le da respuesta negativamente y le da las razones de derecho que le asiste mi representada, argumentando que:

“ se informa que la Armada Nacional a través de su División de Nóminas canceló los haberes de su apoderado Jefe Técnico (RA)



JAIME RAFAEL CASTILLO MUENTES hasta el 26 de enero de 2018 fecha de retiro junto a sus tres meses de alta y Jefe técnico (RA) WALDIR DE JESUS BARRIOS VANEGAS hasta el día 03 de mayo de 2010, fecha de retiro junto a sus tres meses de alta, de conformidad a los Decretos que anualmente expide el Gobierno Nacional sobre el salario básico de los Oficiales y Suboficiales, sin que tenga la competencia de cancelar una suma diferente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, con sujeción a los objetivos y criterios generales fijados en los artículos 1º y 2º de la Ley 4ª de 1992, facultad que es indelegable e intransferible.

Por consiguiente, la negativa al reconocimiento a lo solicitado, tiene fundamento en los decretos que fijan año – año el salarios para el personal al servicio del Ministerio de Defensa Nacional”

Siendo importante aclarar a su señoría que los lapsos que se presentaron las diferencias entre el porcentaje del IPC y el principio de oscilación, fue entre los años 1997 y 2004, fecha en los cuales el **demandante se encontraba en servicio activo** y por lo tanto **no devengaba pensión o asignación de retiro**.

Sumado a ello, los integrantes de la Fuerza Pública en su condición de servidores públicos están sujetos al régimen salarial y prestacional que determine la ley, sin que pueda predicarse la aplicación extensiva de normas especiales, cuya vigencia está condicionada por mandato constitucional al ejercicio de las atribuciones confiadas a través del ordenamiento legal al Gobierno Nacional.

Ahora bien, con fundamento en lo anterior tenemos lo siguiente:

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 indican que la ley determinara los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determine que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Relacionado con la especialidad del régimen bajo estudio, la Corte Constitucional, sostuvo:



"Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza Pública, no solo 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.

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".

De otra parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social al personal de la Fuerza Pública:

"Artículo 279.- Excepciones. El sistema integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas".

La anterior disposición fue adicionada por la Ley 238 de 1995 en los siguientes términos:

"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."

Concordante con lo anterior y sobre el punto que se debate en este proceso, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prescribe:

"Artículo 14-. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno."



Se reitera entonces que la garantía establecida en la Ley 238 de 1995 cubre por entero a las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, es decir, que las asignaciones de retiro son susceptibles de incrementarse con el IPC de acuerdo con los artículos 14, 142 y 238 de la Ley 100 de 1993, al efecto el Consejo de Estado ha sostenido:

"En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse con forme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.

A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública."

Ahora bien, el demandante solicita conforme a lo ordenado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se se le reajuste los salarios y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro, desde el año 1997 hasta la fecha del pago efectivo.

Al respecto, se hace hincapié en que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 señala que **las pensiones para que mantengan su poder adquisitivo constante**, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. **Disposición que es inaplicable para los salarios que se reciben en servicio activo.**

En esa medida, se observa que el actor fue retirado del servicio activo con efectos fiscales a partir del **02 de febrero de 2009²**, razón por la cual para los años solicitados en la demanda, el señor WALDIR BARRIOS se encontraba en servicio activo y es por esto que el artículo 14 de la referida Ley 100 no le es aplicable en el sentido de que hace referencia al reajuste de pensiones y no al reajuste de salario básico, pues este, como lo establece la Ley 4' de 1992 para el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública será determinado por el Gobierno Nacional anualmente con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa ley.

JURISPRUDENCIA

Pretender aplicar la figura del IPC, para buscar obtener el reajuste de los salarios de un miembro de la Fuerza Pública, sería desconocer el Sistema Normativo y la Constitución Política en sí misma, la cual fija las competencias y

² Resolución No. 714 del 09 diciembre 2009 por medio del cual autoriza el retiro del servicio activo "por Solicitud propia" fecha 02 febrero de 2010, más tres meses de alta.



el procedimiento dado al Legislador y al Ejecutivo para reajustar tanto los sueldos básicos, como las pensiones o asignaciones de retiro, en uno y otros caso, lo cual a todas luces no es dable jurídicamente, como quiera que nos encontramos ante dos supuestos de hecho y normativos distintos.

De otra parte, la pensión del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, se reajusta de conformidad con las normas especiales, en atención a lo dispuesto en la ley 4 de 1.992, en concordancia con el decreto 1211 de 1990, que se encontraba vigente para la época en que se solicitan los reajustes, junto con los decretos de incrementos de sueldo decretados anualmente por el Gobierno Nacional; razón por la cual no hay lugar a reajuste ni reliquidación pensional, toda vez que a la misma se le aplicó el principio de oscilación previsto en artículo 169 del decreto 1211 de 1.990, que señala lo siguiente:

*“Artículo 169. - Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. **Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.** (Resaltado fuera de texto)*

Por otro lado, se pretende gozar de las ventajas del sistema de seguridad social excepcional que contempla el principio de oscilación y al mismo tiempo recibir los beneficios del sistema general de pensiones, mediante el reajuste con base en el I.P.C., para unos años determinados; al respecto cabe traer a colación lo expresado por la Honorable Corte Constitucional:

*“...las personas vinculadas a los regímenes especiales deben someterse íntegramente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general. 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 al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica**” Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.*

Así las cosas, se encuentra que las para el personal uniformado se han reconocido y reajustadas en la forma prevista en la norma especial que regula el Principio de Oscilación, sin que se pueda pretender que se apliquen normas prestacionales más favorables del régimen especial y al mismo tiempo se le aplique las más favorables del régimen general, quebrantando con ello el ordenamiento jurídico colombiano y el principio de Inescindibilidad de la norma.

Por lo anteriormente dicho, el régimen general no le es aplicable al personal integrante de la Fuerza Pública, como en forma reiterada lo ha señalado

insistentemente la Corte Constitucional en diferentes sentencias de acción de constitucionalidad (C-890-99, C 835/02, C-1032 de 2002 y C-970/03).

En el mismo sentido La Subsección "E"- Sección Segunda, del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 03 de mayo de 2012, con ponencia del Magistrado JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA, negó las pretensiones de la demanda por hechos similares, con fundamento en el análisis normativo hecho en el texto del presente escrito de contestación.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

- Sentencia Corte Constitucional C-781 de 2001, MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia Corte Constitucional C-432 de 2004, MP. Dr. Rodrigo escobar Gil.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 17 de mayo de 2007, MP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Sentencia del Consejo de Estado No. 25000-23-25-000-2007-0267-01 del 12 de febrero de 2009, MP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Sentencia del Consejo de Estado No. 250002325000201000511101 del 15 de noviembre de 2012, MP. Gerardo Arenas Monsalve.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 23 de octubre de 2014.
- Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B No. 250002323000201100710 01 del 29 de noviembre de 2012, MP. Victor Hernando Alvarado Ardila.

Acorde a lo anterior, en reiteradas sentencias de segunda instancia del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA han negado pretensiones como en el caso que nos ocupa:

- Expediente **No.1100133350262016-00177-01**
Demandante: ZAMIRT TRUJILLO MEJÍA
Demandado: NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
MP. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON - SECCION SEGUNDA
- Expediente **No. 11001333502520160035501**
DEMANDANTE: JUAN CARLOS SANTA SCARPETTA
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
MP. CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO - SECCION SEGUNDA
- Expediente **No. 11001334204820160063401**
DEMANDANTE: JOSÉ JAVIER GONZÁLEZ DÍAZ
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA – FUERZA AEREA.
MP. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA - SECCION SEGUNDA

VII. CONCLUSIÓN

El reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, jubilación, o ASIGNACIÓN DE RETIRO COMO ES EL CASO DEL HOY DEMANDANTE **WALDIR BARRIOS VANEGAS**, se debe ajustar a las **normas vigentes al momento de la**



causación de la prestación como parte de la manifestación del derecho fundamental, por ser ese el desarrollo que le ha dado el legislador, o en su defecto el ejecutivo.

En ese sentido, en principio, a la persona se le aplican las normas vigentes al momento de cumplir los requisitos para acceder a la pensión, que determina el tiempo de servicios y la edad mínima, requisitos a partir de los cuales se entiende que ha de cubrir la contingencia de la vejez para que la persona descanse al final de su vida productiva. De allí que la identificación de los factores a partir de los cuales se ha de determinar el ingreso base de liquidación y el porcentaje de dicho ingreso que le corresponderá como mesada pensional, hace parte del régimen vigente al momento de volverse la persona acreedora de la prestación.

Lo anterior por cuanto, la regla general de la aplicación de la ley en el tiempo dispone que si durante la vigencia de una determinada norma se configura el supuesto jurídico consagrado en ella, es claro que se aplica la consecuencia jurídica allí dispuesta. Así las cosas, cuando la persona cumpla la edad y el tiempo de servicios requeridos para pensionarse bajo un régimen, el mismo deberá aplicarse integralmente a su pensión, por ser la norma vigente al momento de la consolidación de los hechos.

En otras palabras, el derecho a la reliquidación de una pensión se supedita a la verificación de la aplicación de la legislación vigente en la liquidación ya hecha de una pensión; dado que si bien se considera que la persona tiene derecho a una prestación económica que cubre la contingencia de su vejez, se puede solicitar que la señora juez verifique que la liquidación de la prestación corresponda efectivamente a la que se le debe al actor según el régimen vigente a la acusación del derecho.

Para el **caso en concreto**, está debidamente acreditado en la con la **Resolución No. 714 del 09 diciembre 2009**, por medio del cual autoriza el retiro del servicio activo "por Solicitud propia", al señor **JT. (RA) WALDIR BARRIOS**, se realizó con fundamento legal establecido en los artículos 99, 100 literal a, numeral 1 y artículo 101 del decreto 1790 de 2000³, con novedad fiscal del 02 febrero de 2010.

Por lo anterior no es de recibo jurídicamente admitir el reajuste de salarios para 1997 a 2004, con fundamento en el índice de precios al consumidor por dos razones a saber:

³ARTÍCULO 99. RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.

ARTÍCULO 100. CAUSALES DEL RETIRO.<Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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



- 1- Los reajustes de los sueldos para el personal activo de las FF.MM, se realizó conforme a los decretos expedidos por el gobierno nacional para los 1997 a 2004, fecha en las cuales la parte demandante se encontraba activo.
- 2- Los **REAJUSTES DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CON FUNDAMENTO EN EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR APLICA PARA AQUEL PERSONAL, QUE CONSOLIDÓ SU DERECHO ANTES DEL PERIODO CORRESPONDIENTE A 1997 Y 2004⁴**, supuesto de hecho que no corresponde al caso sub judice como quiera que la parte actora consolidó el derecho de asignación de retiro a partir del año 2009. es decir no es dable subsumir ese supuesto de hecho como quiera que esta fuera del rango de aplicación.

De acuerdo con la posición jurisprudencial expuesta en los argumentos señalados, consideramos que no debe aplicarse al caso en estudio, los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, y, en consecuencia, el demandante no tiene derecho a que se le reajuste su asignación de retiro con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, esto es, con base en el IPC del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE.

Finalmente y no menos importante, considera mi representada que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad en el medio de control invocado, aunado a la prescripción de derechos invocados en razón a los argumentos expuestos al inicio de estos escritos, para lo cual reiteramos la solicitud a la Honorable Juez que se decreten las excepciones propuestas.

VIII. DE LAS PRUEBAS

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el parágrafo 1º del artículo 175 del C.P.A.C.A., me permito allegar oficio No. 20200041310214321 mediante el cual mi representada remite el expediente administrativo y/o prestacional con los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

IX. ANEXOS

1. Poder para actuar y sus respectivos anexos.
2. Oficio No. 2020004131021432, copia del expediente administrativo y/o prestacional del actor.

X. PERSONERÍA

Respetuosamente solicito al Despacho, reconocermé personería para actuar en el presente proceso, en los términos del poder que me ha sido conferido.

⁴ Sentencia del Consejo de Estado No. 250002325000201000511101 del 15 de noviembre de 2012, MP. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 23 de octubre de 2014 y Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B No. 250002323000201100710 01 del 29 de noviembre de 2012, MP. Victor Hernando Alvarado Ardila.



La seguridad
es de todos

Mindefensa

XI. NOTIFICACIONES

La Entidad las recibirá en la Carrera 57 No. 43-28, Puerta 8, CAN - Ministerio de Defensa Nacional, Bogotá D.C., adicionalmente al correo electrónico de la entidad: **notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co**

De igual manera las notificaciones al suscrito en el correo **jrgutierrez.abogado@gmail.com**; **jesus.gutierrez@mindefensa.gov.co**; Cel. 3212625375.

De su señoría con toda consideración y aprecio,

JESÚS RODRIGO GUTIÉRREZ JIMÉNEZ

C.C. 80.430.249 de Madrid – Cund.

T.P. 193.725 del H.C.S.J.

11-08-2020