



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE
CARRERA 20 N° 8-90 PISO 2, INTERIOR 2
TELEFAX 6356688

Yopal Casanare, veintitrés (23) de abril de dos mil quince (2015)

Referencia: **Radicación No. 85001 - 3333 - 002 - 2013 - 00172 - 01**
Acción: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Accionante: **JOSÉ RODRIGO MÁRQUEZ LÓPEZ**
Accionado: **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**
Asunto: **Liquidación de la asignación de retiro mediante la aplicación del IPC.**

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

I. OBJETO

Procede este Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal el 09 de septiembre de 2014, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. HECHOS RELEVANTES

De la revisión de la actuación se establece que:

1.- El actor prestó sus servicios como suboficial del ejército nacional, siendo su último cargo el de sargento mayor.

2. Por Resolución 1841 del 23 de octubre de 1996, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional, se le reconoció asignación de retiro (fls.11 al 13 c1) a partir del 1 de noviembre de 1996, en cuantía del 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo, incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables de acuerdo con la ley.

3. Mediante Derecho de Petición radicado el 14 de junio de 2012 (fls. 3 al 5 c1), el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le fuera liquidada la asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación la misma que la Caja de Retiro viene aplicando para liquidar las asignaciones de retiro de los sargentos mayores a quienes se les reconoció asignación de retiro antes de 1997, de conformidad con la línea jurisprudencial del H. Consejo de Estado en múltiples sentencias, petición que le fue negada mediante el Oficio Cremil 49096 Consecutivo 40018 de agosto 21 de 2012 (fls.9 c1).

4. En la demanda, además de la nulidad del oficio mencionado, a título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la demandada a liquidar la asignación de retiro del actor tomando como base de liquidación la que viene aplicando en la liquidación de las asignaciones de los sargentos mayores, a quienes mediante providencia judicial la demandada reajustó su asignación mediante la aplicación del IPC para los años 1997 a 2004; y en consecuencia se ordene el pago efectivo indexado del dinero resultante entre el ajuste solicitado y lo efectivamente pagado, junto con los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el momento de la solicitud efectuada mediante derecho de petición hasta la ejecutoria de la sentencia.

Adjuntó cuadro relacionando los valores cancelados, esperados y los adeudados, así:

AÑO	BASE DE LIQUIDACIÓN	MESADA PAGADA	BASE DE LIQUIDACIÓN SOLICITADA	ASIGNACIÓN ESPERADA	DIFERENCIA ADEUDADA	MESADAS	ACUMULADO ANUAL	MESADAS A COBRAR	ESTIMACIÓN DE LA CUANTÍA
2004	\$993.194					0		0	
2005	\$1.047.820		\$1.192.723			0		0	
2006	\$1.100.211	\$2.575.983	\$1.252.359	\$2.932.216	\$356.233	14	\$4.987.258	0	
2007	\$1.149.721	\$2.691.902	\$1.308.716	\$3.064.166	\$372.263	14	\$5.211.685	0	
2008	\$1.215.139	\$2.845.072	\$1.383.181	\$3.238.517	\$393.445	14	\$5.508.230	0	

2009	\$1.308.343	\$3.063.289	\$1.489.274	\$3.486.911	\$423.622	14	\$5.930.711	0		
2010	\$1.334.507	\$3.124.554	\$1.519.056	\$3.556.649	\$432.095	14	\$6.049.325	9	\$3.888.852	
2011	\$1.376.811	\$3.223.603	\$1.567.210	\$3.669.395	\$445.792	14	\$6.241.089	14	\$6.241.089	
2012	\$1.445.652	\$3.384.783	\$1.645.571	\$3.852.865	\$468.082	5	\$2.340.408	5	\$2.340.408	
TOTAL								\$36.268.705		\$12.470.349

III. EL FALLO RECURRIDO

A través de él:

1. Se negaron las pretensiones de la demanda.

Para adoptar esta decisión, en síntesis, el juzgador de primera instancia consideró lo siguiente:

- Está probado que el demandante es beneficiario de asignación de retiro de las Fuerzas Militares y que el 14 de junio de 2012 a través de apoderado solicitó la liquidación y por lo tanto el reajuste de dicha prestación con aplicación de la base actualizada y de mayor valor económico que afirma el actor viene aplicando la Caja de Retiro mediante la aplicación del IPC para los años 1997 a 2004 en cumplimiento a las múltiples sentencias proferidas por el H. Consejo de Estado, la cual fue respondida negativamente mediante oficio CREMIL 49096 consecutivo 40018 de agosto 21 de 2012.
- Hizo alusión a los artículos 150 de la Constitución Política, al artículo 13 de la Ley 4 de 1992, al principio de oscilación contemplado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, a los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, a las sentencias C-387 de 1994, C-941 de 2003, C-432 de 2004, al artículo 1 de la Ley 238 de 1995, a la Ley 923 de 2004 y al artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año.
- No obstante la normatividad aplicable al caso y la extensa jurisprudencia citada, concluyó el fallador de primera instancia que como quiera que el demandante no aportó pruebas – elementos de juicio suficientes que permitieran comprobar la ilegalidad del acto acusado - más allá de las meras afirmaciones de que el acto impugnado no se ajustó a la normatividad, las pretensiones anulatorias de este no prosperan.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia en escrito que reposa en folios 163 a 176, en el cual solicitó revocar totalmente la sentencia básicamente por lo siguiente:

1.- En la demanda *no solicitó* el reajuste de la asignación de retiro del demandante, ni que en el mencionado reajuste se hagan extensivos los efectos de las sentencias sobre IPC que ha proferido el H. Consejo de Estado, ni que el demandante gane lo mismo que los demás Sargentos Mayores, SINO QUE **se liquide** la asignación de retiro del demandante aplicando para dicha liquidación la **“BASE ACTUALIZADA DE MAYOR VALOR ECONÓMICO”** aplicable al grado de Sargento Mayor, base que según el accionante, la Caja de Retiro viene aplicando a una pluralidad de Sargentos Mayores y a otros no, y en consecuencia se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte de la liquidación con la base solicitada.

2.- Hizo alusión a precedentes judiciales sobre el tema¹; precisó que de haber cumplido la Caja de Retiro con su obligación legal de hacer los reajustes en los porcentajes indicados año a año entre 1997 y 2004, solo existiría una base de

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 17 de mayo de 2007, radicación 8464-2005, C.P. Jaime Moreno García.

liquidación para cada grado y no se estaría acudiendo ante la jurisdicción contencioso administrativa a solicitar la liquidación con la base actualizada de mayor valor económico.

3.- Afirma que al demandante se le dio un tratamiento diferente e inexplicable al momento de su liquidación para asignación de retiro, como quiera que le fue aplicada para el efecto la base no actualizada y de menor valor económico, aunque existía una base de liquidación actualizada y de mayor valor.

Y con base en esas argumentaciones pidió revocar en su totalidad la sentencia apelada y en su lugar condenar a la parte demandada a efectuar la liquidación de la asignación de retiro del demandante tomando como base de liquidación la base actualizada y de mayor valor económico que en la actualidad la Caja de Retiro viene aplicando para la liquidación de las asignaciones de retiro del grado de Sargento Mayor, en aplicación a los principios de igualdad, seguridad social y prevalencia de la realidad sobre las formas; y ordenar el pago de las diferencias que resulten de la liquidación solicitada con aplicación del fenómeno jurídico de la prescripción cuatrienal.

V. ACTUACIÓN PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al Tribunal el 19 de enero de 2015, y previo reparto fue recibido por el sustanciador el 21 de enero del mismo año (fl.2.C.2); el recurso se admitió el día 26 siguiente (fl.4.C.2); por auto del 03 de febrero del mismo año se corrió traslado para alegar de conclusión (fl.7 c.2), el cual fue aprovechado únicamente por la parte recurrente (fl.9 a 19 c.2).

Se advierte desde ya que los alegatos presentados por el recurrente hacen alusión al grado de "Coronel" (además de otras imprecisiones), cuando el grado que ostentaba el demandante era el de sargento mayor. Sin embargo, se hará la síntesis de los mismos en razón a que la identificación de las partes y del número del proceso en su escrito de alegatos corresponde al del caso en estudio, en los siguientes términos:

1. Reitera de forma más amplia los argumentos expuestos en el recurso, haciendo énfasis en el trato desigual de que está siendo víctima el demandante por parte de la caja de retiro al aplicar una base de liquidación de su asignación de retiro desactualizada y de menor valor y en cambio a otros suboficiales en su misma condición fáctica y por lo tanto en un mismo plano de igualdad sustancial, se les liquidó su asignación de retiro con una base de liquidación actualizada y de mayor valor.
2. Argumenta la falta de finalidad razonable por la que se aplica al momento de liquidar asignaciones de retiro bases de liquidación de diferente valor económico a quienes se encuentran en un mismo plano de igualdad sustancial.
3. Amplió los precedentes jurisprudenciales, los cuales solicita sean tenidos en cuenta para el caso².

Y con base en los anteriores argumentos reiteró las peticiones de la demanda y el recurso.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio. El proceso quedó para turno de fallo el 06 de marzo de 2015 (fl.20 c.2).

² C-530 de 1993

VI. CONSIDERACIONES

1.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE NULIDADES Y PRESUPUESTOS PROCESALES

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en los artículos 180-5 del CPACA y 132 del CGP, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se encuentra cumplido el procedimiento previsto en los artículos 247 siguientes y concordantes del CPACA, es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Están cumplidos los presupuestos procesales. En efecto:

- Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción por la naturaleza del asunto, por el último lugar de prestación de servicios del demandante y el factor funcional, acorde con las previsiones de los artículos 153, 155 y 156 del CPACA.
- El demandante es una persona natural y acreditó su existencia, con lo cual está demostrada la capacidad para ser parte. La entidad demandada es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de quien se encuentra acreditada su capacidad o aptitud para comparecer como sujeto de derecho dentro de este proceso.
- El actor es mayor de edad, por lo cual puede comparecer por sí mismo; además las partes actuaron a través apoderados legalmente constituidos.
- Y existe demanda en forma.

Por lo tanto, la decisión será de mérito.

2.- ANÁLISIS DEL CASO

Del análisis del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, con relación a la decisión recurrida, resulta que el problema jurídico a dilucidar en el presente caso es el siguiente:

¿Hay lugar o no a revocar el fallo de primera instancia, por las razones indicadas por el apelante, es decir, porque el a-quo incurrió en error al negar la liquidación de la asignación de retiro con la base actualizada y de mayor valor económico a partir del año 2004 a 2012 y el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulten de dicha liquidación?

Para resolverlo debemos considerar lo siguiente:

2.1- Relación y síntesis de las pruebas:

Al proceso se allegaron en forma regular y oportuna los siguientes documentos:

- a. Copia simple de certificación de la última unidad donde el demandante prestó sus servicios como Sargento Mayor, emitida por el Ministerio de Defensa Nacional (fl. 10 C 1º).
- b. Copia auténtica de la resolución N° 1841 de 1996, por la cual se ordenó reconocer y pagar la asignación de retiro al demandante en su calidad de Sargento Mayor, asignación de retiro a partir del 1 de noviembre de 1996 en cuantía del 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo (fls.11 a 13 c.1).
- c. Copia del oficio presentado el 14 de junio de 2012, mediante el cual el apoderado del demandante solicitó a la entidad accionada la liquidación de su

- asignación de retiro con aplicación de la base actualizada de mayor valor económico y en consecuencia el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año 1986 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho (fls.3 c.1).
- d. Original del Oficio Cremil 49096 consecutivo 40018 del 21 de agosto de 2012, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares niega la solicitud anterior (fl.9 c.1).
 - e. Original del certificado expedido por "CREMIL" al Sargento Mayor ® José Rodrigo Márquez López, donde aparecen relacionados año a año las asignaciones de retiro, el porcentaje de incremento, el número de los Decretos desde el año 2004 a 2012.

Cuando se analizan los documentos mencionados se encuentra que, salvo la petición incoada por el actor, los demás son documentos públicos cuyo contenido no ha sido desvirtuado a través de tacha de falsedad. Por lo mismo, lo que en ellos consta, es plena prueba.

También se allegó por la parte demandante el escrito que aparece en folio 21, que tiene el siguiente título "CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES SUBDIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES" y debajo de ellos, cinco columnas donde aparecen grados, sueldo básico, nuevo sueldo básico, valor mínimo, nuevo sueldo básico valor máximo, número de demandas reconocidas y pagadas, sobre el cual es pertinente acotar lo siguiente:

- No está suscrito por nadie.
- Tampoco corresponde a anexo de otro documento que sí esté firmado.

Por lo tanto, ni siquiera tiene el valor de documento y por lo mismo no acredita ningún hecho.

2.2- Régimen de retiro de los miembros de las fuerzas militares y la Policía Nacional.

a.- Cuando se rastrea nuestro ordenamiento jurídico desde mediados del siglo pasado se encuentra que estos ex servidores públicos se regulan en cuanto a asignación de retiro por el principio de oscilación, según el cual, ellas se liquidarán con base en el sueldo del último cargo desempeñado, teniendo en cuenta para el efecto el del personal en servicio activo tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado sin que en ningún caso aquellas sean inferiores al salario mínimo legal (Decretos 1211 y 1212 de 1990, 95 de 1989, 89 de 1984 y 612 de 1977, entre otros).

Con base en la Ley 4 de 1992 y a partir de la expedición del Decreto 122 de 1997 la asignación de los sueldos correspondientes a los cargos de la fuerza pública, se calculan con base en un porcentaje sobre el sueldo que devenga el oficial de mayor grado del ejército nacional³.

b.- Este régimen se vio afectado a raíz de la expedición de la ley 238 de 1995, situación que fue modificada posteriormente con la Ley 923 de 2004, publicada en el Diario Oficial No. 45.777 de diciembre 30 de esa anualidad, con vigencia a partir de la fecha de su promulgación.

A través de ella, se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de

³ Así se deduce de la revisión de los siguientes Decretos expedidos por el Gobierno Nacional: 122 de 1997, 058 de 1998, 072 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2004, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006, 1515 de 2007, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012, 1017 de 2013 y 187 de 2014.

los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

En su artículo 2 se determinó que:

“Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán 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.

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

2.7. 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.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

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.”

La misma ley en su artículo 5 dispuso que *“Todo régimen pensional y/o de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos”.*

El Gobierno Nacional, con base en las previsiones de la Ley 923, expidió el Decreto 4433 de 2004, a través del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, del cual debemos resaltar dos normas que resultan fundamentales para el caso que nos ocupa:

“ARTÍCULO 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

Como se observa, el artículo 42 del referido decreto, vuelve al principio de oscilación en la forma como lo hacían los Decretos 1211 y 1212 de 1990 y anteriores, con lo cual resulta modificado lo establecido en la Ley 238 de 1995 en cuanto a la Fuerza Pública, de la cual hace parte el Ejército Nacional, acorde con la previsión del 216 de la Constitución Política.

c.- Similares argumentos a los que se acaban de exponer se encuentran en el oficio demandado y en la respuesta a la demanda.

d.- En el fallo recurrido, el juez de instancia no encontró probados los supuestos de hechos de la demanda y por tal motivo negó las pretensiones.

e.- La Corporación, al revisar el acervo probatorio tampoco encuentra acreditados los hechos que fundamentan las pretensiones y es un principio elemental del derecho probatorio que al actor le corresponde probarlos (art. 167 CGP).

En efecto, el escrito que aparece en folio 21 ni siquiera tiene el carácter de documento, desde el punto de vista jurídico, pues no aparece suscrito por nadie ni corresponde a algún anexo de otro documento que sí aparezca firmado por un servidor público o persona particular.

f.- La Constitución Política en su artículo 13 establece el principio de igualdad, el cual tiene varios significados, como lo ha señalado la Corte Constitucional:⁴

“Concepto de igualdad

*6. La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de comparación". Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado **tertium comparationis**, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.*

Alcance del principio de igualdad

7. El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como principio normativo de aplicación inmediata, supone la realización de un juicio de igualdad, a la vez que excluye determinados términos de comparación como irrelevantes; es así como, en atención al principio de igualdad se prohíbe a las autoridades dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio "por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Derecho: factor de diferenciación y de igualación

8. Sin embargo, el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos del derecho, o destinatarios de las

⁴ T- 422/92, entre otras.

normas, siendo posible anudar a situaciones distintas - entre ellas rasgos o circunstancias personales - diferentes consecuencias jurídicas. El derecho es, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualdad. Opera mediante la definición de supuestos de hecho a los que se atribuyen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, competencias, sanciones, etc.). Pero, los criterios relevantes para establecer distinciones, no son indiferentes para el derecho. Algunos están expresamente proscritos por la Constitución y otros son especialmente invocados para promover la igualdad sustancial y con ello el ideal de justicia contenido en el Preámbulo.

Concepción tradicional del principio de igualdad

9. La idea de la ley como norma general, impersonal y abstracta, es la base de todo el sistema jurídico decimonónico. La ley es expresión de la voluntad general y, por definición, a todos trata por igual. El principio de igualdad queda así subsumido enteramente en el principio de legalidad.

Según esta concepción del derecho, la ley es el único punto de referencia jurídicamente relevante para establecer diferenciaciones, característica ésta que le impone a la misma su generalidad y duración indefinidas. Para los aplicadores del derecho, administradores o jueces, no hay más tertium comparationis distinto del que la propia ley, en su grado de abstracción, ofrece. Para el legislador, el principio de igualdad, así entendido, impide establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales. Entendida la sociedad civil como un hecho natural, ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para considerar naturales y, en consecuencia jurídicamente relevantes, las diferencias que la sociedad establece.

Cambio de significado del principio de igualdad

10. Sólo hasta la segunda mitad del siglo XX, cuando se generaliza el sentimiento de que la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad, y que la sociedad no es un hecho natural, ni naturales las diferencias que de ella resultan, se opera en el mundo jurídico un cambio de significado del principio de igualdad. Signos de la transformación de la igualdad como generalidad abstracta son la irrupción de partidos de "clase" al poder, la reducción del concepto de ley a una noción puramente formal, el traslado de poder a los Parlamentos y, sobre todo, el dominio de éstos por partidos políticos fuertemente organizados y disciplinados, los cuales terminaron por eliminar los supuestos en los que se asentaba el viejo sistema.

Criterios de diferenciación

11. El primer problema que plantea una nueva concepción del principio de igualdad hace relación con cuál es el criterio de diferenciación -tertium comparationis- al que ha de acudir el juez, en contraste con el del legislador, para aceptar o rechazar el que éste incorporó en la norma. La Constitución menciona algunas de las razones o situaciones fácticas para prohibir que el legislador las adopte como factor de diferenciación. No obstante, la mención de los factores considerados discriminatorios para establecer una diferencia de protección o trato no es suficiente. El juez ha de buscar fuera de la Constitución el criterio de diferenciación con el cual juzgar la validez constitucional de una norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece.

Fórmulas para precisar la relevancia de una diferenciación

12. El carácter de "regla" que ostenta el principio de igualdad consagrado en las constituciones modernas, como la inclusión de determinados criterios expresamente prohibidos, han llevado a todas las jurisdicciones constitucionales a acuñar fórmulas para establecer cuándo se está ante una diferenciación irrelevante y, por lo tanto, frente a un trato discriminatorio. Entre las más importantes se encuentran la razonabilidad de la diferenciación y la proporcionalidad de los medios incorporados en la norma y los fines de ésta.

Justificación objetiva y razonable

13. Según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Razonabilidad de la norma

14. La equiparación del principio de igualdad con una exigencia de razonabilidad de la diferenciación no resuelve el problema de cuál debe ser el criterio a escoger por el juez para valorar la obra del legislador. Al juez constitucional no le basta oponer su "razón" a la del legislador, menos cuando se trata de juzgar la constitucionalidad de una norma legal. La jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho; el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y sólo la conciencia jurídica de ésta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador.

Proporcionalidad de la norma

15. De otra parte, los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración.

Carga de la argumentación

16. La equiparación del principio de igualdad con la interdicción de la arbitrariedad supone necesariamente un problema procesal respecto de quién tiene la carga de la prueba sobre la razonabilidad o no de una diferenciación. Si la desigualdad aducida resulta de una distinción hecha por el legislador y cuya validez se niega, la carga de probar la razonabilidad de la diferencia incumbe a quien defiende la ley; por su parte, quién impugna una ley por considerar que desatiende diferencias significativas, debe aportar las razones por las que debió atribuirse relevancia jurídica a tales diferencias.

Igualdad y justicia distributiva

17. El derecho no es, sin embargo, una pura estructura formal, sino una estructura dotada de sentido necesario. Todo orden político-jurídico que se pretende justo relaciona estrechamente la idea de justicia al principio de igualdad. El enunciado que ordena "tratar los casos semejantes de la misma manera y los diferentes de diferente manera" es un elemento central en la idea de justicia.

En efecto, tanto para Aristóteles como para Platón, la teoría de la justicia es inseparable de la teoría de la política, en cuanto que su objeto es la mejor forma de gobierno, es decir, el gobierno justo. El principio de igualdad condiciona, en primer lugar, la forma justa de distribuir el poder en una sociedad.

Igualdad sustancial e igualdad de oportunidades

18. El principio de igualdad consagrado en la Constitución no es ni un parámetro formal del valor de toda persona ante el derecho, ni un postulado que pretenda instaurar el igualitarismo, sino una fórmula de compromiso para garantizar a todos la igualdad de oportunidades.

La igualdad de oportunidades en un mundo caracterizado por diferencias de todo tipo (étnicas, culturales, económicas, sociales, políticas) se garantiza mediante la misma protección y trato de las autoridades, sin que haya lugar a discriminación. Pero su consecución sólo es posible estableciendo diferencias en favor de personas o grupos en situación de desigualdad por sus condiciones concretas de marginamiento, discriminación o debilidad manifiesta.

Igualdad de oportunidades y derechos de participación

19. En el plano de la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas la igualdad de oportunidades se traduce en el derecho a participar en el poder político y a ser respetado y tenido en cuenta con similar consideración que a las demás personas. Uno de los medios a través del cuál se ejercen tales derechos políticos de igualdad es el sufragio; otro, el derecho a ocupar cargos en la administración. El postulado de democracia participativa (CP, Preámbulo, arts. 1 y 2) inspira los derechos políticos de participación y fundamenta la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en la provisión de empleos en las entidades del Estado..." (Subrayado fuera de texto original).

De igual manera, el máximo organismo de la jurisdicción constitucional en Colombia ha incursionado en forma reiterada dentro de los métodos de los test de razonabilidad y de igualdad, tal como lo señala el accionante, el primero como control de la legislación en sentencias de constitucionalidad; el segundo, es decir el test de igualdad, para la revisión de legislación o actos públicos o privados que hacen distinción entre personas.

Igualmente dicho organismo también ha hecho alusión a la ponderación concreta cuando ha resuelto derechos fundamentales en conflicto.

El test de razonabilidad se fundamenta en la ponderación de valores y no simplemente en la ponderación lógica entre los mismos; busca establecer si las diferenciaciones son razonables a la luz de la finalidad perseguida, para lo cual hay que encontrar el criterio relevante. Determinada la existencia fáctica de un trato desigual, el test tiene en cuenta tres etapas: i. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; ii. Validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y razonabilidad del trato desigual, es decir proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido en razón del principio afectado, aclarando que la proporcionalidad se mide en los medios, en la necesidad de su utilización y entre medios y fin.

Y en cuanto al test de igualdad, esa Corporación ha dicho que un trato desigual no vulnera el principio de igualdad, solo sí: i. es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; ii. Es necesario, esto es, si no existe otro medio menos oneroso para lograr ese fin; y es proporcionado, esto es, si no sacrifica valores y principios, incluido el de igualdad, que tengan un mayor peso que el que se quiere proteger con el trato desigual.

g.- Como se observa, la aplicación del principio de igualdad implica que existan unos supuestos probados para que el juez pueda valorar y concluir si existe o no un trato desigual de hecho o de derecho.

En el presente caso, la prueba de esos supuestos de hecho brilla por su ausencia, pues el actor se limitó a aportar una certificación que acredita lo que a él se le ha pagado a título de asignación de retiro. También por supuesto hizo varias afirmaciones, entre ellas que existían dos tablas que utilizaba el ejército nacional para liquidar las asignaciones de retiro, pero ese hecho no está demostrado. Y suponiendo en gracia de discusión que existieran esas dos o más tablas para liquidar, la sola existencia de ellas no basta para concluir que se encuentra violado el principio de igualdad, pues habrá que analizar todas y cada una de las situaciones que se dice son desiguales a las del actor, aplicando el test que se indicó anteriormente, para concluir finalmente si tal principio se encuentra o no violado.

En el caso que nos ocupa, como se señaló, el apoderado del actor se limitó a hacer varias afirmaciones, que no pasan de ser eso, pero para obtener una sentencia favorable, se reitera, se requiere la prueba de los hechos afirmados. Pero es más, cuando se examina la actuación surtida se establece que el a-quo decretó de forma oficiosa una prueba, imponiendo como carga procesal a la parte actora su respectivo trámite, gastos y recaudo. Sin embargo el apoderado del demandante no adelantó gestiones para esos efectos, por lo que en *audiencia de pruebas* celebrada el 11 de julio de 2014 se declaró surtida dicha etapa y se prosiguió con el proceso. Resta observar que los alegatos de conclusión de segunda instancia ni siquiera se refieren al cargo de sargento mayor, que es el que de acuerdo a las pruebas ostentaba el demandante, sino a otro.

Así las cosas, no estando probados los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones, se impone confirmar el fallo recurrido.

5.- COSTAS

Esta materia se encuentra regulada actualmente en el artículo 188 del CPACA, que remite al C.P.C., estatuto que fija las reglas sobre el asunto en su artículo 392. Con anterioridad a la Ley 1437 de 2011, este aspecto se encontraba reglado en artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 171 del C.C.A.

Pareciera que la primera norma mencionada en el párrafo anterior varió la concepción que traía el último artículo citado, que limitaba la codena en costas a aquellos casos en que ameritara imponerlas en consideración a la conducta de las partes, por la concepción de que quien pierde la instancia u otro acto procesal, inexorablemente debe asumir la condena al pago de costas.

Sin embargo, en un Estado de Derecho como el que prevé nuestra Constitución (artículo 1 C.P.) esa concepción absolutista va en contra de varios principios, especialmente el de acceso a la administración de justicia y el de gratuidad. Por tal motivo, a juicio de la Sala y siguiendo el criterio finalista de interpretación de las normas jurídicas, resulta más razonable ponderar en cada caso la actividad de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria de la parte, si ella resulta dilatoria en la interposición de un recurso la proposición o trámite de un incidente, o el fundamento mismo de los actos procesales, pues algunos no son serios sino caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Esa interpretación resulta incluso de la acepción "disponer" que utiliza el artículo 188, pues ella significa no la imperiosa condena en costas en caso de pérdida del proceso, incidente u otro acto procesal, sino un análisis fáctico jurídico que conlleve a la justicia, que al fin de cuentas es el objetivo último del derecho y de las decisiones judiciales.

Bajo estos presupuestos, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo recurrido en lo que fue materia de apelación, por las razones indicadas en la parte considerativa.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en esta instancia

TERCERO: ORDENAR devolver la actuación al Despacho de origen, cuando esta providencia se encuentre en firme.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado