

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/Asignación de retiro/Para saber qué sistema de ajuste pensional es más beneficioso para el actor se debe realizar un análisis comparativo de los dos sistemas, ejercicio que exige la acreditación de los valores reconocidos como asignación de retiro año a año/Revoca decisión del A quo que accedía a pretensiones.

Por ello, no comparte la Sala la posición del A quo de acceder a las pretensiones en esas circunstancias de ausencia de prueba sobre los aspectos determinantes de la decisión, dando por cierto unos porcentajes de incremento aplicados a la asignación de retiro del actor por la entidad demandada, sin contar con prueba de ello, ordenando en consecuencia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizar un reajuste a dicha prestación aplicando los dos sistemas – IPC y oscilación–, situación que reitera la Sala, únicamente podía concluirse luego de determinar que efectivamente la aplicación de uno u otro sistema resultaba más beneficioso a los intereses del pensionado, lo cual sólo se podía establecer al realizar el análisis comparativo de los dos sistemas de ajuste pensional, ejercicio que como ya se indicó, exige la acreditación de los valores reconocidos como asignación de retiro año a año.

Como se ha dicho, debía el actor demostrar en este proceso la existencia de esas diferencias afirmadas en la demanda, y como no lo hizo la decisión estará porque se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del acto demandado y ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquidar la asignación de retiro del actor con base en el sistema de variación del IPC (Ley 100 de 1.993, artículo 14) y en su lugar se denegaran las mismas.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

-SALA DE DECISIÓN 005-

SENTENCIA NR 058

Popayán, treinta (30) de mayo de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente : Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado

Radicación : 19001333100320090032301

Demandante : Pedro Leonardo Espada Díaz

Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Referencia : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 30 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES (Fl. 8-15 C. Ppal)

“PRIMERA: QUE SE DECLARE LA NULIDAD del Acto Administrativo contenido en el OFICIO CONSECUTIVO #44171 de diciembre 23 de 2008, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual negó a la adora el reajuste a la Asignación de Retiro, en los términos, formas y cuantías determinadas en el parágrafo 4o del Art. 279, en concordancia con el Art. 14 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, y sin renunciar al Régimen Especial de la Fuerza Pública, se ordene reliquidar, reajustar y pagar la asignación de retiro del actor, adicionando los porcentajes correspondientes al desfase entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional y la variación porcentual del IPC:

1999= 1.79%, 2001=2.9%, 2002=2.661%, 2003=0.77% Y 2004= 1.11%

TERCERA: El reajuste de la asignación de retiro debe liquidarse y reflejarse año por año, desde 1999 con los nuevos valores tomándose como referencia la diferencia indicada en el numeral anterior.

CUARTA: CONDENAR a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor certificados por el DANE con fundamento en el Art. 178 del CCA, desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores.

QUINTA: ORDENAR a la demandada dar cumplimiento al fallo objeto del presente proceso, dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del OC A.

SEXTA: SOLICITO reconocirme personería como apoderado del actor en el presente proceso.”

2. HECHOS

Al actor se le reconoció asignación de retiro a partir del 16 de septiembre de 1981, y durante la vigencia de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 la Caja reajustó la prestación referida en un porcentaje inferior a la variación del IPC del año inmediatamente anterior con una diferencia en su contra de 9.231%, violándose el principio fundamental del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

Señala que conforme la postura de la Corte Constitucional, es procedente dar aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues si bien es cierto el personal de la Fuerza Pública es regido por una normatividad de carácter especial, también lo es que dicho régimen no lo puede colocar en una situación desfavorable, vulnerando de esta manera el principio de igualdad, considerando que se debe reajustar la asignación de retiro en los años en que el aumento decretado por el Gobierno estuvo por debajo de la variación del IPC.

3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

En la demanda se señaló como violadas las siguientes normas:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 2, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90, 229 y 346 inc. 2°.

Legales: Código Civil Art. 10 y 18; Ley 153 de 1887 Art. 3 y 34; Código de Procedimiento Civil Art. 23 num. 1, 18 y 20, 115, 116, 117 y 175; Código Contencioso Administrativo Art. 45, 57, 61, 84, 85, 132, 134 a 139, 141, 168, 176 a 178, 206 ss y 267; Ley 100 de 1993 Art. 14 y 279 parágrafo 4° Ley 238 de 1995.

Señala que la asignación de retiro es una pensión con cierto grado de especialidad, pero que al igual que las demás pensiones goza de especial protección por parte de la Constitución y la ley, indicando que la entidad demandada desconoció las normas contenidas en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, al reajustar la asignación de retiro del actor por debajo a la variación del IPC.

Sostiene que la entidad demandada viene desmejorando la capacidad adquisitiva de la asignación de retiro del actor desde el año 1997, al realizar los incrementos anuales por debajo de la variación del IPC, por lo que considera que la entidad vulneró el derecho constitucional consagrado en el artículo 48 y la Ley 4° de 1992.

Considera que el acto acusado se encuentra viciado por falsa motivación, en tanto no existe correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se argumentan para negar las peticiones solicitadas, además de quebrantar disposiciones de jerarquía superior normativa.

B. CONTESTACIÓN (Fl. 67 – 76 C. ppal)

La entidad demandada, a pesar de ser notificada de la demanda no procedió a contestar la misma.

C. SENTENCIA CONSULTADA (fl. 84-91 C.Ppal)

Mediante sentencia de 30 de marzo de 2012, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, resolvió:

Primero: DECLARAR probada parcialmente la excepción de "Prescripción de las mesadas", en relación con las diferencias de la asignación de retiro del accionante PEDRO LEONARDO ESPADA DÍAZ, causadas con anterioridad al 14 de octubre de 2004, de acuerdo con las razones sentadas en la parte motiva de esta decisión.-

Segundo: DECLARAR la NULIDAD del Acto Administrativo contenido en el oficio 44171 del 23 de diciembre de 2008, por el cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó el reajuste anual de la asignación de retiro del señor ESPADA DÍAZ, de acuerdo con el I.P.C, conforme a las razones sentadas en la parte motiva de esta decisión.-

Tercero: ORDENARLE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, efectuar la liquidación histórica de la asignación de retiro reconocida al señor PEDRO LEONARDO ESPADA DÍAZ, aplicando los siguientes porcentajes para los años: 1997, el 21.63%; 1998, el 17.96%; 1999, el 16.77%; 2000, el 9.23%; 2001, el 9.00%; 2002, el 7.65%; 2003, el 7.00% y para el 2004 el 6.49% y una vez establecido el valor de la asignación de retiro para el 31 de diciembre de 2004, sobre esta base deberá aplicar el sistema de oscilación a partir del 01 de enero de 2005 y a futuro de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004.-

Cuarto: *DÉSE cumplimiento a la presente sentencia, bajo los términos de los arts. 176, 177 y 178 del C. Contencioso Administrativo.-*

Quinto: *ABSTENERSE de imponer condena en costas en este proceso por no haberse causado.-*
(...)

Señala que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la asignación de retiro del actor se debe incrementar conforme al IPC, pues indica que en aplicación del principio de favorabilidad es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 238 de 1995 mientras estuvo vigente, y no el principio de oscilación consagrado en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Refiere que los incrementos anuales en la asignación de retiro del actor, respecto del IPC, denotan una diferencia entre el valor efectivamente reajustado y el derecho que le asiste, pues indica que en todos los casos de los miembros de la Fuerza Pública se aplican las mismas normas sobre ajuste anual, por lo que al realizar un cuadro comparativo entre el “% INCREMENTADO” y el “REAJUSTE IPC”, concluye que efectivamente para los años 1997, 1999 y 2002 a esa prestación le era más favorable la aplicación del IPC.

Aclara que el incremento de la asignación de retiro con base en el IPC, únicamente procede respecto de los años 1995 a 2004 pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 923 de 2004, el principio de oscilación fue establecido nuevamente y por tal quedó derogada toda aquella legislación que le fuera contraria.

En cuanto al fenómeno de la prescripción, explicó que de conformidad con el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, en el presente asunto se encontraban prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 14 de octubre de 2004, toda vez que se encontraba acreditado que la petición se había elevado el 14 de octubre de 2008.

B. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo. (Fl. 47 C. ppal)

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

El grado jurisdiccional de consulta está regulado en el artículo 184 del C.C.A., en los siguientes términos:

“Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

*Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior. **En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia***

que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectuará una vez concluido el traslado común. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado”.

De acuerdo con esta disposición, ésta Corporación es competente para decidir la consulta de la sentencia del 30 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán que condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reliquidar la asignación de retiro del actor con aplicación del I.P.C. y al pago de las diferencias resultantes; en razón a la naturaleza laboral del asunto objeto de estudio y a que la entidad demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

2. Problema jurídico

Anotado lo anterior, en esta instancia en primer lugar se determinara si como lo estimó el A quo, le es más favorable al actor, ordenar el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC del año inmediatamente anterior como lo dispone la Ley 100 de 1993 y no con base en el régimen de oscilación que rige para las Fuerzas Militares y, en tal sentido determinar si es nulo el oficio No. 44171 de 23 de diciembre de 2008 por el cual se niega dicho reajuste.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, se estudiará el marco normativo y jurisprudencial que rige la asignación de retiro y el sistema de reajuste que le es aplicable.

3. Lo probado en el proceso

- Mediante Resolución No. 0540 de 23 de julio de 1981, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al señor Pedro Leonardo Espada Díaz, en su condición de Sargento Primero retirado, una asignación de retiro en cuantía equivalente al 65% del sueldo básico en actividad correspondiente al grado y partidas computables según el Decreto 612 de 1977, efectiva a partir del 16 de septiembre de 1981 (Fl. 5-6 C. ppal)

- Mediante petición radicada el **14 de octubre de 2008**, el actor solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el reajuste de su asignación de retiro con aplicación del IPC a partir del año 1997 en adelante. (Fl. 3-4 C. Ppal).

- Mediante **Oficio No. 44171 de 23 de diciembre de 2008**, la entidad dio respuesta negativa a la solicitud de aplicación de los porcentajes variación del IPC, bajo el argumento de que el reajuste de las asignaciones de retiro se rigen por el principio de oscilación, esto es, con base en el reajuste aplicado al personal en actividad (Fl. 2 C. Ppal).

4. Sobre el reajuste anual de asignaciones de retiro del personal de agentes con base en I.P.C.

Como se indicó, al actor le fue reconocida su asignación de retiro con fundamento en el Decreto 612 de 1977, que reorganizó la carrera de Agentes de la Policía Nacional, en el cual se reguló prestación dicha prestación en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 134. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza según el caso, o por sobre pasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo [131](#) de este estatuto, por los quince primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15), sin que el total sobrepase el ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.

PARÁGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el literal b) del artículo [131](#), liquidada en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARÁGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”

En materia de reajuste de las asignaciones de retiro, el artículo 139 *ibídem* estableció el principio de oscilación, de acuerdo con el cual el incremento de las asignaciones de retiro correspondería al incremento aplicado a las asignaciones del personal en actividad, así:

“ARTÍCULO 139. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las vacaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo [131](#) de este Decreto. Los Oficiales y Suboficiales, o sus beneficiarios, no podrán a cogerse a las normas que regulen ajustes, prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

De acuerdo con este ordenamiento, el reajuste de las asignaciones de retiro en aplicación del principio de oscilación está atado, a menos que el legislador extraordinario se ocupara de manera especial del tema, a los reajustes realizados a las asignaciones del personal de actividad en los diferentes grados; ello, con el objetivo de preservar el derecho a la igualdad entre iguales; es decir, el personal activo y el personal retirado.

De otro lado, en orden a solucionar el problema jurídico en el sub lite, resulta oportuno precisar la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004, así:

“Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos) atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes. (...)”

La asignación de retiro, entonces, es asimilable a la pensión de vejez y de jubilación, circunstancia que viene relevante en el caso sub examine si se tiene en cuenta que el demandante pretende la aplicación de las disposiciones contenidas en el régimen general de pensiones, en virtud del principio de favorabilidad, tal como lo avaló la mencionada Corporación.

En ese sentido, la Ley 100 de 1993, que creó el sistema de seguridad social integral, en su artículo 14 reguló lo relacionado con el reajuste anual de las pensiones en los siguientes términos:

“Art. 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 reajustarán 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”.

Disposición que, en principio no era aplicable a las pensiones y prestaciones de término indefinido reconocidas en los regímenes especiales, incluidos los miembros de la Fuerza Pública, tal como lo establecía el original artículo 279 de la misma ley:

a) Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

b) Personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción del que se vincule a partir de la vigencia de la ley.

c) Miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

d) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

e) Trabajadores de empresas que a la vigencia de la ley estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, y

f) Servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ni sus pensionados, excepción hecha de quienes se vinculen por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, bajo las condiciones allí previstas.

No obstante, la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, agregando el párrafo 4º, conforme al cual:

“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.”

De manera que, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el personal de agentes retirados no tenía derecho al reajuste de sus asignaciones conforme a los dispuesto en el artículo 14 de dicha ley, esto es, según el valor del IPC del año anterior, sino considerando el principio de oscilación regulado en la norma vigente al momento de su retiro; ello hasta cuando se expidió la Ley 238 de 1995, de acuerdo con la cual el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse con aplicación del sistema de variación anual del I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993.

Sobre el punto, resultan pertinentes las consideraciones hechas por el Consejo de Estado en sentencia del 14 de agosto de 2009, CP. Gerardo Arenas Monsalve, en los siguientes términos¹:

“Lo anterior significa, que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, 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 teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE.

*Valga aclarar que, cuando la norma transcrita se refiere a los pensionados, dicho término no sólo alude a los servidores de la Fuerza Pública que hayan accedido a la pensión de jubilación, sino también a aquellos que hayan obtenido asignación de retiro, como el actor, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, cuando determinó que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez. Así se lee en la citada sentencia:
(...)*

En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al índice de precios al consumidor 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.

De igual forma, la Sala, en aplicación del principio de favorabilidad, ha admitido la posibilidad de inaplicar los regímenes especiales, en punto del tema prestacional, por normas de carácter general, siempre que estas resulten más beneficiosas como en el caso de los miembros de la Fuerza Pública. Sobre este aspecto, esta Sección ha dicho lo siguientes:

“Ahora bien, la Sala 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.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que

¹Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 14 de agosto de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1142-2008, Actor Edgar Marino Motta Vargas.

resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior. (...)

En el mismo sentido el alto Tribunal señaló¹⁰:

“Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior. ... 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.”

Es claro entonces, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, a los miembros de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional, le es aplicable el reajuste de su asignación de retiro de acuerdo a la variación del índice de precios del consumidor, en tanto les resulte más favorable frente a la aplicación del principio de oscilación.

En esa medida al resolver los casos concretos en los que se discuta la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1994 para efectos de liquidar debe el juez en cada caso establecer cuál régimen de reajuste le resulta más beneficioso al demandante, analizando el incremento realizado conforme al régimen de oscilación y el que se hubiera obtenido de acuerdo a la variación del IPC.

De otra parte, es importante precisar que en la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, se reiteró el principio de oscilación, como criterio aplicable en materia de ajustes anuales, así:

“ARTÍCULO 3o. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...)

3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.

¹⁰Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 1 de octubre de 2009, Radicado: 0813-2009, Actor: Luis Virgilio Avella Díaz, Magistrado Ponente: Dr. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

A su turno, el Decreto 4433 de 2004, expedido en desarrollo de aquella ley y por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, señaló:

“Art. 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.”

Luego a partir de la expedición de este último decreto, se estableció nuevamente el régimen de oscilación para el reajuste de las asignaciones de retiro, sólo que a partir de la nueva regulación, según lo precisó el Consejo de Estado en la sentencia de fecha 17 de mayo de 2007 citada, el reajuste siempre tendrá como límite el promedio de variación porcentual del IPC, cuando resultare más favorable.

El recuento anterior permite entonces, concluir lo siguiente:

- La fórmula de ajuste con base en el IPC prevista en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es aplicable al personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, desde la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, a través de la cual se estableció nuevamente el régimen de oscilación. Es decir que, el incremento del IPC sobre la asignación de retiro se aplica para los años 1996 a 2004.

- Por consiguiente, cuando el reajuste anual de la asignación de retiro aplicado por CREMIL resulte inferior al que se hubiere recibido si se hubiera realizado de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993 (% de IPC del año inmediatamente anterior), deberá ordenarse el reajuste de la asignación en aplicación del principio de favorabilidad, para lo cual deberán estar acreditados en el proceso los valores reconocidos año a año con sus respectivas liquidaciones de modo que aparezca demostrada la diferencia.

CASO CONCRETO

En el sub lite, se demanda la nulidad Oficio 44171 de 23 de diciembre de 2008, mediante el cual la entidad demandada negó el reajuste de la asignación de retiro del señor Pedro Leonardo Espada Díaz, solicitada para los años 1997 a 2004.

En la demanda, las pretensiones están dirigidas a que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar y reliquidar la asignación de retiro del actor “... *adicionando los porcentajes correspondientes a la desfase entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional y la variación porcentual del IPC*” y en consecuencia se condene a la misma entidad a reconocer y pagar “...*en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas*”.

Tales pedimentos estuvieron fundamentados en el convencimiento del actor sobre que el ajuste anual de su asignación de retiro desde 1997 se realizó en porcentajes inferiores a la variación porcentual del IPC en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Según se explicó en las consideraciones de esta sentencia, entre los años 1996 y 2004 es procedente la reliquidación y ajuste de las asignaciones de retiro y pensiones reconocidas a los miembros de la fuerza pública con base en la norma invocada, amén la especialidad de su régimen pensional, en virtud a que la Ley 238 de 1995 hizo viable la extensión del reajuste en esos términos, en la medida en que el mismo resultare más favorable.

Ahora, la posibilidad de acceder al reajuste pasa porque se realice un análisis comparativo de los dos sistemas de ajuste pensional, para así determinar cuál régimen resulta más favorable, ejercicio que exige la acreditación de los valores reconocidos como asignación de retiro, año a año, en el sub examine desde el año de 1997 hasta 2004, pues no de otra manera puede establecerse si efectivamente la aplicación de uno u otro sistema resulta más beneficioso a los intereses del pensionado.

Sin embargo, en el caso concreto no obra certificación alguna que pruebe el valor recibido por el demandante como concepto de asignación, ni el porcentaje de incremento que tuvo en cuenta la entidad demandada para reajustar su pensión, circunstancia que imposibilita a la Sala para realizar la comparación entre el aumento realizado conforme al régimen de oscilación y el aumento conforme al sistema del IPC respecto de aquellas anualidades, a fin de determinar la viabilidad de la pretensión.

En este punto es preciso recordar que el artículo 177 del C.P.C., establece que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados²; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso, para que los derechos le sean reconocidos y no obstante que el juez puede ejercer las facultades probatorias de oficio, no está llamado a suplir dichas cargas de las partes en ese sentido.

Por ello, no comparte la Sala la posición del A quo de acceder a las pretensiones en esas circunstancias de ausencia de prueba sobre los aspectos determinantes de la decisión, dando por cierto unos porcentajes de incremento aplicados a la asignación de retiro del actor por la entidad demandada, sin contar con prueba de ello, ordenando en consecuencia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizar un reajuste a dicha prestación aplicando los dos sistemas – IPC y oscilación–, situación que reitera la Sala, únicamente podía concluirse luego

² “...no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. de P. Civil, de acuerdo con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... "; dicho en otras palabras: para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones. (...)es indispensable demostrar, por los medios legalmente dispuestos para ello, todos los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la demanda y no solo la mera afirmación de los mismos, para poder establecer cuál fue la actividad del ente demandado que guarde el necesario nexo de causalidad con el daño y que permita imputarle la responsabilidad a aquel, situación que no se dio en el sub lite. (Consejo de Estado. Sentencia de 27 de abril de 2006. Const Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Exp 16079. Resalta la Sala.)”

de determinar que efectivamente la aplicación de uno u otro sistema resultaba más beneficioso a los intereses del pensionado, lo cual sólo se podía establecer al realizar el análisis comparativo de los dos sistemas de ajuste pensional, ejercicio que como ya se indicó, exige la acreditación de los valores reconocidos como asignación de retiro año a año.

Como se ha dicho, debía el actor demostrar en este proceso la existencia de esas diferencias afirmadas en la demanda, y como no lo hizo la decisión estará porque se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad del acto demandado y ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquidar la asignación de retiro del actor con base en el sistema de variación del IPC (Ley 100 de 1.993, artículo 14) y en su lugar se denegaran las mismas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia 30 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán, dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor **Pedro Leonardo Espada Díaz** contra la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y en consecuencia se deniegan las pretensiones.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado que por reparto corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados

CARMEN AMPARO PONCE DELGADO

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

MAGNOLIA CORTES CARDOZO

Radicación: 19001-33-31-003- 2003- 00323- 01
Demandante: Pedro Leonardo Espada Díaz
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca