



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, cuatro (4) de junio dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 091

TEMAS: ASIGNACIÓN DE RETIRO DE INFANTE PROFESIONAL DE LAS FUERZAS MILITARES – SUBSIDIO FAMILIAR – PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD E IGUALDAD EN LAS RELACIONES LABORALES PÚBLICAS – LAS COSTAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

INSTANCIA: SEGUNDA

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de 12 de febrero de 2015, proferida por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que instauró LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

I. ANTECEDENTES.

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

¹ Fol. 8 C- 1 Pal.



- 1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 43998 del 15 de agosto de 2013, proferido por la Capitán Navío (Sra.) FLOR ANGELA CANAVAL ARDILA, Subdirectora de prestaciones sociales-CREMIL.
- 1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, ordenado se cancele su valor desde la fecha de emisión de la resolución de asignación de retiro, hasta el momento de la totalidad del pago de conformidad con el artículo 185 y 197 de la Ley 1437 de 2011

2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Relata que, durante todo el tiempo de servicio activo en el ejército o Armada Nacional, hasta los tres meses de alta, devengó subsidio familiar.

Manifiesta que, mediante la Resolución No. 1057 fecha 18 de marzo de 2013, le fue reconocida la asignación de retiro, al demandante

En la resolución de la asignación de retiro (pensión) del demandante, la caja de retiro de las fuerzas militares, no tuvo en cuenta la inclusión del subsidio familiar para la liquidación o monto de dicha asignación.

Aunado a lo anterior, aduce que, el 17 de junio de 2013, elevó derecho de petición ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, solicitando la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.

Manifiesta que, mediante oficio No. 43998 de fecha 15 de agosto de 2013, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.



3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes: La Constitución Política en sus artículos 13, 42, 217 y 218. Art. 79, 158, y 161 del decreto ley 1211 de 1990; Art. 2 de la ley 923 de 2004; artículos 2, 3, 13, 1.7 y 13.2.1 del decreto 4433 de 2004, artículos 2 y 11 del decreto 1794 de 2000.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Afirma el actor que, apoyado de preceptos constitucionales y reglamentarios y con base en las causales de impugnación de actos administrativos consagrados en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, se inicia a plasmar la argumentación, con el fin de obtener la nulidad del oficio en donde se toma su decisión negativa de la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante.

Aduce que, con la negativa del ente accionado de incluir el subsidio familiar como factor para liquidar la asignación de retiro, le fue vulnerado el derecho a la igualdad, frente a las los demás miembros de la fuerza pública, además de quebrantar el artículo 42 C.P. que consagra a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Manifiesta además, que el Decreto 4433 de 2004 establece el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública, incluyendo el subsidio familiar dentro de las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro, limitando su aplicación a los oficiales y suboficiales, exceptuando a los soldados profesionales, lo que a todas luces es discriminatorio, como quiera que sin mediar justificación objetiva y razonable se les excluyó del derecho a percibir tal prestación. Excediendo el referido Decreto los límites fijados por la Ley 923 de 2004, que le dio origen.

5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:



- Presentación de la demanda: 19 de septiembre de 2013 (fol. 13 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 1 de noviembre de 2013 (fol. 17 C. Principal).
- Notificación a las partes: 18 de diciembre de 2013 (fol. 22 a 29 C. Principal).
- Contestación de la demanda : 30 de enero de 2014 (fol. 30 a 45 C. Principal)
- Audiencia inicial: 2 de febrero de 2015 (fol. 87 a 89 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 12 de febrero de 2015 (fol. 98 a 104 C. Principal).
- Recurso de apelación: 16 de febrero de 2015 (fol. 111 a 149 C. Principal)
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 16 de marzo de 2015 (fol. 158 a 160 C. Principal)
- Auto que admite el recurso de apelación: 9 de abril 2015 (fol. 4 C- Segunda)
- Auto que corre traslado de alegatos : 21 de abril de 2015 (fol. 15 C- segunda)

5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

El ente demandado, contestó la demanda dentro del término de traslado, oponiéndose a las pretensiones propuestas, y a la condena en costas, excepto lo relacionado con el reconocimiento de la asignación de retiro.

Como medios exceptivos propuso los siguientes:

LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES: En este punto aduce, que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, es un



establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE:

Señala, que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000

Por consiguiente, señala que para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos de establecer el monto de dicha prestación, excluyéndose el subsidio familiar como factor de liquidación en casos como el que nos ocupa.

En este sentido, aduce, que el ente demandado para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro se ajusta estrictamente a las disposiciones vigentes al acaecimiento de los hechos, razón suficiente para acreditar la presunción de legalidad del acto demandado.

Para fundamentar lo antes planteado, trae a colación apartes de la sentencia del 22 de enero de 2004, Magistrada Ponente Dr. Ana Margarita Olaya Forero, donde el H. consejo de estado se pronunció en lo concerniente a las partidas computables para efectos de la liquidación de la asignación de retiro. Siguiendo la misma línea, cita lo deprecado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el fallo de 16 de septiembre de 2010, Magistrado Ponente Dr. José María Armenta Fuentes, refiriéndose específicamente a la situación de los soldados profesionales frente a



este tema.

Aunado a lo anterior, manifiesta que frente al caso concreto, en la hoja de vida de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el ministerio de defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, dentro de las partidas computables para la asignación de retiro sin que hubiere controvertido dicho acto administrativo, gozando el mismo de plena legalidad. Así, agrega, no puede pretender el demandante que la caja asuma una carga prestacional que no le corresponde y entre a modificar una situación careciendo de competencia para ello.

De igual forma, asegura, que en el evento que en la hoja de servicios se hubiese establecido porcentaje alguno por concepto de subsidio familiar, tampoco sería posible reconocer dicha partida, en la medida que el legislador no la contempló para tales efectos, como se desprende del texto de los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.

Afirma entonces que la caja de retiro de las fuerzas se debe regir por la normatividad vigente sin omitir preceptos y sin darle un alcance diferente a lo establecido por el legislador

Finalmente, visto lo anterior y para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro, el legislador no contempló porcentajes por este concepto, afirma que la negativa de la entidad tiene su fundamento en las disposiciones que regulan la misma materia para los miembros de las fuerzas militares

5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 12 de febrero de 2015, previo análisis de los antecedentes sobre el tema, emanados del Tribunal Administrativo de Sucre, consideró que el actor tenía derecho a que le incluyera el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, y



ordenó su reliquidación teniendo en cuenta ese factor.

5.3. EL RECURSO DE APELACIÓN²:

La parte demandada, oportunamente, interpuso el recurso de apelación, ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Afirma que, la entidad actuó conforme a derecho y todos los actos administrativos proferidos gozan de presunción legal, lo cual es evidente que no se puede dar la inclusión del subsidio familiar, pues se estaría contrariando la normativa vigente

Asegura que, la entidad aplicó la normativa vigente al momento de los hechos, en lo concerniente al reconocimiento de las asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las normas señaladas, en las cuales no está consagrado expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro

Por consiguiente, trae a colación diferentes decisiones de distintos pronunciamientos de tribunales, afirma que si bien es cierto en la CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES todo debe ir conforme a la hoja de servicio a lo concerniente a los reconocimientos de asignaciones de retiro y pensiones del beneficiario, según la entidad la hoja de servicio correspondiente al actor no contaba con la inclusión del subsidio familiar y afirma la que así en la hoja de servicio del actor se hubiese establecido porcentaje alguno, tampoco sería posible reconocer dicha partida ya que según el legislador no lo contemplo para tales efectos en los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, frente al tema de las costas, asegura que no deben causarse, dado que se declararon las pretensiones de forma parcial.

² Fols.76 a 79 C- 1Ppal.



Concluye solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

Mediante auto del 9 de abril de 2015 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. Así mismo, mediante auto del 21 de abril de 2015, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su respectivo concepto.

5.4.1. PARTE DEMANDANTE:

En esta oportunidad procesal se pronunció la parte demandada mediante escrito visible a fol. 22 a 39, en donde reiteró lo expuesto en la demanda y trajo a colación una serie de providencias judiciales de diferentes Tribunales Administrativos del país, sobre el tema.

La parte DEMANDADA no presentó alegatos.

El MINISTERIO PÚBLICO no emitió concepto alguno.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de las apelaciones interpuestas en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.



6.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, debe entrar el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Conforme a las normas que regulan la materia, es el subsidio familiar partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares?

¿En el proceso contencioso administrativo regulado por la Ley 1437 de 2011, el régimen de las costas es subjetivo?

Para dar respuesta al anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta los planteamientos presentados en los problemas jurídicos y las particularidades del caso bajo estudio: i) La asignación de retiro, ii) El subsidio familiar en las Fuerzas Militares, iii) Los principios de favorabilidad y de igualdad material en las relaciones laborales públicas, iv) Las costas en el régimen procesal contencioso administrativo regulado por la Ley 1437 de 2011, y v). El caso concreto.

6.2. LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló 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.

Es así como en el artículo 2° de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

*“Artículo 2°. Objetivos y criterios. 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". (Resalta la Sala)*

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.



Dentro del decreto en mención, específicamente en el artículo 3, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

“Artículo 3°. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad”.

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar orientadas por los principios reseñados *ut supra*, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad³, y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

*“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La **asignación de retiro**, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

³ Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.



13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...)

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar, *a contrario sensu*, de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden.

6.3. EL SUBSIDIO FAMILIAR EN LAS FUERZAS MILITARES.

Sobre el tema del subsidio familiar de los miembros de las Fuerzas Militares, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en diversos proveídos, de los cuales la Sala destaca los siguientes:

En sentencia calendada 22 de febrero de 2007, esbozó:

“Según definición dada por el legislador (artículo 1° de la ley 21 de 1982), y que ahora adopta esta Sala, el “Subsidio Familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad”.

Se trata entonces de una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del



núcleo familiar al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) e hijos - que se encuentran a su cargo, y en consideración a los ingresos del primero.

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador⁴[1], como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica.

Al respecto, el Decreto 1211 de junio 8 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 79, dispone:

“Art. 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO 1. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, debe hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.”.

Como puede observarse, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los precisos términos concebidos en las disposiciones anteriores, no se hallaba supeditado a que los miembros de las Fuerzas Militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado, esto es, como Oficial o Suboficial, pues el legislador no hace - por lo menos hasta ese momento - distinción alguna entre su personal para tales efectos, como tampoco establece un límite en el quantum salarial - sueldo básico - para proceder a su liquidación mensual⁵”.

⁴ Obsérvense entre otros, los Decretos 3220 de 1953, 501 de 1955, 0325 de 1959, la Ley 126 de 1959 y los Decretos 23337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984 y 095 de 1989.

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN



Posteriormente en fallo del 3 de diciembre de 2009, se erigió:

“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

“ARTICULO 1o. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”

“ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”.

“Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.

En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Al efecto, estimó:

“En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral.



Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.”

Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley⁶”.

Pues bien, de las citas jurisprudenciales antecedentes, se logra magnificar la importancia que reviste el subsidio familiar como prestación social encaminada a mejorar las condiciones de vida de las familias de los empleados que reciben ingresos clasificados en los rangos medianos y bajos, esto con el fin de proteger a la familia, institución vital dentro del engranaje social.

6.4. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DE IGUALDAD MATERIAL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991:

En Colombia a partir del año 1991, con la entrada en vigencia de un nuevo orden constitucional, se consignó en el artículo primero⁷ de nuestra carta magna, el concepto de *Estado Social de Derecho*, con el cual se persigue la consecución de la

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A” - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 3 de diciembre de 2009 Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01032-01(0468-09) Actor: GABRIEL RAMÓN DÍAZ ÓRTIZ Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.

⁷ “ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.



justicia social y la dignidad humana a través del sometimiento de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales.

Dentro del abanico de principios que imbuyen el andamiaje constitucional, se destaca el de favorabilidad en materia laboral, señalado en el artículo 53 de la referida constitución, así:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”. (Negrillas por fuera del texto original)

El mentado principio fue desarrollado por la H. CORTE CONSTITUCIONAL⁸, de la siguiente manera:

“El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

⁸ Ibídem nota al pie # 5.



El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”⁹

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha dicho esta corporación que para la aplicación de la favorabilidad, deben presentarse, además, dos elementos a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica que una u otra interpretación tengan; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, deben ser aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto.”¹⁰

Ahora bien, sobre la aplicación del Principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerza Pública, la sentencia T-894 del 11 de noviembre de 2010, esbozó:

“4.1. El derecho a la pensión especial es de carácter constitucional, como quiera que emana directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, pues “nace y se consolida ligado a una relación laboral”, además de su inmanente conexión con la dignidad humana y la vida misma.

4.2. La Ley 100 de 1993 es el núcleo temático de la seguridad social, aplicable para todos los individuos del territorio nacional, salvo las excepciones mencionadas en dicha ley, las cuales se encuentran consagradas en su artículo 279, donde se indica que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)¹¹ y 217¹² de la Constitución Política, en los cuales estableció que la Ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan¹³.

⁹ T-290 de marzo 31 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁰ T-545 de mayo 28 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-248 de marzo 6 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-090 de febrero 17 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

¹¹ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”.

¹² El artículo 17 de la Constitución Política, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

¹³ Cfr. C-432 de mayo 6 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-372 de mayo 11 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.



La Jurisprudencia de esta corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión régimen prestacional, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud¹⁴.

4.3. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”, se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador.

....¹⁵

Pues bien, decantadas las particularidades del Principio de Favorabilidad y su aplicabilidad en el régimen pensional de las Fuerzas Militares, se adentra este Cuerpo Colegiado a estudiar el contenido del Principio de igualdad material.

¹⁴ Cfr. C-654 de diciembre 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell; C-835 de octubre 8 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-101 de febrero 11 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

¹⁵ Sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.



Para lo anterior, considera menester esta Sala de Decisión citar un aparte de la Sentencia C-229 de 2011¹⁶:

“3.1 El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes¹⁷. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

No obstante, el anterior enunciado puede presentar variables que por sí mismas no hacen que una norma sea discriminatoria. Así, el legislador puede dar un trato distinto a personas que, respecto de un cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, sean en realidad desiguales. Así mismo, la igualdad no excluye la posibilidad de que se procure un tratamiento diferente para sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis, pero siempre y cuando exista una razón objetiva, suficiente y clara que lo justifique¹⁸.

De este modo, no existe trato discriminatorio cuando el legislador otorga un tratamiento diferente a situaciones que, en principio, podrían ser catalogadas como iguales, si tal igualdad sólo es aparente o si existe una razón objetiva y razonable que justifique el trato divergente. De la misma manera, nada se opone a que el legislador prodigue un tratamiento idéntico a situaciones aparentemente distintas, pero que respecto de cierto factor, se encuentren en un mismo plano de igualdad.

Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁹.

3.2 Sobre este punto se ha pronunciado en múltiples oportunidades esta corporación. Desde sus inicios manifestó al respecto:

“El actual principio de igualdad ha retomado la vieja idea aristotélica de justicia, según la cual los casos iguales deben ser tratados de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera. Así, salvo que argumentos razonables exijan otro tipo de solución, la regulación diferenciada de supuestos iguales es tan violatoria del principio de igualdad como la regulación igualada de supuestos diferentes”²⁰.

¹⁶ Referencia: expediente D-8266 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 96 (parcial) del Decreto 1211 de 1990 “Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares”. Actor: Martín Edgardo Aponte Castellanos. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

¹⁷ Sobre el tema de la igualdad se ha pronunciado la Corte en múltiples sentencias, entre las cuales se pueden consultar la T-597 de 1993; C-461 de 1995; C-230 1994; C-101 de 2003 (sobre regímenes especiales).

¹⁸ Al respecto se ha pronunciado la Corte en las sentencias C-445 del 4 de octubre de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-590 del 7 de diciembre de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-173 del 29 de abril de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-526 del 18 de septiembre de 1992.



“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática”²¹.

3.3 Para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, la jurisprudencia de esta Corte ha admitido como metodología válida la realización de un juicio de igualdad²². Dicho juicio implica establecer cuáles son las situaciones o supuestos susceptibles de comparación con el fin de determinar qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo diferente que amerita un trato divergente. Una vez hecho lo anterior, hay que verificar si ese tratamiento obedece o no a criterios objetivos, razonables, proporcionados y que resulten acordes con una finalidad constitucional legítima. En últimas, lo que hay que establecer es si la norma objeto de control constitucional regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual²³.

3.4. En lo que concierne a regímenes especiales, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que su existencia, per se, no desconoce el principio de igualdad²⁴. Tales regímenes responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social²⁵ y su objetivo reside en la “protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados”²⁶. Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinara su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P.)”.

Así entonces, tenemos que el principio de igualdad material, se fundamenta en un axioma jurídico: *tratar igual a lo iguales y desigual a los desiguales*, esto no es más que, plantear una desigualdad formal para efectos de alcanzar la igualdad material.

²¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992.

²² Pueden consultarse las sentencias C-445 de 1995, ya citada, C-598 del 20 de noviembre de 1997, C-654 del 3 de diciembre de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-888 del 22 de octubre de 2002.

²³ Sobre la estructura del derecho a la igualdad y concretamente lo relacionado con el test de razonabilidad pueden consultarse las sentencias T-230 del 13 de mayo de 1994 y C-022 de 1996, ya citada.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En igual sentido se han proferido las sentencias C-654 de 1997, ya citada, C-080 del 17 de febrero de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-890 del 10 de noviembre de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-956 del 6 de septiembre de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y C-1032 del 27 de noviembre de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁶ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).



Amén de lo anterior, tal y como se expone en el texto de la sentencia citada *ut supra*, cabe la posibilidad que el Legislador disponga realizar un tratamiento desigual respecto de *sujetos y hechos que se encuentren cobijados bajo una misma hipótesis*, siempre y cuando medie una razón objetiva, suficiente y clara que justifique o ampare tal trato desemejante.

6.5. LAS COSTAS EN EL RÉGIMEN PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO REGULADO POR LA LEY 1437 DE 2011:

En primer lugar, es necesario poner en claro qué se entiende por el concepto costas.

El lexicón, en su acepción condenar en, define las costas como:

“condenar a alguien en ~s.

*1. loc. verb. Der. En lo civil, hacerle pagar los gastos que ha ocasionado a sus contrarios en el juicio; y en lo criminal, agravar accesoriamente el castigo con el pago total o parcial de los gastos.”*²⁷

Ya el diccionario especializado, nos menciona sobre las costas procesales:

“Conjunto de gastos necesario generado en la mayoría de los procesos y que habrán de pagar las partes, ya sea cada una de ellas en la medida en que los haya ocasionado, ya una sola, si resulta “condenada en cosas”.
...”²⁸

Como puede inferirse, las costas, de acuerdo a la regulación legal, pueden ser consideradas, procesalmente hablando como:

- Una carga procesal, es decir, como aquél imperativo que emana de las normas procesales con ocasión al proceso, en cabeza de las partes, no exigible coercitivamente y cuya no ejecución acarrea para el renuente, consecuencias jurídico procesales desfavorables.

²⁷ El Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, (en línea) www.rae.es consultada el 27 de julio de 2010.

²⁸ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Espasa Calpe S.A., 2002. p. 441.



- Una obligación procesal impuesta a una o a ambas partes, como derecho subjetivo de contenido patrimonial²⁹ de donde se desprende el correlativo derecho procesal³⁰ en caso de imposición de la obligación a una de las partes, y a favor de la parte contraria.

Así las cosas, las costas en los procesos civiles y contencioso administrativos, entendidos como gastos procesales, es decir, como la asunción del valor de algunos actos procesales por las partes (notificaciones, honorarios de los auxiliares de la justicia, gastos procesales fijados al inicio del proceso, artículo 171 numeral 4 del C.P.A.C.A.) son claramente una carga procesal, de cuyo incumplimiento se puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibidem*), etc.

Por otra parte, las costas ya entendidas como el costo que deben asumir las partes por el hecho de iniciar o resistir un proceso, para lo cual deben no solo cubrir los gastos procesales como cargas antes enunciados, sino que deben asumir el valor de la representación judicial que necesariamente debe estar presente en los procesos contencioso administrativos en donde se introducen pretensiones subjetivas (nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales) a través de abogado titulado e inscrito (artículos 24 y 25 del Decreto 196 de 1971), conocido este rubro como agencias en derecho, son valores que se impone cubrir para el ejercicio adecuado del derecho de acción o de contradicción, claramente son una obligación procesal que debe ser asumida en principio por quien ejerce el derecho, valga reiterar, de acción o contradicción, y que se queda como obligación procesal asumida por cada parte o se convierte en derecho a favor de una de ellas, de acuerdo a la regulación legal que el legislador consagre con relación a la condena en costas.

²⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL. Teoría General del Proceso. Bogotá: Editorial ABC, 1981, tomo I, p. 9.

³⁰ *Ibidem*. p. 8.



Sobre este punto, nos enseña el profesor MORALES MOLINA³¹, que las diferentes teorías que soportan la condena en costas, son las siguientes:

- Que cada parte pague lo suyo, es decir, se impone a cada parte la carga de cubrir los costos que por su actuar se imponen.
- Que todo lo pague el vencido, es decir, las cargas procesales impuestas a lo largo del proceso a cada parte, adicionado en las agencias en derecho, se imponen de manera automática y objetiva a la parte vencida, por lo que a partir de éste momento la carga se convierte en una obligación procesal que debe asumir el vencido y un derecho procesal a favor de quien sacó adelante el proceso, incidente o recurso.
- Que la carga u obligación de satisfacer el valor total, esté condicionada a ciertos elementos subjetivos como la culpa del vencido, lo que debe valorarse en la sentencia, es decir, la carga sólo se convierte en obligación y en el correlativo derecho, previa la verificación del elemento subjetivo de la responsabilidad al interior del proceso, lo que efectivamente debe valorarse por el juez en la decisión de fondo.

De acuerdo a nuestras regulaciones adjetivas, el Código de Procedimiento Civil, claramente se inclina frente a la teoría objetiva, dado que el artículo 392 numeral 1, en su redacción introducida por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, establece una condena automática para el vencido, quien debe correr con el costo de los gastos ocasionados en el proceso y debidamente soportados en el expediente, y las agencias en derecho. Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011, a diferencia del Código Contencioso Administrativo, se inclina igualmente por la teoría objetiva al remitir de forma directa en el tema de las costas la regulación adjetiva civil, es decir, el artículo 188 del C.P.A.C.A. debe interpretarse en concordancia con el artículo 392 del C.P.C., ya citado, por lo que claramente en este

³¹ Este aparte es desarrollado con base en el siguiente texto: MORALES MOLINA, Hernando. CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Parte General. Bogotá: Editorial ABC, 1991. p. 562 a 564.



punto el proceso contencioso administrativo sufre una importante modificación al pasar del régimen subjetivo (artículo 171 del C.C.A. en su redacción modificada por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) en donde la condena estaba sujeta a la valoración que el juzgador realizará de la conducta procesal del vencido, a uno objetivo en donde quien pierde el proceso asume de forma automática la condena por este concepto. En igual sentido regula la costas el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366, normativa aplicable a esta jurisdicción a partir del 1 de enero de 2014, tal como lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso del CONSEJO DE ESTADO³².

Bastan las anteriores consideraciones legales, interpretativas, y jurisprudenciales para estudiar:

6.6. EL CASO CONCRETO

Dentro del *sub lite* tenemos que:

El señor LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Infante de Marina Profesional (R), ingresó al servicio militar obligatorio el 4 de mayo de 1992, finalizando el mismo el 24 de septiembre de 1993, ostentando posteriormente la calidad de Infante de Marina Voluntario de la Armada Nacional, desde el 11 de noviembre de 1993, hasta el 13 de agosto de 2003, y luego la calidad de Infante de Marina Profesional, desde el 14 de agosto de 2003 al 31 de diciembre de 2012 (Ver Hoja de servicios a folio 36 del Cuaderno Principal).

Asimismo, se encuentra probado, de conformidad con la Resolución N° 1057 del 18 de marzo del 2013³³, que al demandante le fue reconocida por parte del Director

³² Ver CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Auto de 25 de junio de 2014. Radicación: 25000233600020120039501 (IJ). Número interno: 49.299. Demandante: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A. Demandado: Nación-Ministerio de Salud y de la Protección Social. Referencia: Recurso de Queja.

³³ Folios 34 y 35 del C. Principal.



General de CREMIL, la asignación de retiro, excluyéndose de ello, la partida del subsidio familiar para determinar su monto.

Así pues, el señor LUIS ENRIQUE JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, presentó el día 17 de junio de 2013³⁴, ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, solicitud para que le incluyera el subsidio familiar a su asignación de retiro, pedimento que fue negado a través del Oficio No. 43998 adiado 15 de agosto del 2013³⁵

Ahora bien, de acuerdo a los considerandos depositados a lo largo de este proveído, el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es factor de liquidación de la mentada prestación para los Oficiales y Suboficiales, más no lo es para los Soldados Profesionales.

Así entonces, se considera que en supuestos fácticos como el que se le pone de presente a la Sala, no hay una razón objetiva, suficiente y clara que justifique el trato diferencial entre la inclusión como factor computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la no inclusión del mismo a los Soldados Profesionales, máxime cuando en la situación particular del hoy accionante, se encuentra acreditado que en su última nómina correspondiente al mes de diciembre de 2012, le fue pagada tal acreencia en un porcentaje del 4%³⁶.

Por el contrario, con la distinción realizada entre soldados profesionales y oficiales y suboficiales, en lo atinente a la inclusión de tal prestación, se vulneran los principios de favorabilidad y de igualdad material, que como se expuso, son piedra angular del Estado Social de Derecho imperante a partir de la Carta Política de 1991, ya que se reitera, no hay un sustento válido para realizar distinción entre uno y otro funcionario, los cuales pertenecen a la misma institución castrense y cumplen idéntica función, esto es, velan por la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio

³⁴ Fol. 2 del C. Principal.

³⁵ Obrante a folio 3 del C. Principal.

³⁶Fol. 36 del C. Principal.



nacional y del orden constitucional³⁷.

Con relación al tema de las costas, se encuentra claro que el mismo varío en la nueva normativa procesal, siendo el mismo de carácter objetivo en la actualidad, y sin que en el presente caso haya probado la excepción de prescripción, por lo que prosperaron la totalidad de las pretensiones presentadas, por lo que el argumento de la apelación en este punto no está acorde con la realidad procesal, razones estas por lo que se confirmará el tema de las costas.

Así las cosas, para este Cuerpo Colegiado no existe duda respecto del derecho deprecado por el hoy demandante, a que le sea incluido el subsidio familiar en la asignación de retiro reconocida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, tal y como fue solicitado en la demanda.

En consecuencia, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

6.7. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese al *A quo* realizar la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

³⁷ Inciso segundo, artículo 217 de la Constitución Política de 1991.



FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 27 de marzo de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 078.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ