



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

### **SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

**Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**  
**ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
**PROCESO: 70-001-33-33-001-2014-00306-01**  
**DEMANDANTE: RAFAEL LÓPEZ GONZÁLEZ**  
**DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2016<sup>1</sup> por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la cual se resolvió conceder parcialmente las súplicas de la demanda.

### **1. ANTECEDENTES**

#### **1.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>**

El señor RAFAEL LÓPEZ GONZÁLEZ instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, a través de la cual **PRETENDE:**

**(i)** Que se declare la nulidad del el oficio N°0064426 de fecha 6 de noviembre de 2013, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro al demandante, y N° 0068879 del 22 de noviembre de 2013, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición. **(ii)** Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1o del decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación por retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes (70%) a liquidar afectando la prima de antigüedad, y se cancele la diferencia de valor b resultante mes a mes junto

<sup>1</sup> Sentencia dictada en audiencia inicial 10 de marzo de 2016.

<sup>2</sup> Fol. 47 a 54 C. Ppal.

con las primas respectivas (junio-diciembre) desde el momento de la emisión de la resolución de asignación de retiro hasta el momento de pago total de conformidad con el art. 185 y 197 de la ley 1437 de 2011.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expresó que ingresó a la Armada Nacional el 01 de mayo de 1992 en condición de infante de marina regular.

Señala que, al terminar su servicio militar obligatorio fue aceptado como infante voluntario de la Armada Nacional a partir del 012 de febrero de 1994 y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba dicha condición.

Expuso que, estuvo vinculado a la Armada Nacional durante más de 20 años lo que otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de CREMIL, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 2695 del 27 de mayo de 2013.

## **1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La entidad accionada no contestó la demanda, y así da cuenta la constancia secretarial de la primera instancia (folio 84).

## **1.3 LA SENTENCIA APELADA<sup>3</sup>**

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, en sentencia que dictó en audiencia inicial celebrada el día 10 de marzo de 2016, resolvió inaplicar por ilegal el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser violatorio del principio constitucional de igualdad y lo señalado en la ley 923 de 2004.

Por consiguiente, luego de hacer un estudio de la procedencia de la inclusión del subsidio familiar como prestación social en la liquidación de la asignación de retiro del infante de marina profesional, resolvió declarar la nulidad el acto administrativo contenido en el oficio N°0064426 de fecha 6 de noviembre de 2013, y como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho ordenó a "CREMIL" reliquidar la asignación de retiro del Infante de Marina Profesional ® señor Rafael López Gonzále, ajustando su valor a la suma equivalente a: salario mensual, dispuesto en el artículo 1o del Decreto 1794 de 2000, resultado multiplicado por 70% y adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, desde el 31 de marzo de 2013, fecha desde

---

<sup>3</sup> Fols 106 a 114. C. Ppal.

la que adquirió el derecho, incluyendo el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica.

### **1.3.1. De la sentencia complementaria (folio 115 a 117).**

Mediante escrito fechado el 15 de marzo de 2016, la parte demandante solicita que se dicte sentencia complementaria en el sentido de, resolver sobre las pretensiones de la demanda enunciadas en el numeral 2.2 del libelo demandatorio tendientes a que se tuviera como o salario el mínimo legal vigente incrementado en un 60% según lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

La anterior fue resuelta el 08 de abril de 2016 (folio 123 a 126), accediendo a las pretensiones de la parte demandante, y ordenando reliquidar la asignación de retiro con el incremento del 60% multiplicado por el 70% y adicionando en un 38.5% de la prima de antigüedad desde el 31 de marzo de 2013.

## **1.4 DEL RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

La parte demandada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Como argumentos principales expuso que, según lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad tal como lo viene aplicando la entidad, sustentado dicha afirmación, con sentencia del 20 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C". Rad: 11001333503020120008601.

### **1.4.1. Del Recurso de apelación de la sentencia complementaria (folio 35-134).**

Mediante escrito de fecha 14 de abril de 2016, la parte accionada interpuso recurso de apelación contra la sentencia complementaria dictada por el Juzgado, reiterando lo expuesto en el recurso primigenio contra la sentencia inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y solicitando igualmente, la revocatoria de la sentencia complementaria.

---

<sup>4</sup> Fls.118 a 121 C. Ppal.

Respecto a la inclusión del subsidio familiar expuso que de conformidad con el marco normativo señalado en el Decreto 4433 de 2004, la entidad demandada aplica las normas vigentes al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas en las cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable para soldados profesionales.

**1.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.** Las partes guardaron silencio al respecto.

**1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.** El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto.

## **2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.**

**2.1. LA COMPETENCIA.** El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de nulidad y restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

### **2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.**

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a establecer, si ¿Conforme a las normas que regulan la materia, cuál es la fórmula y los factores que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes tópicos: **(i)** La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación, **(ii)** Principio de Favorabilidad y de Igualdad Material a la luz de la Constitución Política de 1991: y **(iv)** El caso concreto.

### **3. La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación:**

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 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

*"Artículo 2º. 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 3º. 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 imbuidas por los principios reseñados *ut supra*, destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad<sup>5</sup>, 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.*

*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.*

*(...)*

*Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 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 al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado*

---

<sup>5</sup> Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

*con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)*

Conforme las preceptivas antecedentes, tenemos que para el caso específico de los soldados profesionales, las partidas computables para la asignación de retiro son: 1) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, esto es, el conformado por un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario; y 2) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, se les liquida la asignación de retiro con base en un salario mensual más el 40% del mismo, obviándose con ello, lo consagrado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000<sup>6</sup>; aunado que a los mismos 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.

### **3.1. 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 1º 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 legislador<sup>7</sup>[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.*

---

<sup>6</sup> "Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)".

<sup>7</sup>[1] 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.

---

*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 mensual<sup>8</sup>."*

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

*"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º 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*

---

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA sentencia del 22 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08031-01(1282-06) Actor: LUIS CARLOS ORDUZ RODRÍGUEZ Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

*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 Ley<sup>9</sup>.*

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.

### **3.1.1. 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 primero<sup>10</sup> de nuestra carta magna, el concepto de *Estado Social de Derecho*, con el cual se persigue la consecución de la 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:*

---

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> "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".

*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 CONSTITUCIONAL<sup>11</sup>, 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.*

*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..."<sup>12</sup>*

*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."<sup>13</sup>*

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*

---

<sup>11</sup> Ibídem nota al pie # 5.

<sup>12</sup> T-290 de marzo 31 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>13</sup> 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.

a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)<sup>14</sup> y 217<sup>15</sup> 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 desarrollan<sup>16</sup>.

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 salud<sup>17</sup>.

**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.

....<sup>18</sup>

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.

Para lo anterior, considera menester esta Sala de Decisión citar un aparte de la Sentencia C-229 de 2011<sup>19</sup>:

<sup>14</sup> 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".

<sup>15</sup> 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."

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>19</sup> 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".

*"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 diferentes<sup>20</sup>. 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 justifique<sup>21</sup>.*

*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 proporcionalidad<sup>22</sup>.*

*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"<sup>23</sup>.*

*"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"<sup>24</sup>.*

*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 igualdad<sup>25</sup>. 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 amerite 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*

---

Actor: Martín Edgardo Aponte Castellanos. Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

<sup>20</sup> 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).

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996.

<sup>23</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-526 del 18 de septiembre de 1992.

<sup>24</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992.

<sup>25</sup> 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 .

*luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable. Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual*<sup>26</sup>.

*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 igualdad<sup>27</sup>. 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 social<sup>28</sup> y su objetivo reside en la "protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados"<sup>29</sup>. 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.

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.

### **3.2. De la excepción de ilegalidad y excepción de inconstitucionalidad, claridad para el efecto de la decisión a tomar.**

Ahora bien, definido lo anterior, es claro que la disposición normativa, contenida en el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es abiertamente inconstitucional, considerando esta judicatura, que la decisión a adoptar, debe estar presidida, por la materialización de la excepción de inconstitucionalidad, en lo que respecta al subsidio familiar, como componente de liquidación de la asignación de retiro, en soldados profesionales.

La excepción de inconstitucionalidad<sup>30</sup>, se erige como un mecanismo judicial viable para inaplicar una norma, que va en detrimento de los principios y mandatos de la Constitución, cuando aún no se dado un juicio de constitucionalidad abstracto sobre la primera, ejecutándose, por ende, un

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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).

<sup>28</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-835 del 8 de octubre de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

<sup>29</sup> Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-348 del 24 de julio de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 2010. M. P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Ver así mismo Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera -Subsección C. Sentencia del 23 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 22592. C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

control concreto de la disposición objeto de reparo, en cabeza de todos los jueces de la república, por mandato expreso del artículo 4 superior<sup>31</sup>.

Es de aclarar, que no es dable confundir o mezclar, la excepción de ilegalidad y la excepción de inconstitucionalidad, tal como se evidenció en la decisión proferida por el A quo, toda vez que tales figuras distan de ser asimiladas<sup>32</sup>.

Se resalta que la excepción de ilegalidad, "se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida... o aún puede ser pronunciada de oficio.", por lo que en el caso en estudio, no se dan los parámetros jurisprudenciales dispuestos, para la concreción de tal mecanismo judicial, máxime cuando no está en discusión, la aplicación o no de un acto administrativo, sino que se discute tal apreciación, conforme a una norma de carácter legal, como lo es el Decreto 4433 de 2004.

De allí que, se debe hacer la aclaración referida a que únicamente debe tomarse, en este asunto, la excepción de inconstitucionalidad, como el mecanismo judicial para inaplicar el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004, debido a la apreciaciones elevadas en apartes precedentes

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

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

---

<sup>31</sup> Constitución Política de Colombia. "ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

*Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*

<sup>32</sup>Sobre el tema de excepción de ilegalidad e inconstitucionalidad, ver Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de julio de 2002. Expediente 2002-0725-01(AC). C.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sobre excepción de ilegalidad ver Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera-Subsección B. Sentencia del 25 de mayo de 2011. Expediente con radicación interna 23650. C.P Dra. Ruth Stella Correa Palacios

puede derivar consecuencias procesales negativas, como por ejemplo la parálisis del proceso, el desistimiento tácito de la demanda (artículo 178 *ibídem*), 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.

Sobre este punto, nos enseña el profesor MORALES MOLINA<sup>33</sup>, 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 avante 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

---

<sup>33</sup> 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.

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 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 ESTADO<sup>34</sup>.

***El Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:***

*"Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera "automática" u "objetiva", frente a aquel que resultara vencido en el litigio.*

*Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.*

---

<sup>34</sup> 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.

*Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:*

*a) El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.*

*Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.*

*b) De la lectura del artículo 365 en comento, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.*

*c) En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo. Veamos los detalles:*

*a) Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales. Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC16, modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.*

*b) Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo. La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes<sup>19</sup>. Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio.*

*Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999<sup>20</sup>, en la cual se precisó lo siguiente:*

*"[...] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. [...]"*

*Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.*

*Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión "[...] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá [...]" del artículo 171, modificado por la L. 446 de 1998.*

*En esta sentencia la Corte Constitucional retomó el recuento histórico hecho por el Consejo de Estado en la decisión citada anteriormente e hizo lo propio con las decisiones adoptadas por ella misma sobre los criterios objetivos y subjetivos de imposición de condena en costas, tanto en el CPC como en el CCA.*

*Finalmente, en la sentencia de constitucionalidad se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que "[...] No cabe duda ahora de que él permite la condena en costas a las entidades públicas vencidas, tanto en lo concerniente a las expensas judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre). [...]" Y que "[...] es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado [...]"*. Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional, *"[...] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad [...]"* tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia.

*a. La condena en costas con criterio objetivo. El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:*

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico "dispondrá" que consagra el artículo 188 *ibídem*, el cual puede asimilarse al enunciado "decidirá", lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

*"[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.*

*Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]"*

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto<sup>23</sup>, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión que se transcribe *in extenso* por ser perfectamente aplicable puesto que corrobora el criterio objetivo en la materia.

*"[...] 2.5.3. Sobre la condena en costas y agencias en derecho en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho*

*"En cuanto al último motivo de inconformidad de la accionante, relativo a que se le condenó a asumir las costas del proceso y las agencias en derecho, aunque no actuó de mala fe o de manera temeraria, se destaca que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala, que "salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil", actualmente por el Código General del Proceso, que en sus artículos 361 y siguientes regula lo correspondiente a la costas del proceso.*

*"Para el caso de autos se estima pertinente precisar en primer lugar, que según el artículo 361 del mencionado código, "las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho<sup>24</sup>", y que de conformidad con el artículo 365 del mismo estatuto, las siguientes constituyen algunas de las circunstancias por la que puede condenarse en costas:*

*En consonancia con lo anterior, se encuentra el artículo 80 del Código General del Proceso, en el cual puede apreciarse que un asunto es que pueda sancionarse a una de las partes por actuar de mala fe o de manera temeraria, y otra, que deba imponérsele a una de las partes el pago de las costas:*

*"Artículo 80. Responsabilidad patrimonial de las partes.*

*Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente.*

*[...]"*

*Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, tampoco se advierte que el Tribunal accionado haya incurrido en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, al haberle impuesto a la demandante al pago de las costas del proceso, que incluyen las agencias*

*del derecho<sup>25</sup>, en tanto al revocarse la sentencia de primera instancia proferida en su favor, la peticionaria resultó vencida en el juicio. [...]"*

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "*subjetivo*" -CCA- a uno "*objetivo valorativo*" -CPACA.
- b) Se concluye que es "*objetivo*" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de "*valorativo*" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>27</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."

#### **4. DEL CASO CONCRETO.**

Una vez analizado el *sub lite* a la luz del acervo probatorio existente en el proceso, este Cuerpo Colegiado precisa, que se encuentra debidamente probado que señor LÓPEZ GONZÁLEZ, prestó sus servicios a la Armada Nacional, retirándose con el grado de Infante de Marina Profesional, por lo tanto se encontraba amparado por el régimen especial que beneficia a los miembros de las Fuerzas Militares, en cuanto a la forma de su reemplazo, ascensos, derechos, obligaciones, régimen de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio.

Se evidenció igualmente que, Mediante Resolución N° 2695 del 27 de mayo de 2013, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante, (folio 2-3).

Que mediante derecho de petición de fecha 17 de julio de 2013, el actor solicitó la reliquidación de la asignación de retiro en el sentido de reajustar el S.M.L.M.V. Mas el 60% (fl 14) la cual le fue negada mediante el acto administrativo N° 42383 de fecha 08 de agosto de 2013, (Fl. 15).

Se observa igualmente, que solicitó a la entidad demandada el reajuste de su asignación de retiro, por las siguientes razones: reliquidación del sesenta (60%) por ciento de los factores prestacionales en la asignación de retiro con base en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y del inciso 2 del artículo 1o del Decreto 1794 de 2000, y la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro (folio 4).

Se avizora en el plenario que, la entidad demandada mediante los actos acusados negó la solicitud presentada por el demandante (fls. 8 y 11).

Ahora bien, está claro para esta Magistratura que en el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro, se liquidó solamente asignación básica y la prima de antigüedad (folio 2 reverso).

De igual manera, se avizora en la hoja de servicios, que el actor, durante su servicio activo, percibía el subsidio familiar en cuantía del 4% (folio 46).

Visto lo anterior, se estima que el señor RAFAEL LÓPEZ GONZÁLEZ, habiendo percibido el subsidio familiar, mientras estuvo en servicio, tal prestación económica, no fue incluida en la liquidación de la mesada de asignación de retiro, por ello, este Tribunal debe definir, si la desigualdad que existe en el presente caso, de liquidar la asignación de retiro de los infantes o soldados profesionales, sin atender el subsidio familiar en relación a la forma de liquidación del subsidio familiar de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, donde efectivamente se le incorpora ese emolumento en la respectiva liquidación, es justificable, en razón al principio de proporcionalidad.

En ese orden de ideas, se considera, que la respuesta a lo anterior, debe ser en el sentido negativo, toda vez, que como fue expuesto en acápites precedentes, el subsidio familiar, ha sido reconocido a la largo de la historia legislativa, como un

beneficio a los sectores más pobres de la población, prevalentes en núcleos sociales de especial sujeción, donde se observa, que el trato diferenciado de los oficiales-suboficiales y los soldados profesionales, no contiene una finalidad u objeto constitucional razonable, al encontrar que estos últimos son a quienes, en primera medida, debería ser dirigida la prestación social en comento, no encontrando razón alguna, para que se excluya este emolumento, como factor liquidatorio de la asignación de retiro de los mencionados soldados profesionales. Reitera la Sala, 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%.

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 nacional y del orden constitucional .

Así las cosas, no existe duda respecto del derecho deprecado por el hoy demandante, a que le sea reajustada la asignación de retiro reconocida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, tal y como fue solicitado en la demanda, esto es, en una suma equivalente a: salario mensual, dispuesto por el inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, más el subsidio familiar, resultado multiplicado por 70% y adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%), de la prima de antigüedad, con el respectivo cómputo del subsidio familiar.

Por las razones expuestas, dando respuesta al planteamiento jurídico propuesto, la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro del señor LÓPEZ GONZÁLEZ, constituye una violación al principio de igualdad, respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que dentro de sus asignaciones de retiro si registran esa erogación; de manera que en el asunto de la referencia, debe aplicarse, solo para el caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, excluyendo la aplicación de la excepción de ilegalidad, toda vez que la contradicción surge, de la incompatibilidad con un principio de rango superior, como lo es la igualdad y no con una ley, acto administrativo o preceptiva de inferior jerarquía a la Constitucional.

Por lo expuesto, concluye esta Sala que no posee vocación de prosperidad el recurso interpuesto por la demandada, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** en todas sus partes la sentencia venida en alzada.

#### **5. LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la demandada apelante, a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

#### **DECISIÓN.**

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de marzo de 2016, con las adiciones de la sentencia complementaria dictada el 08 de abril de 2016, por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor del demandante. 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° 179.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**