



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, veintiséis (26) de enero de dos mil diecisiete (2017)

### **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

|             |                                         |
|-------------|-----------------------------------------|
| REFERENCIA. | SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA          |
| ACCIÓN:     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  |
| PROCESO:    | 70-001-33-33-009- <b>2014-00227</b> -01 |
| DEMANDANTE: | JOSÉ MARÍA OYOLA PADILLA                |
| DEMANDADO:  | NACIÓN – MINDEFENSA – ARMADA NACIONAL   |

### **OBJETO DE LA DECISIÓN**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 18 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, accediendo a las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor JOSÉ MARÍA OYOLA PADILLA contra la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. LA DEMANDA<sup>1</sup>.**

El señor JOSÉ MARÍA OYOLA PADILLA instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando:

Que se declare la nulidad del oficio No. 05565 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de fecha 11 de marzo de 2014, proferido por el Jefe División Nómina de la Armada Nacional, mediante el cual se negó el reajuste salarial del 20%.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, el reconocimiento y pago del reajuste salarial

---

<sup>1</sup> Fol. 33 a 40.

del 20% que sobre la asignación básica tiene derecho a recibir el demandante a partir del 1º de noviembre de 2003 y hasta la fecha del retiro definitivo, así como el reajuste de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral.

**Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso que:**

El actor ingresó al servicio de las fuerzas militares desde antes del año 2000 en calidad de soldado voluntario.

A partir del 1º de noviembre de 2003 pasó de ser Soldado Voluntario a Infante Profesional, fecha a partir de la cual su salario fue desmejorado en un 20%.

El demandante presentó petición tendiente a obtener el reconocimiento, liquidación y pago del 20% dejado de percibir en su asignación básica mensual, la cual le fue negada mediante el acto demandado.

**1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La entidad accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa manifestó que el cambio de cargo del demandante de Infante Voluntario a Infante de Marina Profesional obedeció a que éste se acogió al nuevo régimen salarial y prestacional para los miembros de las Fuerzas Militares, lo cual trajo mejores condiciones laborales de las que venían gozando.

Considera que no es cierto que se haya desmejorado salarialmente al demandante, toda vez que no está probado que como Infante de Marina Profesional devengara menos de lo que recibía como Infante Voluntario, pues no aportó los respectivos desprendibles de pago.

Propuso las excepciones de **(i)** presunción de legalidad del acto acusado; **(ii)** cobro de lo no debido; **(iii)** carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación; **(iv)** inactividad injustificada del interesado-prescripción; y **(v)** buena fe.

**1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo profirió sentencia de fondo en la que declaró la nulidad del acto demandado; además, como

restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada reconocer un reajuste del 20% en la asignación salarial y prestacional del demandante, ajustando su valor a partir del 28 de febrero de 2007 y hasta el retiro definitivo del servicio.

Afirmó que durante el servicio activo recibió una asignación básica de un SMLMV incrementado en un 40%, por lo que tiene derecho a continuar devengando un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, tal como lo ordena el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794.

Teniendo en cuenta la fecha en que se presentó la solicitud de reliquidación, concluyó el *A quo* que se encuentran prescritas las diferencias dejadas de percibir desde el 27 de febrero de 2007 hacia atrás.

#### **1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN.**

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó que el demandante se encuentra regido por el Decreto 1794 de 2000, el cual establece como salario el equivalente a un salario mínimo legal incrementado en un 40%.

Recordó que el régimen contemplado en el Decreto 1794 de 2000 es mucho más beneficioso y ventajoso, por lo que existe es una mejora en las condiciones laborales de los soldados profesionales, además que los derechos adquiridos fueron respetados de acuerdo al artículo 2 del mencionado decreto.

Finalmente señaló que se encuentra en desacuerdo con la condena en costas, en tanto ello no puede observarse manera objetiva y automática por el Juez, sino que se debe realizar un análisis respecto si hay lugar o no a la condena en costas.

#### **1.5 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

**1.5.1 PARTE DEMANDANTE:** La parte actora no alegó de conclusión en segunda instancia.

**1.5.2 PARTE DEMANDADA:** La entidad demandada no alegó de conclusión en esta oportunidad.

## **1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto de fondo.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **2.1 LA COMPETENCIA.**

Esta Sala 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 del CPACA, 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

### **2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.**

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional con sustento en lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para quien tuvo la condición de Infante de Marina Voluntario antes del 31 de diciembre de 2000 y posteriormente fue ascendido a Infante de Marina Profesional?

¿En el régimen de condena en costas en la Ley 1437 de 2011 es necesario justificar la decisión de acuerdo con lo ocurrido en el transcurso del proceso? ¿El régimen de condena en costas en la Ley 1437 de 2011, es objetivo?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: i) Del Régimen salarial y prestacional de los Infantes de Marina Voluntarios que posteriormente se convirtieron en Infantes de Marina Profesionales, ii) Las costas en el régimen procesal contencioso administrativo regulado por la ley 1437 de 2011; y iii) El caso concreto.

### **2.3 RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS INFANTES DE MARINA VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE SE CONVIRTIERON EN INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.**

En primer lugar, téngase en cuenta que, actualmente, bajo la normatividad que rige a las Fuerzas Militares, la figura del Soldado Voluntario desapareció bajo la denominación unificada de Soldado Profesional; no obstante, el caso en cuestión exige que se analice las diferencias que en su momento existieron al respecto. Para ello, nada mejor que citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. No. 2311-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se consideró:

"Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.

Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1º del Decreto Ley 1793 de 2000, los soldados profesionales son "los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".

Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio."

Ahora, en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, reiterando así lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 superior -facultad reglamentaria general-. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

"a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales."

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar

obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

“El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

“Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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%)”.

De acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto Reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial – Decreto 1794 de 2000-; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe

conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y parágrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

“En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>2</sup> en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,<sup>3</sup> cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una *“bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”*.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,<sup>4</sup> es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

(...)

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000<sup>5</sup> alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

(...)

#### **Reglas jurisprudenciales**

<sup>2</sup> Ib.

<sup>3</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>4</sup> Ib.

<sup>5</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

(...)

**Segundo.** De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,<sup>6</sup> la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,<sup>7</sup> es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.<sup>8</sup>

## **2.4 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 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.

<sup>6</sup> Ib.

<sup>7</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Sobre este punto, nos enseña el profesor MORALES MOLINA<sup>9</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 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 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

---

<sup>9</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.

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>10</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.

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 comentario, 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:

<sup>10</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.

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 CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia."

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

## 2.5 EL CASO EN CONCRETO.

Al unísono con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

- De acuerdo con la constancia laboral aportada al plenario se acreditó que el señor JOSÉ MARÍA OYOLA PADILLA, ingresó a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 16 de septiembre de 1989 al 15 de marzo de 1991; luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario del 1 de abril de 1991 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 30 de junio de 2011; luego gozó de tres meses de alta desde el 30 de junio de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2011, fecha en la que se retiró del servicio.<sup>11</sup>
- De acuerdo con las constancias salariales aportadas al plenario, se encuentra acreditado que el señor JOSÉ MARÍA OYOLA PADILLA, para el mes de agosto de 2003 y julio de 2006 devengó las siguientes sumas:<sup>12</sup>

| Fecha           | Sueldo Básico           | Equivalencia  |
|-----------------|-------------------------|---------------|
| agosto de 2003  | \$531.200               | 1 SMLMV + 60% |
| octubre de 2003 | \$571.200 <sup>13</sup> | 1 SMLMV + 40% |

Conforme lo anterior, advierte la Sala que, en efecto, la entidad demandada modificó la condición salarial que venía disfrutando el demandante, teniendo en cuenta que se desempeñaba como Soldado Voluntario, y por ende, gozaba del beneficio contemplado en el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, esto es, devengando un salario mínimo legal mensual aumentado en un 60%, para luego ser reducido a un 40%.

En concordancia con lo señalado en los acápites normativos y jurisprudenciales, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede

<sup>11</sup> Fol. 83 y 84 reverso.

<sup>12</sup> Fol. 81 y 82.

<sup>13</sup> El SMLMV para el año 2006 fue de \$408.000

implicar un desmejoramiento salarial, como tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, de modo que, se hace necesario ordenar a la entidad demandada el reajuste salarial correspondiente, por lo que la sentencia apelada ha de ser CONFIRMADA.

Finalmente, en lo que hace relación a la condena en costas decretada por el *A quo*, es necesario recordar que, como se explicó en apartes anteriores, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo adoptado a través de la Ley 1437 de 2011 adoptó un criterio objetivo de imposición de costas, por lo que no es necesario auscultar la conducta de las partes para ello.

## **2.6 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante, y 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.

## **3. DECISIÓN**

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

### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 18 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNESE** en costas de segunda instancia a la entidad 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° 006.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**  
Con impedimento