

EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA EN LA ETAPA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN – Improcedencia / EXCEPCIONES PREVIAS- Oportunidad / DEBIDO PROCESO- Vulneración / DERECHO DE CONTRADICCIÓN- Vulneración

No es procedente en esta instancia resolver la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por la entidad demandada en el escrito de alegaciones, toda vez que el procedimiento del CPACA indica que las excepciones se deben formular durante el traslado de la demanda (artículo 175), las cuales deben resolverse en la audiencia inicial (artículo 180.9). En este sentido, la Subsección no puede decidir nada sobre ese punto, porque se vulneraría el derecho al debido proceso de la parte contraria que ya no tendría posibilidad alguna para ejercer el derecho de contradicción.

ASIGNACIÓN SALARIAL DE SOLDADO VOLUNTARIO INCORPORADO COMO SOLDADO PROFESIONAL – Monto

El demandante a 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y posteriormente, el 1.º de noviembre de 2003 fue vinculado como soldado profesional, luego conforme a la sentencia de unificación jurisprudencial citada, la interpretación adecuada del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad.: 3420-15.

FUENTE FORMAL: LEY 131 DE 1985 / LEY 578 DE 2000 / DECRETO 1793 DE 2000 – ARTÍCULO 5 PARÁGRAFO / DECRETO 1794 DE 2000

RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO DE SOLDADO PROFESIONAL / PRIMA DE ANTIGÜEDAD – Liquidación / PRIMA DE ANTIGÜEDAD - Factor de liquidación pensional

En el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 29 de abril de 2015, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad.: 2015-00801-00.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 – ARTÍCULO 16

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD- Aplicación / RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO DE SOLDADO PROFESIONAL / SUBSIDIO FAMILIAR – Factor de liquidación pensional

Pues bien, esta Corporación al momento de valorar la desigualdad normativa del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en consideración a que únicamente en las asignaciones de retiro de los grados más altos del escalafón militar se incluye como partida computable el subsidio familiar, ha concluido que no existe justificación alguna para excluirlo como factor para las asignaciones de retiro del

personal con menor rango.(...) Es jurídicamente viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad parcial del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, que no incluyó el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de tutela de 24 de febrero de 2015, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, rad.: 2014-04420-00 (AC).

COSTAS PROCESALES – Concepto / CONDENA EN COSTAS – Criterio objetivo valorativo

La Sala en reciente providencia señaló que el concepto de las costas está relacionado con todos los gastos necesarios y útiles dentro de un litigio judicial y comprende los denominados gastos o expensas, llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso, y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc. Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora en atención a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007. (...). Sin embargo, en esa oportunidad la Subsección A, varió aquella posición y acogió 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). **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, C.P.: William Hernández Gómez, rad.: 1291-14.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16)

Actor: JOSÉ HENRY CASSO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida en audiencia el 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor José Henry Casso en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-.

Pretensiones¹

1. El demandante solicitó la nulidad de la del Oficio No. 49585 de 9 de octubre de 2012, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro del señor José Henry Casso; y del Oficio No. 59051 de 21 de noviembre de 2012, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición contra la anterior decisión.
2. A título de restablecimiento del derecho, pidió el reajuste de la asignación de retiro a partir de la fecha en que se reconoció, con la inclusión del subsidio familiar, con un incremento del 20% de la asignación básica y con un cómputo distinto sobre la prima de antigüedad, dado que, según la parte demandante, en la liquidación inicial realizada por la entidad se afectó dicha partida porcentualmente dos veces, dando como resultado un menor valor de la asignación de retiro.
3. Igualmente, solicitó indexación e intereses sobre los valores adeudados y la condena en costas a la parte contraria.

Fundamentos fácticos

Los hechos relevantes de la demanda se pueden resumir así:

1. El señor José Henry Casso, ingresó al Ejército Nacional el 13 de enero de 1989 como soldado regular en cumplimiento de su servicio militar obligatorio, luego a partir del año 1990 pasó a ser soldado voluntario hasta el 1º de noviembre de 2003, fecha en la cual todos los soldados quedaron vinculados como soldados profesionales.

¹ Folio 5.

2. Como soldado voluntario se le aplicó el régimen salarial y prestacional de la Ley 131 de 1985; después como soldado profesional sus derechos laborales estuvieron regidos por los Decretos 1793 y 1794 de 2000; y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

3. Al señor Casso, finalmente se le reconoció asignación de retiro mediante la Resolución No. 1531 de 8 de junio de 2009.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Decisión de excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.³

En el presente caso en el CD a folio 83, el magistrado ponente indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

“[...] en la contestación de la demanda la parte demandada presentó una serie de excepciones tales como la de la legalidad de las actuaciones efectuadas por Cremil, la correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes, la carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, la no configuración de violación al derecho a la igualdad, la no configuración de la falsa de motivación y la prescripción. [...] de estas con excepción de la prescripción, todas son excepciones de fondo que se deben resolver es en la sentencia.

[...] es criterio del despacho que primero hay que entrar a analizar si se configura o no el derecho y después entrar a resolver sobre el tema de la prescripción. En este orden de ideas, se entrara a diferir el estudio de la prescripción para el momento de dictar sentencia [...]

² Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. *Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

³ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. *Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

Las partes estuvieron de acuerdo.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En el presente caso en el CD a folio 83 en la etapa de fijación del litigio solo se determinó el problema jurídico, así:

“[...] El problema jurídico a resolver se concentra en determinar si el Oficio No. 49585 de 9 de octubre de 2012, por el cual negó el reajuste de la asignación de retiro a favor del señor JOSÉ HENRY CASSO está afectada de nulidad en lo que respecta a la liquidación de dicha prestación.

Para resolver el problema jurídico, emergen los siguientes problemas jurídicos secundarios:

¿La asignación de retiro debe ser liquidada tomando en cuantía un salario mínimo incrementado en un 40% o en un 60%?

¿El demandante tiene derecho a que en la liquidación de la asignación por retiro se incluya la partida del subsidio familiar? [...]”

Las partes estuvieron de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁵

El Tribunal Administrativo del Cauca profirió sentencia en la audiencia inicial, mediante la cual se declaró la nulidad del Oficio No. 49585 de 9 de octubre de 2012 y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó reliquidar la asignación de retiro del demandante a partir del 5 de junio de 2009, con los reajustes de ley.

Señaló que el salario básico para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante en su calidad de soldado profesional debía ser equivalente a un salario mínimo mensual más un incremento del 60%, conforme a la Ley 131 de 1985 toda vez que se vinculó como soldado voluntario desde 1989.

Lo anterior indicó, si se tiene en cuenta que si bien conforme al artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 el incremento señalado del salario básico de los soldados profesionales se redujo en un 20%, esta misma normativa excluyó a los soldados profesionales vinculados con anterioridad a diciembre 31 de 2000, como es el caso del demandante.

⁴ Hernández Gómez William, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁵ Folios 188 a 204

En este sentido, afirmó que la decisión de la entidad demandada de negarle la reliquidación de su asignación de retiro con la diferencia del 20% sobre el incremento mensual a que tenía derecho como soldado profesional, desconoce los parámetros fijados por el Decreto 1794 de 2000 y, en consecuencia, desmejora sus derechos adquiridos teniendo en cuenta que su vinculación como soldado voluntario se registró a partir de 1989.

Igualmente inaplicó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por ser violatorio al principio constitucional de la igualdad, así como de los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, toda vez que el demandante en su calidad de soldado profesional tiene un derecho adquirido al reconocimiento y pago del subsidio familiar, el cual debe ser computable para efectos de calcular su asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, tal como tienen derecho los otros miembros de las Fuerzas Militares.

Advirtió en todo caso, que la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro está condicionada a la comprobación de que el demandante efectivamente haya recibido tal emolumento.

En relación con la forma de liquidar la asignación de retiro, sostuvo que la entidad erró en la interpretación del artículo 16 del Decreto 443 de 2004, porque tal como lo entendió afectó doblemente la prima de antigüedad al momento de calcular el monto de la asignación de retiro.

Para el tribunal el texto de la norma es claro en el sentido de que una vez aplicado el 70% sobre el salario mensual incrementado en un 60%, debe adicionarse el 38.5% de la prima de antigüedad, sin deducción alguna.

En suma, se ordenó a partir del 5 de junio de 2009 el reajuste de la asignación de retiro del demandante en virtud del inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, tomando como base una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, con la inclusión del subsidio familiar y aplicando la fórmula matemática del artículo 16 del Decreto 4433 en el sentido de que una vez calculado el 70% del salario mensual incrementado en un 60%, se adicione el 38.5% de la prima de la antigüedad.

Declaró que no operó ninguna prescripción de las mesadas a la luz del Decreto 2011 de 1990 que consagra un término extintivo de 4 años, toda vez que la asignación de retiro se reconoció a partir del 5 de junio de 2009, la prescripción fue interrumpida el 27 de junio de 2012 con la petición que elevó el demandante ante la entidad para obtener el reajuste y la demanda se presentó el 19 de abril de 2013.

Finalmente, condenó en costas a la parte vencida, es decir a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN⁶

El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación para que se revoque la anterior decisión. Presentó los siguientes argumentos:

Mencionó que la entidad debe ceñirse a lo consignado en la hoja de servicios del demandante y allí no está incluida la partida del subsidio familiar, pero en el evento de que figurara dicha partida no sería posible incluirla en su asignación de retiro, toda vez que no está contemplada como factor para tales efectos, tal como se desprende del tenor literal de los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.

Pidió que se dé aplicación precisa al inciso 1º del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, que otorga para los soldados profesionales un salario equivalente a la asignación básica más un 40%. Sin embargo, el apoderado no indicó por qué no es posible aplicar al demandante el inciso segundo que señala un salario equivalente a la asignación básica más un 60%.

Consideró que la operación aritmética correcta para liquidar la asignación de retiro es sumar la asignación básica incrementada en un 40% y el valor de la prima de antigüedad y, sobre este resultado aplicar el 70%. Así, dijo, lo ha reconocido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por ejemplo en la sentencia del 20 de septiembre de 2013⁷

En el evento de que no se acojan los anteriores planteamientos solicitó dar aplicación a la prescripción trienal.

Finalmente, solicitó revocar la condena en costas impuesta en la primera instancia a cargo de la entidad, en razón a que, en su criterio, se debe evaluar no solo el aspecto objetivo sino también la temeridad o mala fe de la parte vencida, como condición para su causación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada⁸: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, pero propuso en esta etapa procesal la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, respecto al incremento del 20% del salario que se solicita en la demanda, toda vez que es el Ministerio de Defensa Nacional la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y la que expide la hoja de servicios, a la cual se ciñe la entidad demandada para el reconocimiento de las prestaciones sociales.

⁶ Folios 209 a 215

⁷ Expediente No. 2012-00086-01 M.P. Amparo Oviedo Pinto

⁸ Folios 284 a 289 (vuelto)

Concepto del Ministerio Público⁹: La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia apelada, dado que la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹⁰, luego de interpretar el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los derechos adquiridos de que trata la Ley 4 de 1992 y el Decreto 1793 de 2000, concluyó 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%.

La **Parte demandante** presentó los alegatos de conclusión de forma extemporánea, según constancia secretarial del 28 de abril de 2017¹¹

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Cuestión previa

Es de anotar que, no es procedente en esta instancia resolver la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por la entidad demandada en el escrito de alegaciones, toda vez que el procedimiento del CPACA indica que las excepciones se deben formular durante el traslado de la demanda (artículo 175), las cuales deben resolverse en la audiencia inicial (artículo 180.9).

En este sentido, la Subsección no puede decidir nada sobre ese punto, porque se vulneraría el derecho al debido proceso de la parte contraria que ya no tendría posibilidad alguna para ejercer el derecho de contradicción.

Problema jurídico

El problema jurídico que resolver en esta instancia se resume en las siguientes cinco preguntas:

1. ¿El demandante tiene derecho a que su asignación de retiro se le calcule con base en una asignación mensual equivalente a un salario mínimo mensual

⁹ Folios 290 a 297

¹⁰ Sentencia CE-SUJ2 Expediente No. 2013-00060-01 M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹¹ Folio 298

¹² El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

legal vigente incrementado en un 60% conforme al inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000?

2. ¿En la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, respecto a la prima de antigüedad?

3. ¿Es posible inaplicar el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 para incluir el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del exsoldado profesional Casso, teniendo en cuenta que sus superiores suboficiales y oficiales del ejército, conforme al artículo 13.1 del mismo decreto, sí se les tiene en cuenta como factor salarial en la asignación de retiro?

4. ¿Se debió condenar en costas a la parte demandada por resultar vencida en primera instancia?

Primer problema jurídico.

¿El demandante tiene derecho a que su asignación de retiro se le calcule con base en una asignación mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60% conforme al inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante en calidad de soldado profesional tiene derecho a tener como base salarial en la asignación de retiro el mínimo legal vigente incrementado en un 60% y no en un 40% como lo entendió la entidad demanda. Los argumentos se explican a continuación:

Régimen salarial de los soldados profesionales

El artículo 1.º de la Ley 131 de 1985 señaló la posibilidad de que quienes hayan prestado servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares. A su vez, el artículo 4.º de la misma ley 131 de 1985 indicó que el soldado voluntario devengará una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60%.

Posteriormente, mediante la Ley 578 de 2000 se facultó al presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.

Con fundamento en las anteriores facultades, el presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 <<por el cual se adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares>> el cual, definió en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En el párrafo del artículo 5.º, señaló la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, a partir del 1.º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho, así:

<< [...] PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen. [...]>>

Mediante el Decreto 1794 de 2000 se expidió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual, en su artículo 1.º definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales.

En efecto, indicó que los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares, esto es, por primera vez a partir de la vigencia del referido decreto, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 40% del mismo salario.

Por su parte, los soldados voluntarios, es decir, los que antes del 31 de diciembre de 2000 se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares de acuerdo con los preceptos contenidos en la Ley 131 de 1985, tendrían derecho a devengar un salario mínimo mensualmente, incrementado en un 60% del mismo salario, a partir de su incorporación como soldados profesionales a la planta de personal de las Fuerzas Militares.

Con este cambio de régimen de carrera, salarial y prestacional se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al Ejército Nacional como soldados profesionales a partir del 1.º de enero de 2001 y a los que, teniendo una vinculación preexistente como voluntarios es decir anterior al 31 de diciembre de 2000, se incorporaron en calidad de profesionales en aras de respetar los derechos adquiridos pues, entre otros aspectos, expresamente se consignó la garantía de que conservarían la prima de antigüedad en el porcentaje que venían percibiendo.

Sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado

Esta Sección en sentencia de unificación jurisprudencial¹³ de 25 de agosto de 2016 indicó que con base en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 los soldados voluntarios que posteriormente a su vinculación fueron incorporados como profesionales tienen derecho a ser remunerados mensualmente con un monto de un salario básico incrementado en un 60%.

Lo anterior, toda vez que ante la incorporación masiva de soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales del Ejército Nacional se les canceló un salario equivalente a un mínimo legal mensual incrementado en un 40%, con base en el inciso 1.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, lo cual, desconoce el régimen de transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales, circunstancia que vulnera sus derechos adquiridos. En efecto, la Sección señaló:

<<[...] 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, 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, 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, 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.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; es necesario precisar a continuación los efectos prestaciones del reajuste salarial del 20% reclamado. [...]>>

Bajo esa argumentación, la sentencia de unificación citada fijó las siguientes reglas:

1. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1.º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.
2. De igual manera, el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, indicó que 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, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.
3. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.
4. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede

gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción cuatrienal de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968¹⁴ y 1211 de 1990, respectivamente.

Ahora bien, aplicado lo precedente al presente caso, se observa que según la hoja de servicios del demandante obrante a folio 91 prestó sus servicios así:

Grado	Fecha de inicio	Fecha de finalización
Soldado regular	16 de enero de 1989	14 de septiembre de 1990
Soldado voluntario	15 de enero de 1990	31 de octubre de 2003
Soldado profesional	1 de noviembre de 2003	30 de noviembre de 2008
Asignación de retiro tres meses de alta	1 de diciembre de 2008	5 de marzo de 2009

La asignación salarial mensual cancelada al demandante al momento de su cambio al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales fue de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%. Así se desprende del oficio demandado que obra a folios 9 y 10 del expediente, es decir tomando como referente el del salario mensual indicado en el primer inciso del numeral 13.2.1 del Decreto Ley 1794 de 2000.

Siguiendo la regla fijada en la sentencia de unificación del numeral 2 arriba copiada y para efectos de liquidar la asignación de retiro del demandante, es evidente que la entidad hizo mal en liquidarla con el salario indicado en el primer inciso del numeral 13.2.1 del Decreto Ley 1794 de 2000, porque él se venía desempeñando como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, antes de ser incorporado como soldado profesional, por tanto la entidad debió aplicar el inciso segundo del mismo numeral, que a la letra dice:

<<[...] 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%).**[...]>>”

En ese sentido, le asiste razón al demandante al señalar que a le es aplicable el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 y, que por tanto tiene derecho a que en su asignación de retiro se tome en cuenta como partida computable un salario mensual vigente incrementado en un 60% y no en un 40% como lo realizó la entidad en la Resolución 1531 de 2009, que le otorgó dicha prestación.

En conclusión: El demandante a 31 de diciembre de 2000 se encontraba

¹⁴ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

vinculado como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 y posteriormente, el 1.º de noviembre de 2003 fue vinculado como soldado profesional, luego conforme a la sentencia de unificación jurisprudencial citada, la interpretación adecuada del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%.

Segundo problema jurídico

¿En la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con respecto a la prima de antigüedad?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la entidad aplicó de manera equivocada la fórmula matemática del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como pasa a explicarse.

Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

<< [...] 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 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. [...]>>

Como se observa, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

<< [...] Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) [...]>>

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta Corporación¹⁵ señaló:

<< [...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo “**adicionado**”.

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. [...]>>

En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, no supone confusión alguna, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

Con base en lo anterior, obra a folio 79 la certificación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de la liquidación de la asignación de retiro del señor José Henry Casso, en los siguientes términos:

LIQUIDACIÓN JUNIO A DICIEMBRE AÑO 2009			
SUELDO BÁSICO			\$695.660
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.50%		\$267.829,10
SUBTOTAL			\$963.189,10
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%		
TOTAL SIGNACIÓN DE RETIRO			\$674.442

En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

En conclusión: En el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

Tercer problema jurídico

¿Es jurídicamente viable para el caso del señor Casso aplicar la excepción de inconstitucionalidad parcial del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, que no incluyó el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, teniendo en cuenta que sus superiores suboficiales y oficiales del ejército, conforme al artículo 13.1 del mismo decreto, sí se les tiene en cuenta como factor salarial en dicha prestación?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: dicha desigualdad normativa resulta injustificada, con base en los argumentos que pasan a exponerse.

En reiterada jurisprudencia constitucional¹⁶ se ha dicho que el legislador fundado en el principio democrático goza de una amplia facultad legislativa, y que por lo mismo, las consecuencias normativas producto de su ejercicio cuentan con la presunción de constitucionalidad.

Sin embargo, al momento de aplicar la regulación legal a casos concretos pueden resultar injustificadas o discriminatorias, caso en el cual es procedente aplicar el control difuso de la excepción de inconstitucionalidad.

Para ese efecto, la Corte Constitucional ha creado la doctrina del test intermedio de igualdad sobre preceptos normativos que en términos suyos se aplica cuando: “existe un indicio de arbitrariedad” o cuando puede ser “potencialmente discriminatoria”.

Pues bien, esta Corporación¹⁷ al momento de valorar la desigualdad normativa del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en consideración a que únicamente en las asignaciones de retiro de los grados más altos del escalafón militar se incluye como partida computable el subsidio familiar, ha concluido que no existe justificación alguna para excluirlo como factor para las asignaciones de retiro del personal con menor rango.

En ese mismo sentido, para esta Subsección, es evidente que si bien es una actuación legítima del legislador excluir o incluir factores salariales en las asignaciones de retiro de forma desigual para personal con distinto rango en el escalafón, resulta injustificado y por lo mismo discriminatorio excluir en una asignación de retiro del personal con menor ingreso, un factor (subsidio familiar) cuya naturaleza puede estar más vinculada a este sector menos favorecido, para incluirlo en las asignaciones de retiro del personal con mayor ingreso, que si bien reciben ese subsidio, gozan con mayor capacidad económica no solo para sufragar sus gastos familiares, sino para generar algún ahorro para su futuro.

Por lo tanto, en el *sub examine*, tal como lo sostuvo el tribunal de instancia, la inclusión del referido factor en la asignación de retiro del soldado profesional está condicionado a que la entidad verifique que el demandante hubiese percibido el subsidio familiar, bajo los parámetros del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En conclusión: Es jurídicamente viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad parcial del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, que no incluyó el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Cuarto problema jurídico

¿Se debió condenar en costas a la parte demandada por resultar vencida en primera instancia?

¹⁶ C-104/2016, C-015/2014, entre otras.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, fallo de tutela del 24 de febrero de 2015, Expediente No. 2014-04420-00 (AC) M.P. Gustavo Gómez Aranguren, entre otros fallos de tutela.

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Era procedente la condena en costas a cargo de la entidad demandada de acuerdo con los siguientes argumentos:

Del concepto de costas

La Sala en reciente providencia¹⁸ señaló que el concepto de las costas está relacionado con todos los gastos necesarios y útiles dentro de un litigio judicial y comprende los denominados gastos o expensas, llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹⁹, y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora en atención a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP²⁰, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado²¹ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007²².

Del criterio operante en materia de costas a partir de la expedición de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011²³

¹⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente: William Hernández Gómez, sentencia de 7 de abril de 2016, radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Actor: José Francisco Guerrero Bardi. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada).

¹⁹ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²⁰ “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

²¹ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

²² Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

²³ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

En los términos de la sentencia aludida²⁴, 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 sostenía 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, con un margen de análisis mínimo en el que evaluara las circunstancias para imponerla, o no²⁵.

Sin embargo, en esa oportunidad²⁶ la Subsección A, varió aquella posición y acogió 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).

Señaló que 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.

El análisis realizado por la Sala en esa oportunidad arrojó, entre otras las siguientes conclusiones:

- 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 en atención a la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más

²⁴ Consejo de estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01. Número Interno: 1291-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Actor: José Francisco Guerrero Bardi. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada).

²⁵ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁶ Siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

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.

Ahora bien, en aplicación de las consideraciones atrás citadas, y en atención a las premisas fácticas y legales del caso *sub judice*, se considera que la decisión sobre la condena en costas proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca se encuentra ajustada a derecho, en razón a que hubo una sola parte vencida con la denegatoria de las pretensiones de la demanda, y además, se encuentran acreditadas las agencias en derecho con la actuación del apoderado de la parte demandante, sin que, contrario a lo afirmado por la entidad demandante, se tenga que verificar mala fe o temeridad de este extremo procesal.

De la condena en costas en segunda instancia

Con los mismos derroteros indicados en el acápite anterior, en la segunda instancia no se impone la condena en costas, porque si bien la entidad demandada resulta vencida en esta instancia, la parte demandante no interviene.

Decisión de segunda instancia.

Resueltos todos los interrogantes planteados al inicio de la parte considerativa de esta providencia para resolver el problema jurídico, la decisión en esta instancia que corresponde será la de confirmar la sentencia proferida el 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del

²⁷“ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

derecho interpuesta por el señor José Henry Casso contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Segundo: No condenar en costas en esta instancia.

Tercero: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y, ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ