



Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de julio de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-013-2015-00362-01
Demandante:	Eduar De Arco Ortega
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional.
Tema:	Reliquidación de asignación de retiro – subsidio familiar – condena en costas.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de 14 de febrero de 2017, mediante la cual el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1. La demanda (f. 13 - 23)

a) Pretensiones:

El señor Eduar De Arco Ortega, mediante apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

- Se declare la nulidad de la decisión tomada mediante oficio OF115-14358 MDSNSGDAGPSAP de fecha 27 de febrero de 2015, firmado digitalmente por Lina María Torres Camargo, Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales mediante el cual negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la Resolución de pensión de invalidez del subsidio familiar de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, art. 13 numeral 13.1.7.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento de derecho se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, al reconocimiento y pago a favor del demandante al pago de los dineros indexados junto con los interés de ley, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de la actualización del pago total de la obligación de:

1. La inclusión y reliquidación del subsidio familiar en la pensión de invalidez de conformidad con el Decreto 4433 de 2004 art. 13 numeral 13.1.7.



b) Hechos.

Para sustentar fácticamente la demanda el actor afirmó, en resumen, lo siguiente:

Estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años.

Mediante Resolución No. 7064 de 19 de septiembre de 2012, el Ministerio de Defensa le reconoció pensión de invalidez, pero no le fue incluido el subsidio familiar.

Adujo que a los oficiales y suboficiales, al momento de liquidar su pensión, se les tiene que incluir el subsidio familiar de conformidad con el numeral 13.1.7., del artículo 13 del Decreto 4433/04.

El 11 de febrero de 2015 solicitó a la accionada la reliquidación de su pensión de invalidez con la inclusión del subsidio familiar, la cual fue negada oficio No. OF15-14358 MDNSGDAGPSAP del 27 de febrero de 2015.

c) Normas violadas y concepto de violación

El demandante afirmó que el acto acusado vulnera la Constitución Política (artículos 2, 4, 6, 13, 29, 53); la Ley 4ª de 1992 (artículo 10); la Ley 131 de 1985; y los Decretos 4433/04, 1793/00 y 1794/00.

Explicó que en el Decreto 1794/00 a los soldados profesionales no se les tiene en cuenta la partida computable del subsidio familiar; y que el Decreto 1211/90 a los oficiales y suboficiales sí se les tiene en cuenta el subsidio familiar como partida computable.

Esa diferencia quebranta el derecho a la igualdad, pues le está dando un trato discriminatorio a su familia, frente a las familias de los demás miembros de la misma institución.

No existe una justificación objetiva ni razonable que permita excluir a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar.

3.2. La contestación (f. 36 -40).

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con apoyo en los siguientes argumentos:

De conformidad con el artículo 13.2.2 del Decreto 4433/04, a los soldados profesionales solo se les computa para el reconocimiento de la pensión de invalidez el sueldo básico y la prima de antigüedad.

El demandante gozaba de un régimen especial aplicable a los soldados voluntarios, el cual no incluye el subsidio familiar como partidas computables.



Una nivelación o un incremento salarial no genera por sí mismo un incremento pensional ya causado, ya que es necesario reunir otras condiciones como lo imponen las normas en materia pensional, o en el caso de pensiones por aportes se pueda aportar sobre ese mayor ingreso que fue la real posibilidad que le dieron las normas invocadas de permitir aportar sobre una base mayor.

Las normas que tratan sobre los requisitos de las pensiones tratan una materia distinta de las que regulan el salario, que es solo uno de los factores a tener en cuenta para liquidar una pensión. El incremento salarial solo afecta la pensión futura siempre y cuando se den los presupuestos legales para adquirirla, con base en un incremento legalmente ordenado, devengado y efectivamente percibido. Pero los efectos de los aportes y factores de cotización sobre la pensión, varían dependiendo del cargo en el que se haya desempeñado cada pensionado.

El sistema salarial y prestacional de los servidores públicos no es único y homogéneo, sino plural y variado.

La existencia de variados regímenes de pensiones, tanto en el sector público como privado, es producto de situaciones y circunstancias que tiene que ver con el monto del salario, la edad del trabajador, el régimen de jubilación al que está sujeto, el número y el valor de las cotizaciones pagadas a la seguridad social, por lo que es jurídicamente impertinente la tesis de a cargo igual, jubilación igual, como también el principio accesorio de la analogía para sentar la tesis de que el monto de la jubilación de los ex funcionarios de la Justicia Penal Militar se debe revisar cada vez que se aumenta la asignación salarial de los funcionarios judiciales en ejercicio.

En materia administrativa no cabe la analogía puesto que cada derecho, cada obligación y cada situación jurídica tienen su propia naturaleza, derivada de las funciones atribuciones y competencias que gravitan sobre lo público.

No se probó que con la existencia de diferentes montos de pensión para quienes hayan desempeñado, en tiempos diversos, las mismas funciones, responsabilidades, facultades y atribuciones, en el ejercicio de un mismo cargo se vulneren los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad en materia laboral a la seguridad social, el derecho a la vida en condiciones dignas y justas ni tampoco el derecho al mínimo vital del accionante.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (f. 96 - 103)

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 14 de febrero de 2017, resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad del Oficio No. OFI 15-14358 MDNSGDAGPSAP de 27 de febrero de 2015, por medio del cual el Ministerio de Defensa negó el reajuste de la pensión de invalidez de la cual goza el señor Eduard de Arco





Ortega IM (r), identificado con la cédula de ciudadanía No.73.189.182, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR al Ministerio de Defensa que proceda a:

2.1. Reliquidar la pensión de invalidez del señor Eduard de Arco Ortega IM (r), incluyendo entre las partidas computables el subsidio familiar, en los términos señalados en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

2.2 Pagar al señor Eduard de Arco Ortega IM (r), identificado con la cédula de ciudadanía No. 78.296.400, el valor diferencial que resulte entre la pensión de invalidez reliquidada y la pensión de invalidez pagada, desde el 2 de agosto de 2012, una vez cumplido lo ordenado en el numeral anterior, con efectos fiscales a partir de esa misma fecha de 2012, por no haber operado el fenómeno de la prescripción.

La liquidación mencionada se hará teniendo en cuenta lo indicado en la parte considerativa de este fallo.

Las diferencias generadas a favor del demandante, que corresponden al valor que por subsidio familiar le corresponde al tenerse como partida computable, y la debida aplicación de la fórmula del Decreto 4433 de 2004, artículo 16, deben ser canceladas debidamente indexadas, y para ello, se dará aplicación a la fórmula señalada en los considerados de esta sentencia.

Los valores establecidos hasta la ejecutoria de la sentencia, como las diferencias que se generen a partir de ese momento, devengarán intereses a partir del día siguiente de la misma.

2.3. Descantar al señor Eduard de Arco Ortega IM (r), el valor de los aportes en salud y demás descuentos legales que ordene la ley que el interesado no haya cubierto respecto de los mayores valores pagados.

2.4. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del CPACA.

TERCERO. CONDENAR a la parte demandada al pago de costas. Las agencias en derecho se estipulan en el 4% de las sumas reconocidas. (...).

Para sustentar las decisiones transcritas, el A-quo afirmó que Al señor Eduard de Arco Ortega, en su condición de Infante de Marina Profesional, le fue reconocida pensión de invalidez mediante Resolución No. 7064 de 19 de septiembre de 2012, con efectos a partir del 2 de agosto de del mismo año.

Para la liquidación de la pensión de invalidez se tuvo en cuenta: (i) sueldo básico y (ii) prima de antigüedad, señalados en los Decretos Nos. 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

El señor Arco Ortega estaba vinculado a la Fuerza Pública en condición de Soldado Voluntario desde el 06 de marzo de 2001 al 06 de marzo de 2002; es decir, en la vigencia del Decreto 1794 de 2000, y cuando entró en vigencia el Decreto 3770 de 2009, este ya era Infante Profesional, condición que obtuvo a partir del 06 de julio de 2002 hasta el 2 de agosto de 2012.



El actor devengó en servicio activo el subsidio familiar hasta el momento de su retiro y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado al demandante se debe incluir el subsidio familiar como partida computable, y por ello se dio aplicación a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, y se ordenó que además de las sumas ya tenidas en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación se adicione el subsidio mencionado.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 105-113)

El apoderado de la parte demandada cuestionó el fallo apelado reiterando los argumentos expuestos en su contestación y añadió que el artículo 188 del C.P.A.C.A. establece que se dispondrá sobre la condena en costas, pero no establece la obligación de imponerlas.

No se puede dar una interpretación cerrada de la norma, sino una interpretación armónica, y por ello, antes de condenar en costas se debe estudiar la actitud de la parte vencida en el proceso de conformidad con lo establecido en el C.G.P.

En el presente asunto, no existió temeridad o mala fe en las actuaciones de la entidad, pues se limitó a ejercer la defensa de los derechos de la misma.

La misma norma señala que se abstendrá de condenar en costas cuando se ventile un interés público, como lo es el posible desmedro del erario público.

Adujo que la Corte Constitucional ha señalado que no se viola el principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, cuando existen motivos suficientes para regular prestaciones sociales contenidas en normas especiales.

Los oficiales y suboficiales comparten una característica principal con los Soldados e Infantes de Marina Profesionales, consistente en pertenecer a las Fuerzas Militares, pero entre ellos existen diferencias en las funciones que cada uno realiza, lo cual justifica la diferencia entre salarios y prestaciones.

El demandante ostentaba la calidad de Infante de Marina, por ello no puede ser beneficiario del subsidio familiar en su pensión de invalidez, contemplada exclusivamente para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

VI. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 21 de noviembre de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 124), y por providencia de 13 de febrero de 2018 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 128).



La parte demandante no alegó de conclusión; la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en su recurso de apelación (f. 131 – 138) y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

VIII. - CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

El artículo 153 del C.P.A.C.A dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de los autos susceptibles de ese medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

El recurso que se resuelve en la presente providencia corresponde a la apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena dentro de la acción de la referencia.

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

8.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si el actor tiene derecho a que se le incluya en su asignación de retiro el subsidio familiar como partida computable y si la condena en costas debe imponerse con un criterio subjetivo.

8.3. Tesis de la Sala

El demandante sí tiene derecho a que se le incluya el subsidio familiar previsto en el Decreto 4433/04 para los oficiales y suboficiales como partida computable en su asignación de retiro, en aplicación del principio de igualdad.



La condena en costas en vigencia del CPACA y el C.G.P., deben imponerse con base en un criterio objetivo.

8.4. Marco jurídico y jurisprudencial.

El ordenamiento jurídico, mediante la Ley 131 de 1985, dispuso una serie de normas sobre el servicio militar voluntario, en lo relacionado con el ingreso, beneficios y obligaciones respectivas, donde se destaca lo consignado en su artículo 4, el cual establece:

"ARTICULO 4º. 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."

De esta forma, se observa, que las personas que decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas, como soldados voluntarios, los cuales están definidos por el deseo de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, a diferencia del soldado profesional, que es aquel entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio¹, tenían derecho, en vigencia de la norma referenciada, a una bonificación mensual, equivalente al salario mínimo legal más un sesenta por ciento (60%) de dicho valor.

Posteriormente, mediante Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000, los regímenes prestacionales de los soldados profesionales y los voluntarios fueron asimilados, de conformidad con el artículo 42 de tal preceptiva, que indicó:

"ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales."

La anterior disposición a su vez, debe ser interpretada conforme a lo establecido en el Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, que en su artículo 1º señala:

"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. 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%)."

¹ Sobre la diferencia de soldados voluntarios y profesionales, ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 11 de junio de 2009. Expediente 2311-08. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.



La Ley 923 de 2004 señala las normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política. Esta Ley estableció la posibilidad que los soldados profesionales devengaran una asignación de retiro.

Por su parte, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, dispone que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años tendrán derecho a que CREMIL les pague una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mensual de que trata el numeral 13.2.1, más el 38.5% de la prima de antigüedad, así:

ARTÍCULO 16. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado 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.

El numeral 13.2.1 del artículo 13 ibídem dispone:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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





8.4.1. Marco normativo y jurisprudencia sobre condena en costas en vigencia del C.P.A.C.A., y el C. G. P.

La doctrina define el concepto de **costas procesales** como los gastos que se deben sufragar en el proceso, e incluye **1) las expensas** que son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, tales como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, etc., y **2) las agencias en derecho** que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez puede reconocer a favor de la parte vencedora.

El Código General del Proceso, siguiendo esa conceptualización estableció en el artículo 361 lo siguiente:

"Artículo 361. Composición. Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho".

En cuanto a las costas procesales el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A., establece:

"Condena en costas. 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."

Del artículo mencionado se infiere, en primer lugar, que en los procesos en que no se ventile un interés público no se dispondrá sobre la condena en costas y establece que en los demás casos, en la sentencia el juez "**dispondrá sobre la condena en costas**", esto es, se pronunciará sobre la materia indicando si procede o no dicha condena.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P. establece:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.





4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

En la jurisdicción contencioso administrativa se han adoptado históricamente varios criterios relacionados con la condena en costas a la parte vencida que van desde la prohibición de dicha condena, a la autorización de la misma atendiendo la conducta procesal de la parte vencida (criterio subjetivo), hasta llegar a la adopción de un criterio objetivo.

Este Tribunal ha venido acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia que, recientemente, en sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra, explicó la evolución normativa de la condena en costas y adoptó criterios para su aplicación, que se transcriben en extenso:

"De la condena en costas"

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁸ 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 atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3° y 4° del artículo 366 del CGP,⁹ y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado¹⁰ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.° de la ley 1123 de 2007.¹¹

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.¹²

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.¹³

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.¹⁴

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

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

a. Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales.¹⁵

Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC,¹⁶ modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.¹⁸

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.¹⁹ 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 1999,²⁰ en la cual se precisó lo siguiente: 16

" [...] 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.²¹



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.²²

c. 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.

En efecto, desaparece de la actual regulación la obligación de tener "[...] en cuenta la conducta asumida por las partes [...]". Es decir, en este caso el legislador introduce una modificación en la redacción que no puede pasar desapercibida para el intérprete, dada la misma evolución normativa y jurisprudencial ya reseñada.

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. [...]" (negritas fuera de texto).

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto,²³ 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 (...).





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.

Este Tribunal acoge y prohíja los criterios expuestos en la sentencia transcrita, y los aplicará al caso en estudio.

8.5. Caso concreto.

8.5.1. Lo probado en el proceso

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probado lo siguiente:

- El demandante laboró al servicio de la Armada Nacional por 11 años 6 meses y 20 días, así: servicio militar desde el 06 de marzo de 2001 hasta el 06 de marzo de 2002; Alumno Infante de Marina Profesional: desde el 08 de marzo de 2002 hasta el 05 de julio de 2002; Infante de Marina Profesional: desde el 06 de julio de 2002 hasta el 02 de agosto de 2012 (f. 42).
- El demandante, en actividad, devengaba sueldo básico, subsidio familiar y prima de antigüedad (f. 42).
- Mediante orden administrativa No. 469 de 02 de agosto de 2012, el Ministerio de Defensa retiró del servicio activo de la Armada Nacional al demandante (f. 40).
- Mediante Resolución No. 7064 de 2012, el Ministerio de Defensa le reconoció una pensión de invalidez al accionante, y para su liquidación tuvo en cuenta el sueldo básico y la prima de antigüedad (f. 61 -63).



- El 11 de febrero de 2015 solicitó la liquidación de su pensión con la inclusión del subsidio familiar; solicitud que fue denegada mediante oficio OFI15-14358 MDNSGDAGPSAP del 27 de febrero de 2015 (f. 6).

8.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

- La entidad accionada señaló, en resumen, la partida correspondiente al subsidio familiar no puede ser computada para la liquidación de la asignación de retiro del actor, porque el Decreto 4433 de 2004 no establece el subsidio familiar como base del ingreso de liquidación de la asignación de retiro.

No obstante lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia de once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014), estableció que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 viola el principio de igualdad al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que sí se incluye para la de los Oficiales y Suboficiales, con apoyo en los siguientes argumentos:

"Por otra parte, en lo que tiene que ver con la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto viola el principio de igualdad al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que sí se incluye para la de los Oficiales y Suboficiales, la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, en un asunto idéntico al que ocupa la atención de la Sala, concluyó que no existe justificación para dicho trato desigual y, por lo tanto, la citada disposición debe ser inaplicada.

Al efecto, dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado: "La Asignación de Retiro REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ. 26... De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad. El derecho a la igualdad ... La Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el "subsidio familiar" es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales "(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.", es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión. Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.





Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita. En consecuencia, se tutelará el derecho fundamental a la igualdad y en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Narces López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01.

De la jurisprudencia transcrita, que esta Sala prohija, se desprende que si al momento del retiro del soldado profesional, devengaba subsidio familiar, se le debe tener en cuenta al momento de liquidar su asignación de retiro.

En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia proferida en 27 de octubre de 2016, radicada 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14), C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

En el proceso quedó demostrado que el demandante devengaba subsidio familiar durante su servicio activo, y por ello debe ser tenido en cuenta para liquidar su asignación de retiro.

- Por último, en vista de que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para condenar en costas se debe aplicar un criterio objetivo, al resultar vencida la parte demandada en primera instancia, el juez debió condenarlo en costas, y como así lo hizo se confirmará en ese sentido la sentencia apelada.

Para la Sala no es de recibo el argumento del apelante consistente en que no se debe condenar en costas, porque se está ventilando un interés público como lo es el detrimento del erario público, porque en el presente caso se discuten derechos de carácter personal y no general como lo es la reliquidación de la pensión del actor.

8.6 Condena en costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.



En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el Juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de 14 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Tercero del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: Condénase en costas procesales en segunda instancia a la parte demandada, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, dando aplicación a los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CUARTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE LOS MAGISTRADOS


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE