

95

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2016-00652-00
DEMANDANTE: OMAR EULICER GÓMEZ ARANDA
**DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL -.**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Omar Eulicer Gómez Aranda, identificado con C.C. N°. 79.583.999 expedida en Bogotá, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“1) Se declare la Nulidad del Acto Administrativo 2016-56719 del 23 de Agosto de 2016, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), mediante el cual negó el reajuste del porcentaje de la partida de Subsidio Familiar que se viene liquidando en la asignación de retiro de mi poderdante.

2) A título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a reajustar el porcentaje de la Partida de subsidio familiar que se le está computando en la asignación de retiro de mi poderdante, esto es: del 18,75% al 62,5% de la asignación básica. Porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo.

3) Se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

4) Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el mismo instante en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 Y 195 CPACA (Sentencia C- 188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

5) Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

6) Ordenar a la entidad Demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se transcriben:

*“1. El Soldado Profesional **OMAR EULICER GOMEZ ARANDA**, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años.*

2 De conformidad a lo establecido en el artículo 11° del decreto 1794 mediante Orden Administrativa de Personal el Comando del Ejército Nacional le reconoció y pagó a mi poderdante, una partida de Subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.

3. Previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley 923 de 2004 y del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro a mi poderdante, mediante Resolución No. 9959 del 5 de Diciembre de 2014.

4. En la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad a los dispuesto en el artículo 1° del decreto 1162 de 2014, le viene computando la partida de subsidio familiar, en un porcentaje del 18,75% de la asignación básica, correspondiendo a un 30%,

ab

de lo que tenía reconocido al momento del retiro que era del 62,5%, de la asignación básica.

5. El Legislador dejó establecido en el artículo 13.1.7 del decreto 4433 de 2004, que el subsidio familiar sería computado en la liquidación de las asignaciones de retiro en el porcentaje que se tenía reconocido al momento del retiro.

6. Mi poderdante presentó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro, del 18,75% al 62,5% de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional, radicado N° 20160067834 del 09 de Agosto de 2016.

7 La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dio respuesta al derecho de petición presentado por mi poderdante mediante acto administrativo No. 2016-56719 del 23 de Agosto de 2016, negando el incremento del porcentaje de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante.”.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos preámbulo y los artículos 1°, 4°, 13°, 42, y 53 de la Constitución Política de Colombia.

De orden legal y reglamentario: Artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004, artículos 2, 5 y 13.1.7 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte actora considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, como quiera que al existir disparidad normativa entre lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 de 2014, debe aplicarse el principio de favorabilidad, y en tal sentido, debe reconocérsele al demandante el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro en la proporción que se le venía reconociendo al momento del retiro definitivo del servicio, esto es, en un 62.5% de la asignación básica, según lo ordena el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, el cual le es aplicado a los miembros de las Fuerzas Militares, salvo a los soldados profesionales, lo que evidencia una discriminación frente a ellos.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en memorial visible a folios 69 a 73, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual argumenta que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no contempla el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro en tratándose de soldados profesionales, por tanto, para el caso del demandante debe dársele a aplicación a lo dispuesto en el numeral 1º del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014. Agrega que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la caja, y como quiera que en el folio correspondiente al actor no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, es imposible incluirse dicho emolumento como partida computable para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro. Finalmente, advierte, que no existe vulneración al derecho a la igualdad, en tanto que los soldados profesionales no tienen la misma categoría y grado que los demás miembros de las Fuerzas Militares (Oficiales y Suboficiales).

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, y decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante. Ratificó todos los hechos y pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Reiteró los fundamentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Solicitó se nieguen las pretensiones del libelo demandatorio, y en caso contrario, no se condene en costas a la entidad demandada.

Ministerio Público: Solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda por existir violación de normas legales y violación al derecho a la igualdad.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *“Si el señor Omar Eulicer Gómez Aranda tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, le reajuste su asignación de retiro, teniendo en cuenta el subsidio familiar en un porcentaje equivalente al 62.5%, porcentaje este que el demandante tenía al momento del retiro del servicio”*.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. El señor Omar Eulicer Gómez Aranda prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado regular desde el 02 de mayo de 1991 hasta el 07 de noviembre de 1992. Posteriormente se vinculó como soldado voluntario desde el 15 de abril de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003 y a partir del 01 de noviembre del mismo año se incorporó como soldado profesional siendo dado de alta el 30 de enero de 2015 (folio 7).
2. Mediante Resolución N°. 9959 de 05 de diciembre de 2014¹, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro al demandante.
3. El día 09 de agosto de 2016, el señor Omar Eulicer Gómez Aranda, mediante apoderado judicial, presentó derecho de petición² ante la Caja de retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, en el cual solicitó la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje determinado en el artículo 13 1.7 del Decreto 4433 de 2004.

¹ Folios 8-9.

² Folios 4-5.

4. La entidad demandada mediante Oficio Consecutivo N°. Cremil 67834 consecutivo 2016-56719 de 23 de agosto de 2016³, decidió negar la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del demandante.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

- Del subsidio Familiar

Se tiene que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece las partidas computables para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro en favor de los soldados profesionales, así:

“13.2 Soldados Profesionales:

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

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

De la norma citada se infiere inequívocamente que el subsidio familiar no es una partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; sin embargo, el Consejo de Estado, en recientes pronunciamientos⁴, ha indicado que el precitado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (arriba citado) vulnera el derecho a la igualdad, como quiera que establece un trato diferenciado respecto de los soldados profesionales sin que exista razón justificable. Al respecto dicha corporación, en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, expresó:

³ Folio 6.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, sentencia de 29 de abril de 2015, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicado N°. 11001-03-15-000-2015-00801-00, Actor: José Edgar Moncada Rangel, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, C.P. Dra. María Elizabeth García González, Radicado N°. 2014-02292-01, Actor: Omar Enrique Ortega Flórez.

“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 la 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...
(...)”*

Ahora bien, mediante el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014⁵, se dispuso que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina profesionales de las Fuerzas Militares tendrán derecho a que se les incluya como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez el 30% del valor devengado por concepto de subsidio familiar. En efecto, el contenido literal de la mencionada norma dispone lo siguiente:

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor, el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”.

No obstante, lo anterior, el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014⁶ (anterior al Decreto 1162 de 2014), creó el Subsidio Familiar para Soldados Profesionales que no percibieran dicho factor regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009,

⁵ “Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”.

⁶ “Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones”.

empero, en la referida norma, respecto de la inclusión de del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, se dispuso lo siguiente:

“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

Atendiendo lo aquí expuesto, se advierte que existe una divergencia entre el porcentaje sobre el cual se debe liquidar el subsidio familiar en la asignación de retiro que perciben los soldados profesionales, toda vez que el decreto 1161 de 2014 determinó que es el 70%, mientras que el Decreto 1162 estableció que es el 30%, por lo tanto, si se aplicará el criterio de interpretación “*lex posterior derogat priori*”, que hace referencia a que la ley posterior deroga la ley anterior, debería el despacho aplicar lo dispuesto en esta última norma; sin embargo, y atendiendo a que la discrepancia normativa recae sobre disposiciones de carácter laboral, debe, en aplicación del principio de favorabilidad normativa contenido en el artículo 53 de la Constitución Nacional, aplicarse aquella que sea más benéfica al trabajador, es decir, el Decreto 1162 de 2014.

En consecuencia, en las asignaciones que perciben los soldados e infantes de marina profesionales, debe incluirse el subsidio familiar en la proporción que indica el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014, esto es, en un porcentaje equivalente al 70% de lo percibido por dicho emolumento en actividad.

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el demandante prestó sus servicios en el Ejército Nacional desde el 02 de mayo de 1995. De igual manera, se observa que laboró como soldado voluntario desde el 15 de abril de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003; y en condición de soldado profesional desde el 01 de noviembre del mismo año hasta el 30 de enero de 2015 (folio 7).

Igualmente, está demostrado en el proceso que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la Resolución N°. 9959 de 05 de diciembre de 1994, le reconoció al señor Omar Eulicer Gómez Aranda, una asignación mensual de retiro, así:

“- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5) de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.”

Que mediante derecho de petición de fecha 09 de agosto de 2016, el actor solicitó a la entidad demandada el reajuste subsidio familiar, atendiendo a la errónea forma de liquidación (folios 4-5); la cual fue denegada mediante Oficio N°. Consecutivo 2016-56719 de 21 de agosto de 2016 (folio 6).

En este orden de ideas, considera el despacho que el señor **Omar Eulicer Gómez Aranda** tiene derecho a que el rubro de subsidio familiar incluido como partida computable para efectos de reliquidar la asignación de retiro, le sea reajustado en el porcentaje determinado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014, esto es, con el 70% de lo que por dicho concepto se devengue en actividad. Se precisa que no se ordenara la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje 62.5% en los términos del Decreto 4433 de 2004, según lo pretendido con la demanda, pues de hacerlo así, no solo se desconocería lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014, sino que con ello se vulneraría el principio de favorabilidad, dado que esta última norma es más beneficiosa al demandante.

Prescripción

Respecto de la prescripción, el despacho se acoge a la tesis expuesta por el Consejo de Estado, que discurrió:

*“(…)
Ahora bien, en desarrollo de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la República de Colombia, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y en su artículo 43 dispuso: “Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones revistas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.”*

De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional 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, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional

(...)⁷".

Conforme lo anterior, el Decreto 4433 de 2004 al regular la prescripción, excedió los límites establecidos por la Ley 923 de 2004, razón por la cual se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968⁸, el cual consagra que "El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años".

Atendiendo lo dispuesto en las normas precitadas, se tiene que en el presente caso, la prescripción se interrumpió con la reclamación presentada por el señor Omar Eulicer Gómez Aranda ante CREMIL, el día **09 de agosto de 2016**, lo que quiere decir, que a la luz de la norma transcrita, que las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al **09 de agosto de 2012**, se encontrarían prescritas; sin embargo, como la asignación de retiro le fue reconocida al demandante a partir del **30 de enero de 2015**, no hay lugar a declarar la prescripción de derechos.

⁷ Consejo de Estado. sala de lo contencioso administrativo, sentencia de 4 de septiembre de 2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. 25000-23-25-000-2007-00107-01 (0628-08), demandante: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo y demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁸ "Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares".

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL-, pagará al demandante las sumas que resulten a favor de éste, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

COSTAS

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que "salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"⁹.

En sentencia de 20 de enero de 2015, Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, en relación con la norma antes citada expuso que contiene un verbo encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento.

⁹ 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:
(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste 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. (...)

¹⁰ Expediente No. 4593-2013, actor Ivonne Ferrer Rodríguez, Consejero Ponente doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia, precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...*en que haya controversia...*” y “...*sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.¹¹

¹¹ Postura que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Sección segunda. Subsección "B". Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ. Bogotá, D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00534-01(3650-14). Actor: MARIA ELENA MENDOZA SOTELO. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del Oficio N°. CREMIL 67834 consecutivo 2016-56719 de 23 de agosto de 2016, proferido por la Jefe de Oficina Asesora jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro al señor OMAR EULICER GÓMEZ ARANDA, identificado con C.C. N°. 79.583.999 expedida en Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** deberá reajustar y pagar al señor OMAR EULICER GÓMEZ ARANDA, identificado con C.C. N°. 79.583.999 expedida en Bogotá, el Subsidio Familiar en el porcentaje determinado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014, como partida computable de la asignación de retiro, conforme todo lo expuesto en la parte motiva, a partir del **30 de enero de 2015**.

CUARTO. La entidad demandada deberá pagar la diferencia causada entre el salario percibido y el incremento aquí ordenado, según la formula expuesta en la parte motiva del presente proveído.

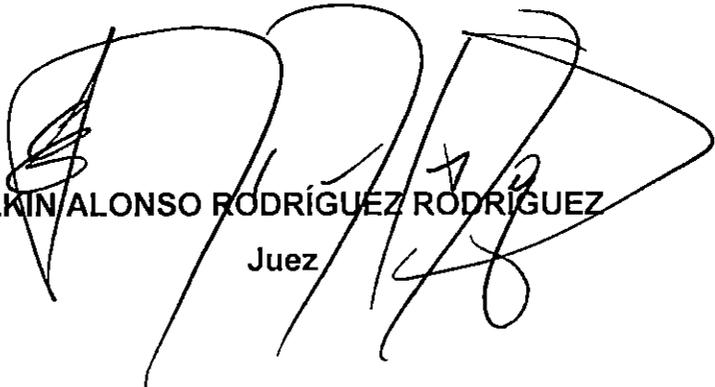
QUINTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

SEXTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez