



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez**

Bogotá D.C., 21 de junio de 2018

**Radicación:** 25001-23-42-000-2014-01352-01  
**Número interno:** 2924-2016  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** Luis Alfonso Soto Gil  
**Demandado:** Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL

**Ley 1437 de 2011**

**Sentencia O-099-2018**

**ASUNTO**

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 23 de abril de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

El señor Luis Alfonso Soto Gil en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

## **Pretensiones<sup>1</sup>**

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución 1699 del 19 de junio de 2009, por la cual el director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al capitán de navío ® Luis Alfonso Soto Gil a partir del 11 de junio de 2009, en cuantía del 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado.

2. Declarar la nulidad del Oficio 320 Certificado CREMIL 98965 del 19 de noviembre de 2013, a través del cual la entidad demandada negó la reliquidación de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

3. Ordenar el reconocimiento y pago a favor del demandante, las sumas dejadas de cancelar de manera retroactiva, a partir del 11 de julio de 2009 y que se ordene la reliquidación de la asignación de retiro, en la que se tenga en cuenta el último sueldo básico devengado como juez de inspección de la Armada Nacional, incluyendo la totalidad de los factores salariales como son: antigüedad, subsidio familiar, duodécima parte de la prima de navidad, prima especial de servicios (prima de carácter familiar), prima anual de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios y bonificación por actividad judicial en cuantía del 78%, conforme al Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

4. Aplicar la indexación sobre los valores adeudados desde que se hicieron exigibles hasta su pago total.

5. Las sumas reconocidas deberán ajustarse de acuerdo con la previsión sobre intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia, conforme se indicó en el fallo C-183 del 24 de marzo de 1999 de la Corte Constitucional.

---

<sup>1</sup> Folios 91 y 92

## 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 precisar el objeto del proceso y de la prueba.<sup>2</sup>

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:

### 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<sup>3</sup>.

En el presente caso a folio 193 y cd que obra a folio 191, en la etapa de excepciones previas se indicó lo siguiente:

«[...] En relación con las excepciones de **COSA JUZGADA, CONCILIACIÓN, CADUCIDAD, TRANSACCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA**, señaladas en el numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A., no se encuentra acreditada su configuración dentro del plenario, razón por la cual no se declara su prosperidad. [...]» (Mayúsculas y negrillas del texto).

---

<sup>2</sup> Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

<sup>3</sup> Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

### **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.<sup>4</sup>

En el *sub lite* a folios 193 a 194 y cd que obra a folio 191, se fijó el litigio respecto de los hechos relevantes, los fundamentos fácticos en los que se advierte divergencia y el problema jurídico de la siguiente forma:

#### **Hechos relevantes:**

«[...] 1. Que el señor Luis Alfonso Soto Gil laboró por más de 22 años al servicio de la Armada Nacional (Ministerio de Defensa), de los cuales 21 de ellos han sido a la Justicia Penal Militar.

2. Nació el día 26 de abril de 1961 y a la fecha de interposición de la demanda contaba con más de 52 años de edad.

3. Por Resolución No. 799 del 12 de marzo de 2009 fue retirado del servicio activo de forma temporal con pase a la reserva, por solicitud propia.

4. Por Resolución No. 1699 del 19 de junio de 2009 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció la asignación de retiro, a partir del 11 de julio de 2009, en cuantía del 78% del sueldo en actividad correspondiente a su grado de Capitán de Navío.

5. El 4 de septiembre de 2012 solicitó el reconocimiento de su asignación de retiro considerando el último salario devengado como Juez de Inspección de la Armada Nacional, incluyendo la totalidad de los factores salariales, petición que fue denegada por el Oficio 320 CREMIL 98965 del 19 de

---

<sup>4</sup> Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

noviembre de 2013, la entidad demandada negó la anterior solicitud. [...]»  
(Mayúsculas del texto).

### **Fundamentos fácticos en los que se advierte divergencia según la fijación del litigio**

«[...] en cuanto a si al demandante, como miembro de la fuerza pública, le puede ser aplicable un régimen prestacional diferente al previsto en el Decreto Ley 4433 de 2004 a pesar de haber laborado para la Justicia Penal Militar, dado el caso cual (sic) sería ese régimen y a que (sic) monto llegaría su asignación de retiro. [...]»

### **Problema jurídico fijado en el litigio**

«[...] se contrae a determinar, conforme al régimen aplicable, cuales (sic) son los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la asignación de retiro, reconocida al demandante en su último cargo como Juez de Inspección de la Armada Nacional. [...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

## **SENTENCIA APELADA<sup>5</sup>**

El *a quo* profirió sentencia escrita, en la cual accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Analizó la normativa respecto del retiro de oficiales y suboficiales previsto en el Decreto 1211 de 1990, así como el régimen prestacional tanto en la citada norma como en el Decreto 4433 de 2004, para concluir que como el demandante prestó sus servicios en la justicia penal desde el 23 de noviembre de 1988, se le aplica un régimen prestacional especial contenido en los artículos 77 y 165 del Decreto 1211 de 1990, que regularon la remuneración para el personal militar que preste sus servicios en la justicia penal, en el sentido de señalar que devengarán una asignación

---

<sup>5</sup> Folios 247 a 260.

correspondiente al cargo siempre que esta no será inferior a la del grado de militar.

Se apoyó en los comprobantes de nómina aportados, con el fin de señalar que el demandante devengó en el último año de servicios factores que no habían sido tenidos en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, motivo por el cual, le asistía el derecho a que se le reliquidara la asignación de retiro con los factores salariales devengados como juez de inspección, incluyendo para tal efecto: sueldo básico, primas, prima Decreto 2863 de 2007, prima sin carácter salarial y una doceava de las primas de navidad, servicios, vacaciones y bonificación por servicios.

Respecto de la prima Decreto 2863 de 2007 y la prima sin carácter salarial *el a quo* indicó que si bien es cierto, no se encuentran contempladas como factor salarial en las normas que las prevén, en acatamiento a la reiterada jurisprudencia de esta Corporación y en virtud a que el demandante demostró percibir las de forma periódica, inaplicó los artículos 3 del Decreto 2863 de 2001, 4 del Decreto 673 de 2008 y 4 del Decreto 737 de 2009, al considerar que van en contra de los principios fundamentales el artículo 53 Constitucional.

Por tanto: i) declaró la nulidad parcial de la Resolución 1699 del 19 de junio de 2009, mediante la cual se reconoció asignación de retiro al demandante; ii) declaró la nulidad del Oficio CREMIL 98965 320 del 19 de noviembre de 2013; iii) ordenó a CREMIL a reliquidar la asignación de retiro del señor Luis Alfonso Soto Gil, tomando como factores salariales el sueldo básico efectivamente percibido como juez de inspección de la Armada Nacional, con la inclusión de la prima Decreto 2863 de 2007, prima sin carácter salarial y una doceava de las primas de: navidad servicios, vacaciones, así como la bonificación por servicios, a partir del 11 de julio de 2009 sin que haya lugar a declarar la prescripción cuatrienal de mesadas, toda vez que la asignación de retiro se reconoció a partir del 11 de julio de 2009 y la petición de reliquidación se presentó el 4 de septiembre de 2012 y; iv) ordenó dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

## RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>

La parte demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar, negar las pretensiones invocadas en el libelo introductor, conforme los argumentos que a continuación se exponen:

En primer lugar, realizó un resumen de lo ocurrido en el proceso y afirmó que al momento de reconocer la asignación de retiro del demandante dio aplicación a los requisitos y presupuestos previstos para tal efecto en la normativa especial, es decir en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, el cual difiere de otros sistemas de pensiones, por lo que no puede pretender el señor Soto Gil tomar lo más favorable de cada régimen, lo cual viola flagrantemente el principio de inescindibilidad.

Por otro lado indicó que, en el evento en que el demandante desee que se le reconozca la prestación en calidad de juez de inspección de la Armada Nacional en el Justicia Penal Militar, deberá acogerse a una pensión de jubilación y no a una asignación de retiro en calidad de militar en retiro, la cual deberá reconocer el Ministerio de Defensa, momento en el cual se le extinguirá la asignación de retiro, pues no es posible que perciba la asignación de retiro y una pensión de jubilación, por el mismo tiempo de servicio.

Afirmó que la prestación reconocida quedó consolidada bajo el imperio del Decreto 4433 de 2004, razón por la cual no le son aplicables modificaciones de otras normas, aunado a ello, los estatutos que regulan las prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales han tipificado unas remuneraciones específicos a quienes reúnen unos requisitos especiales y que se encuentren en servicio activo, ello no puede considerarse como factor salarial computable para efectos de asignación de retiro, máxime cuando se es beneficiario de una asignación de retiro.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**Parte demandante<sup>7</sup>:** Reiteró que la entidad demandada violó de forma directa el precepto mínimo fundamental de favorabilidad, pues al estimar que

---

<sup>6</sup> Folios 264 a 268.

<sup>7</sup> Folios 319 a 320.

el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se refiere al salario básico del grado, lo cual no lo preceptúa la norma y procedió a acoger el concepto menos favorable para el demandante, pues es claro que el salario a tenerse en cuenta para el reconocimiento, es el sueldo básico real devengado.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal<sup>8</sup>.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>9</sup>, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>10</sup>, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

### **Problema jurídico**

---

<sup>8</sup> Ver constancia secretarial obrante a folio 321.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

1. ¿El demandante tiene derecho a que su asignación de retiro se le calcule con base en una asignación mensual percibida en su último cargo como juez de inspección de la Armada Nacional?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante tiene derecho a que el reconocimiento de la asignación se efectúe con fundamento en el sueldo de actividad correspondiente a su cargo como juez de inspección de la Armada Nacional y no en el que devengaba como capitán de navío, con base en los siguientes argumentos.

### **De la asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares**

La asignación de retiro es una prestación de naturaleza económica que surge de la relación laboral administrativa existente entre el Estado y los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), quienes al cese definitivo de la prestación de sus servicios se hacen acreedores, en tanto cumplan con los requisitos legalmente determinados, al reconocimiento y pago en forma mensual y vitalicia de una determinada suma de dinero que tiene como finalidad garantizar, al menos, la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador retirado y las de su familia.

En esos términos, la asignación de retiro resulta ser la consagración de un sistema pensional especial para la Fuerza Pública y, por lo tanto, una de las formas en que se materializa el derecho a la seguridad social en este sector, lo que determina que constituya un derecho fundamental irrenunciable de conformidad con lo previsto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Ahora bien, el Decreto 1211 de 1990 «Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares», respecto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro en su artículo 163, previó:

«ARTICULO 163. ASIGNACION (sic) DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de 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 cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO (sic) 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO (sic) 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.» (Subrayas de la Sala).

En cuanto a la liquidación de las prestaciones por retiro, la mencionada norma previó:

ARTICULO 158. LIQUIDACION (sic) PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO (sic). Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.»

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 que, en lo pertinente, preceptuó:

«Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 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, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a

calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, 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, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.» (Subrayas de la Sala).

Respecto de las partidas computables a tener en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, el artículo 13 de la precitada normativa, preceptuó:

## «TITULO II

### ASIGNACION (sic) DE RETIRO Y PENSION (sic) DE SOBREVIVIENTES DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES

#### CAPITULO I

#### **Asignación de retiro**

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.» (Negrillas fuera de texto).

En lo atinente al reconocimiento de la asignación de retiro a los miembros de la Fuerza Pública que al momento del retiro se encuentren desempeñando cargos en el Ministerio de Defensa, el artículo 39 *ibidem* señaló:

«Artículo 39. Asignación de retiro o pensión en situaciones especiales. La asignación de retiro o pensión de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Soldados Profesionales y Agentes en servicio activo que al momento del retiro o de la invalidez o muerte, se encuentren destinados en comisión en el exterior o desempeñando cargos en el Ministerio de Defensa Nacional, en las entidades descentralizadas, adscritas o vinculadas a este o en otras dependencias oficiales cuyos cargos tengan remuneraciones especiales, se liquidarán de conformidad con las partidas computables establecidas en el presente decreto, como si se encontrara destinado en el Comando de Fuerza respectivo o en la Dirección General de la Policía Nacional.»

De conformidad con la normativa anteriormente citada, es dable afirmar que los oficiales y suboficiales que se retiren a solicitud propia después de veinte años de servicio, tienen derecho a partir de la fecha en que terminen los tres meses de alta, se les pague una asignación mensual de retiro con las partidas computables previstas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Por su parte, el Decreto 1211 de 1990, respecto a la jerarquía de las Fuerzas Militares consagró varios grados para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y Justicia Penal Militar, así:

«TITULO II  
DE LA JERARQUIA (sic), CLASIFICACION (sic), ESCALAFON (sic),  
INGRESO, FORMACION (sic) Y ASCENSO  
CAPITULO I

[...]

ARTICULO 5o. JERARQUIA. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Estatuto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

[...]

ARMADA

- a. Oficiales de Insignia: Almirante, Vicealmirante, Contraalmirante
  - b. Oficiales Superiores: Capitán de Navío, Capitán de Fragata, Capitán de Corbeta
  - c. Oficiales Subalternos: Teniente de Navío, Teniente de Fragata, Teniente de Corbeta. [...]
- (Resaltado fuera de texto).

Y señaló una clasificación según sus funciones, contenida en el artículo 8 del mencionado Decreto:

«CAPITULO II  
DE LA CLASIFICACION (sic) Y ESCALAFON (sic)  
ARTICULO 8o. CLASIFICACION (sic). Según sus funciones los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifican, así:

I. OFICIALES

[...]

ARMADA

- a. Oficiales del Cuerpo Ejecutivo
- b. Oficiales del Cuerpo de Infantería de Marina
- c. Oficiales del Cuerpo Logístico
- d. Oficiales del Cuerpo Administrativo [...]. (Subrayas ajenas al texto).

En el artículo 15 de la mencionada preceptiva, se definió a los oficiales del cuerpo administrativo, así:

«Son Oficiales del Cuerpo Administrativo en las Fuerzas Militares los profesionales con título de formación universitaria conforme a las normas de educación superior vigentes en todo tiempo, escalonados en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea con el propósito de ejercer su profesión en las Fuerzas Militares, o los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que

habiendo obtenido el referido título, soliciten servir en el Cuerpo Administrativo.»

A partir de la vigencia del Decreto 1790 de 2000, «Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares», en el artículo 27 también se señaló que son oficiales del cuerpo de Justicia Penal Militar en las Fuerzas Militares, los profesionales con título de abogado, escalafonados en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, con el fin de ejercer funciones de magistrados, jueces militares, fiscales militares, auditores de guerra y funcionarios de instrucción.

Ahora bien, el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en consideración al ejercicio de las especiales funciones que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar, fue previsto como un régimen prestacional especial, contenido en el Decreto 1211 de 1990, por el que, como ya se precisó, se reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y este estatuto en sus artículos 77, 158, 165 y 166, reguló la remuneración especial y la liquidación y pago de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que presten sus servicios en la Justicia Penal Militar, de la siguiente manera:

«ARTICULO 77. REMUNERACIONES ESPECIALES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que desempeñen cargos en el Ministerio de Defensa Nacional, en los organismos descentralizados adscritos o vinculados a éste o en otras dependencias oficiales cuyos cargos tengan remuneraciones especiales, devengarán la asignación correspondiente al cargo, siempre que no sea inferior a la del grado.

Las primas, y subsidios que les correspondan como militares, con excepción de la prima para Oficiales del Cuerpo Administrativo de que trata el artículo 96 de este Decreto, se liquidarán y pagarán sobre el sueldo básico del grado y serán de cargo del Ministerio de Defensa.

PARAGRAFO (sic) 1o. Ningún Oficial o Suboficial, podrá devengar una remuneración total superior a la fijada para los Ministros del Despacho y los Jefes de Departamento Administrativo, por concepto de sueldo básico y gastos de representación. Cuando la remuneración total del Oficial o Suboficial supere el límite fijado anteriormente, el excedente deberá ser deducido de las primas que le correspondan como militar.

PARAGRAFO (sic) 2o. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que desempeñen cargos en la Justicia Penal Militar y en su Ministerio Público, se les liquidaran (sic) y pagarán sus haberes, en la siguiente forma:

a. Las primas que como militares les corresponda, a excepción de la Prima para Oficiales del Cuerpo Administrativo de que trata el artículo 96.

b. El sueldo del respectivo cargo en cuantía que sumada con las primas anteriores iguale las asignaciones establecidas en las disposiciones vigentes sobre la materia, de tal manera que las primas, bonificaciones y sueldos no, sobrepasen las asignaciones correspondientes a los cargos que desempeñan.

c. Para efectos del límite de la remuneración, a este personal se le aplicará (sic) lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 78 de 1990 o normas que los sustituyan, modifiquen o adicionen.

PARAGRAFO (sic) 3o. Las entidades pagadoras del Ministerio de Defensa que cubran las primas y subsidios, descontarán las sumas correspondientes a los porcentajes a que haya lugar con destino a la Caja de Vivienda Militar y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidadas sobre el sueldo básico correspondiente al grado del Oficial o Suboficial.» (Resaltado de la Sala).

Y en cuanto a su liquidación preceptuó:

«ARTICULO 165. PRESTACIONES POR RETIRO O MUERTE EN SITUACIONES ESPECIALES. Las prestaciones sociales de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren o sean retirados durante el desempeño de comisiones en el exterior, o mientras se encuentren disfrutando de las remuneraciones especiales a que se refiere el artículo 77 de este Decreto, serán las correspondientes al grado respectivo y se liquidarán y pagarán (sic) sobre la base de los haberes que percibirían si se encontraran prestando sus servicios en la guarnición de Bogotá.

En caso de muerte del Oficial o Suboficial que se encuentre en las situaciones especiales a que se refiere este artículo, se procederá en igual forma para el reconocimiento de las prestaciones a favor de sus beneficiarios.» (Subrayas fuera de texto).

Al realizar un análisis de la normativa citada en precedencia, es dable afirmar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, prevé que para liquidar la

asignación de retiro debe tenerse en cuenta, entre otros, la partida que denominó sueldo básico, además, que no es procedente incluir en tal liquidación ninguna partida correspondiente a primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, adicionales a las expresamente allí consignadas.

Por su parte, el artículo 77 del aludido Decreto 4433 de 2004, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que desempeñen cargos en el Ministerio de Defensa Nacional, siempre y cuando tengan remuneraciones especiales, devengarán la asignación correspondiente al cargo, siempre y cuando no sea menor al grado.

Ahora bien, en sentir de la entidad recurrente, la asignación de retiro que le fue reconocida al demandante fue liquidada en cumplimiento del ordenamiento legal, pues ordenó su liquidación con fundamento en el sueldo básico del grado, tal y como lo dispone el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, efectuar una liquidación conforme la ordenó el *a quo* sería ir en contra del principio de la inescindibilidad de la ley.

Bajo las anteriores precisiones normativas, procede la Subsección a verificar si en efecto, se debe ordenar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante con la inclusión de las partidas computables que devengó durante toda su vinculación a la Armada Nacional en la Justicia Penal Militar: En efecto, de acuerdo con lo probado en el proceso, conforme a la hoja de servicios (folios 63 a 69), las certificaciones laborales obrantes a folios 61 y 220, los respectivos nombramientos y actas de posesión (folios 2 a 19 y 26 a 27) el demandante prestó sus servicios por 21 años y 11 meses y desempeñó los siguientes cargos:

- i) En calidad de alumno oficial de la Armada Nacional entre el 10 de agosto al 1 de diciembre de 1987 (folio 62)
  
- ii) En la Justicia Penal Militar desde el 5 de diciembre de 1988 hasta su retiro por la terminación de la comisión, el 11 de abril de 2009 (folio 61), así:

- Auditor auxiliar de guerra 80 grado 17, adscrito al Comando de la Fuerza Naval del Sur, se posesionó el 5 de diciembre de 1988 (folios 2 y 3).
- Auditor auxiliar de guerra grado 17, adscrito a la Base de Entrenamiento de Infantería de Marina, se posesionó el 19 de diciembre de 1990 (folios 4 y 5).
- Juez 104 de instrucción penal militar, se posesionó el 20 de enero de 1992 (folios 6 y 7).
- Juez 40 de instrucción penal militar, se posesionó el 17 de enero de 1994 (folios 8 y 9).
- Juez 102 de instrucción penal militar, se posesionó el 6 de febrero de 1996 (folios 10 y 11).
- Auditor de Guerra de Fuerza Naval, se posesionó el 14 de agosto de 2000 (folio 12).
- Auditor de Guerra de Fuerza Naval, se incorporó mediante Resolución 140 del 19 de febrero de 2002 (folio 61).
- Auditor de Guerra de Fuerza Naval, se incorporó mediante Resolución 140 del 19 de febrero de 2002 (folio 61).
- Fiscal penal militar ante el Juzgado 1º Instancia Fuerza Naval del Pacífico, se posesionó el 17 de enero de 2005 (folios 13 y 14).
- Juez de primera instancia de la Fuerza Naval del Pacífico, en provisionalidad y hasta por 6 meses, se posesionó el 23 de enero de 2007 (folios 15 y 16).
- Juez de inspección de la Armada Nacional, se posesionó el 15 de septiembre de 2008 (folios 17 y 18).

En este punto, la Subsección considera necesario resaltar que de conformidad con lo previsto en el Decreto 2550 de 1988<sup>11</sup> «por el cual se expidió el nuevo Código Penal Militar», los cargos de juez de instrucción

---

<sup>11</sup> Vigente a la fecha de posesión del demandante en la justicia penal militar.

penal militar, jueces de primera instancia<sup>12</sup>, auditor de guerra auxiliar<sup>13</sup>, y fiscal penal militar, son cargos que pertenecen a la jurisdicción penal militar<sup>14</sup>. Así mismo, en los términos del artículo 77 del Decreto 1211 de 1990, como se explicó en precedencia, los cargos de la jurisdicción penal militar pueden desempeñarse por oficiales y suboficiales en servicio activo.

iii) Mediante Resolución 799 del 12 de marzo de 2009, se retiró del servicio activo con pase a la reserva, a partir del 11 de abril de 2009, por solicitud propia (folio 19).

iv) Conforme a lo anterior, a través de Resolución 1699 del 19 de junio de 2009, proferida por el director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se reconoció a favor del demandante, asignación de retiro, a partir del 11 de julio de 2009, en cuantía equivalente al 78% del sueldo básico de actividad para el grado (folios 20 y 21).

En el numeral 3 de la parte considerativa del citado acto administrativo, se indicó:

«[...] Que de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los Artículos 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004, el militar arriba mencionado tiene derecho al reconocimiento de una Asignación de Retiro en cuantía del 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, cuyos valores deben liquidarse de acuerdo al sueldo básico, según lo dispuesto en el Decreto 737 de 2009, [...]». (Subraya fuera de texto)

v) El día 4 de septiembre de 2012, el señor Luis Alfonso Soto Gil elevó petición ante el Ministerio de Defensa, con el fin de que le fuera reconocida

---

<sup>12</sup> «Artículo 356. QUIENES SON FUNCIONARIOS DE INSTRUCCIÓN (sic). Son funcionarios de instrucción penal militar:

[...]

3. Los jueces de primera instancia.

4. Los jueces de instrucción penal militar.»

<sup>13</sup> «Artículo 358. FUNCIONES. Los auditores de guerra superior, principal y auxiliar son asesores jurídicos de los jueces de primera instancia: deben rendir los conceptos que ellos le soliciten, elaborar los proyectos de decisión y asesorar los consejos verbales de guerra.

Todos sus proyectos y conceptos deben ir firmados y no son de forzosa aceptación.»

<sup>14</sup> «Artículo 362. QUIENES EJERCEN EL MINISTERIO PÚBLICO (sic). El ministerio público ante la justicia penal militar se ejerce por:

[...]

3. Los fiscales del Tribunal Superior Militar.

4. Los fiscales de los jueces de primera instancia.

5. Los fiscales de los consejos verbales de guerra. »

pensión de jubilación con el 75% del salario devengado, acorde con lo preceptuado en el Decreto 1214 de 1990 (folios 22 a 25).

vi) La anterior petición, fue negada por medio de Resolución 2338 del 14 de junio de 2013, al considerar que había ingresado a la Armada Nacional en calidad de oficial, por lo que el régimen aplicable eran los Decretos 1211 de 1990, 1790 de 2000 y 4433 de 2004, no el Decreto 1214 de 1990 del cual solicitaba su aplicación (folios 32 y 33 vuelto).

vii) Posteriormente, el 1 de noviembre de 2013 el exmilitar Soto Gil, solicitó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, la reliquidación de la asignación de retiro, teniendo en cuenta el último salario básico devengado como juez de inspección de la Armada Nacional, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos, a partir del 11 de julio de 2009, en cuantía del 78% (folios 34 a 44).

viii) La entidad demandada negó la anterior petición, mediante Oficio 320 CREMIL 98965 del 19 de noviembre de 2014, con base en los siguientes argumentos:

«[...] 1. El inciso segundo del artículo 217 de la Constitución Nacional, en su tenor literal reza “*La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio (...)*”.

El decreto (sic) 1211 de 1990 en el artículo 169 contempla el principio de oscilación en los siguientes términos: “*las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se tomarán teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. **Los oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulan ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley***”.

2. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, teniendo en cuenta su competencia funcional, le reconoció asignación de retiro al Señor Capitán de Navío (RA) **LUIS ALFONSO SOTO GIL**, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Decreto Ley 4433 de 2004, normatividad

especial del régimen de las Fuerzas Militares vigente a la fecha de retiro del Oficial referido, normas que de manera expresa y clara, indican las partidas computables y el porcentaje de liquidación, que se tiene en cuenta para el reconocimiento de la prestación.

3. La asignación de retiro es una prestación que se rige en su integridad, por las disposiciones de la normatividad del régimen especial de las Fuerzas Militares y aplicar mecanismo, formulas (sic) o sistemas de liquidación diferentes, equivaldría a desconocer normas de rango superior y se estaría aplicando un sistema prestacional distinto al establecido para la Fuerza Pública, toda vez que no es viable la aplicación del régimen de las Fuerzas Militares con el de la Justicia Penal Militar, situación que desconocería el principio de inescindibilidad.

Por las razones anteriormente expuestas, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no atiende favorablemente su solicitud de reajuste de la asignación de retiro del señor Capitán de Navío (RA) **LUIS ALFONSO SOTO GIL**, por los conceptos expuestos, toda vez que la prestación fue reconocida teniendo en cuenta la normatividad dispuesta para ese fin y el régimen prestacional de las Fuerzas Militares no ha sido modificado ni derogado y ésta Entidad por su misión y naturaleza seguirá dando aplicación estricta a lo dispuesto en la normatividad referida, salvo disposición legal o judicial en contrario. [...]» (Cursiva, negrillas, mayúsculas del texto).

ix) Que acorde con las constancias de pagos de nómina entre agosto de 2008 y julio de 2009, visibles de folios 46 a 60, el aquí demandante percibió salario básico como juez de inspección, primas, prima Decreto 2863 de 2007, prima de navidad, prima de vacaciones y prima sin carácter salarial.

En virtud de la relación probatoria que antecede, se realizan las siguientes conclusiones:

- En el *sub examine* se demostró que el demandante tenía derecho a devengar asignación de retiro, toda vez que tenía más de 20 años de servicio y su dimisión se produjo por voluntad propia.
- Al momento de su desvinculación, el militar se retiró del servicio activo por solicitud propia, el día 11 de abril de 2009 y consolidó su derecho a devengar asignación de retiro el 11 de julio de 2009 (por los tres meses de alta), por lo que la norma que se encontraba vigente y era aplicable a su caso, es el Decreto 4433 de 2004, estatuto que regula

las prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

- Que durante toda su vinculación a la Armada Nacional el señor Luis Alfonso Soto Gil, desempeñó cargos en la Justicia Penal Militar nombrado por el Ministerio de Justicia.
- El reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, se efectuó con base en los artículos 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y su liquidación se realizó de acuerdo al sueldo básico, conforme a lo previsto en el Decreto 737 de 2009.

Así las cosas, en el presente caso, la demandada al momento de liquidar la asignación de retiro reconocida al peticionario, consideró que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, hacía referencia al salario del grado que ostentaba el demandante al momento del retiro, sin embargo, no era dable hacer tal distinción, pues si bien es cierto, al juez le está permitido interpretar la ley que aplica, también lo es, que esta no puede ir en contra del trabajador. En este sentido, mal podía, en sentir de esta Subsección, agregar un componente a la norma que no se encontraba expresamente consignado, como lo era el de entender que la preceptiva al hacer relación al sueldo básico se estaba refiriendo al sueldo de actividad correspondiente a su grado.

En igual sentido, en un caso similar al aquí estudiado, esta Corporación<sup>15</sup> consideró:

«[...] Así las cosas, mal podía la demandada al momento de realizar la liquidación de la asignación de retiro de la demandante, efectuarla con fundamento en el sueldo del grado que ostentaba al momento del retiro, pues de conformidad con el artículo 77 del Decreto 1211 de 1990, anteriormente transcrito, durante todo el tiempo que estuvo en servicio activo, la peticionaria devengó la asignación que le correspondía según el

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 29 de junio de 2011. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00670-01(0552-10).

cargo que venía desempeñando ante la Justicia Penal Militar, motivo por el cual su asignación de retiro debía liquidarse con el monto real que percibía al momento de su retiro, esto es el sueldo básico que recibía como Magistrada del Tribunal Penal Militar.

[...]

Ahora bien, es del caso señalar que si bien es cierto de conformidad con la Hoja de Servicios 1011/287 sin fecha, proferida por la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, el sueldo básico computable para la asignación de retiro ascendía a un monto de \$1.607.610, valor que fue tenido en cuenta por la demandada, también lo es que el mismo documento señala que el sueldo básico que percibía la peticionaria señora Mayor ® Marycel Arturo Plaza ascendía a un monto de \$3.864.759, valor éste, que era el debía ser el tenido en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro que le fuera reconocida, pues este monto es el que efectivamente percibía como Magistrada del Tribunal Superior Militar. [...]»

Conforme a lo anteriormente señalado, es viable acceder a la reliquidación de la asignación de retiro del señor Luis Alfonso Soto Gil, con el salario realmente devengado como juez de inspección de la Armada Nacional y no como capitán de navío.

En este punto, resalta la Sala que el aquí demandante después de ser alumno de la Armada Nacional, se vinculó (5 de diciembre de 1988) a la Justicia Penal Militar y desempeñó varios cargos de juez de instrucción penal militar, juez de primera instancia, auditor de guerra auxiliar y fiscal penal militar, lo que significa que acorde con lo previsto en el artículo 77 del Decreto 4433 de 2004, devengó la asignación correspondiente al cargo, y no, al grado como oficial de la Armada Nacional.

Respecto del argumento aludido en el recurso de apelación por la parte demandada en el sentido de que ordenar la reliquidación del demandante, atenta contra el principio de inescindibilidad, cabe precisar que no se está dando aplicación a una normativa diferente, solo se efectúa la interpretación de la norma, en el sentido de que cuando el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 prevé « sueldo básico» se refiere es al sueldo de actividad correspondiente a su cargo y no a su grado.

Aunado a ello, se ordena la reliquidación en virtud a la concordancia que debe existir entre los aportes realizados y lo efectivamente reconocido, dado

que estos se efectuaron en virtud a los emolumentos que devengó durante todo el tiempo que se desempeñó en la Justicia Penal Militar, no obstante, la entidad al momento del reconocimiento de la prestación lo hizo con base en partidas del grado, y, se reitera, lo percibido por el demandante siempre fue acorde a su cargo y no a su grado, por lo que los aportes fueron efectuados de acuerdo con lo recibido.

**En conclusión:** Es procedente la reliquidación de la asignación de retiro a favor del señor Luis Alfonso Soto Gil, teniendo en cuenta el último sueldo básico con la inclusión de las partidas computables, devengadas como juez de inspección de la Armada Nacional, toda vez que se demostró que siempre se desempeñó en la Justicia Penal Militar y percibió los factores ordenados por el *a quo*, acorde con el cargo para el cual fue nombrado.

### **Decisión de segunda instancia**

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la asignación de retiro, tal y como lo consideró el *a quo*.

### **De la condena en costas**

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez<sup>16</sup> sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- 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.

---

<sup>16</sup> Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>17</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la entidad demandada en segunda instancia y a favor de la parte demandante, toda vez que resulta vencida, dado que no prosperaron los argumentos del recurso de alzada y el demandante intervino en el trámite de la segunda instancia tal como lo señala el ordinal 1.º artículo 365 del Código

---

<sup>17</sup> «**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, inmediateamente 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: [...]»

General del Proceso. Las costas serán liquidadas por el *a quo* en atención a lo preceptuado en el artículo 366 del citado código.

**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 del 23 de abril de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Luis Alfonso Soto Gil contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

**Segundo:** Condenar en costas en esta instancia a la entidad demandada y a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el *a quo*.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa «Justicia Siglo XXI».

### **Notifíquese y cúmplase**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

