



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

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá, D.C., 5 de abril de 2018

Radicación: 25000-23-42-000-2015-06499-01
Número interno: 0155-2017
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ramón Gerardo Moncayo Trujillo
Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-039-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Ramón Gerardo Moncayo Trujillo 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 Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

Fundamentos fácticos¹

Se resumen de la siguiente manera:

1.- A través de la Resolución 443 de 27 de enero de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al demandante la asignación de retiro en su calidad de coronel retirado, con novedad fiscal de 12 de marzo de 2014.

2.- Señaló que a partir del año 1997 los incrementos legales anuales decretados por el Gobierno Nacional para la Fuerza Pública han estado por debajo del índice de precios al consumidor consolidados por el DANE, sin que se haya reajustado su salario y la asignación de retiro en los porcentajes legales determinados por el IPC, lo cual, genera un detrimento real e innegable en el poder adquisitivo de la prestación de coronel.

3.- Indicó que el 8 de junio de 2015, presentó petición ante la entidad demandada, en la que solicitó la reliquidación y reajuste de los salarios, primas, vacaciones, prestaciones sociales y la asignación de retiro con base en el IPC, la cual, fue denegada a través del acto administrativo demandado.

Decisiones relevantes en la audiencia inicial

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.² En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. 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:

¹ Folios 13 a 15

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

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 corregirlo³.

En el presente caso en el CD que obra a folio 94, el *a quo* señaló lo siguiente respecto de las excepciones:

«[...] Al no encontrarse probado ningún medio exceptivo de los enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, ni advertirse el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 162 del CPACA, se procede a continuar con el curso de la audiencia [...]»

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

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

En el *sub lite* a folios 96 a 99 y CD a folio 94, en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de las pretensiones y el problema jurídico, así:

Pretensiones

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

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

«[...] La parte actora solicita (fls 15-17) que se declare la nulidad del oficio 20155660531181 MDN-CGFM-COEJ-CEJEM-JEDEH-DIPER-NOM 1.10 de 12 de junio de 2015 (fl. 7) mediante la (sic) se le negó el reajuste del sueldo y asignación de retiro con los porcentajes del IPC desde 1997 hasta que se consolide el pago; igualmente, solicita declarar la nulidad del acto ficto negativo del Ministerio de Defensa a través del cual se entiende que negó el reajuste solicitado (sic)

A título de restablecimiento del derecho pide condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a reliquidar y pagar, en forma indexada los salarios y prestaciones laborales teniendo en cuenta el IPC desde el 01 de enero de 1997 hasta el 30 de junio de 2014; que se reliquide la asignación de retiro incorporando los porcentajes del IPC dejados de incluir en la asignación básica desde 1997 hasta la fecha de pago efectivo (sic); que se condene a la entidad accionada al pago de costas procesales; que la entidad cumpla la sentencia e los términos de los artículos 176- 178 del CCA (sic) [...]»

Problema jurídico fijado en el litigio.

«[...] se debe determinar si el demandante tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro y de las demás prestaciones laborales devengadas en actividad, con base en el IPC desde 1997 a 2014 –año de retiro del servicio activo-, con fundamento en las Leyes 100 de 1993, artículos 14 y 279 y 238 de 1995; y que dicho reajuste incida posteriormente en la asignación de retiro que el demandante tiene reconocida [...]»

SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia en la audiencia inicial, en la cual denegó las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, realizó un recuento de la normativa que regula el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública e indicó que con anterioridad a la vigencia del Decreto 4433 de 2004

⁵ Folios 99 a 107 y Cd que contiene la audiencia inicial que obra a folio 94

fue posible reajustar las asignaciones de retiro de algunos miembros de las Fuerzas Militares y aplicar el IPC entre los años 1996 a 2004 debido a las circunstancias particulares correspondientes a la inflación.

Indicó que al demandante se le reconoció su asignación de retiro en el año 2014 en virtud del Decreto 4433 de 2004, bajo el denominado principio de oscilación, el cual consiste en que las asignaciones de retiro se liquidan con las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones devengadas por el personal de actividad de conformidad con cada grado; incrementos que son fijados anualmente por el Gobierno Nacional.

Por tanto, expuso que el reajuste con la aplicación del IPC entre los años 1996 a 2004 solo se presenta al personal retirado y no al personal activo de las Fuerzas Militares, y en esa medida toda vez que el demandante durante dicho período se encontraba activo en la Armada Nacional, no tiene derecho a que sus salarios se reliquiden con base en el IPC.

RECURSO DE APELACIÓN⁶

La parte demandante solicitó revocar la sentencia de primera instancia por considerar que se vulneró su derecho a la igualdad al no reconocer a los integrantes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo el IPC para los años 1996 a 2004 en las mismas condiciones de los retirados a quienes se les reconoció la asignación de retiro.

Indicó que el reajuste salarial es de carácter obligatorio por disposición constitucional y legal y en el presente asunto a su juicio es procedente la reliquidación en la medida que el reajuste realizado en servicio activo en algunos casos se encuentra por debajo del IPC del año correspondiente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

⁶ Folios 110 a 112

Parte demandante⁷: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada⁸: Ratificó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en segunda instancia, como se observa a folio 139.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, se hace necesario precisar, que de conformidad con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹⁰, el juez de

⁷ Folios 133 y 134

⁸ Folios 135 a 138

⁹ 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.

¹⁰ «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.»

segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación.

Problema jurídico

¿Se vulneró el derecho a la igualdad del demandante por no reajustar su asignación de retiro reconocida en el año 2014 con los porcentajes del índice de precios al consumidor desde 1997 hasta el 2014?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: No se vulneró el derecho a la igualdad del demandante, por las razones que se explican a continuación:

Reajuste de la asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor «IPC»

El método de reajuste tradicionalmente utilizado para las liquidaciones y reajustes de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional lo constituye el principio de oscilación¹¹, según el cual, las asignaciones de retiro tendrán en cuenta la totalidad de las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones que se devengan en actividad, «con base en la escala gradual porcentual» decretada por el Gobierno Nacional», esto con el fin de garantizar la igualdad de remuneración a quienes han cesado en la prestación de sus servicios.

Sin embargo, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 con la adición de la Ley 238 de 1995 señala como excepciones al sistema integral de seguridad social las siguientes:

¹¹ Para el nivel ejecutivo de la Policía Nacional consagrado en el artículo 56 del Decreto 1091 de 1995

«[...] El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

«[...]»

PARAGRAFO. 4º- Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados [...]» (Subrayas de la Subsección).

A su vez, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 indica:

«[...] **ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno”. (Se subraya).

Esta Sección en sentencia del 17 de mayo del 2007¹² afirmó que:

«[...] Por consiguiente, no existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el decreto 1212 de 1990, o sea mediante la oscilación

¹²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia 17 de mayo de 2007, Consejero Ponente Jaime Moreno García, número interno: 8464-2005.

de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad.

[...] a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem. [...]»

En efecto, esta Corporación en la sentencia citada y en reiterada jurisprudencia¹³ determinó:

1.- Con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 (26 de diciembre de 1995 fecha de su publicación), las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 presentaron una modificación consistente en que a los pensionados de los sectores allí contemplados, entre ellos los de las Fuerzas Militares y Policía Nacional¹⁴, en virtud del principio de favorabilidad¹⁵ y conforme a los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 se les podía reajustar la asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior certificado por el DANE y la mesada 14, respectivamente, siempre que el incremento realizado por el Gobierno Nacional en los decretos anuales de las asignaciones en actividad de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sea inferior.

2.- En vigencia de la Ley 238 de 1995 el reajuste por favorabilidad de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conforme al índice de precios al consumidor señalado en el artículo

¹³ Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A sentencia 5 de mayo de 2016, Consejero Ponente William Hernández Gómez, número interno: 1640-2012; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A sentencia 27 de enero de 2011, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, número interno: 1479-2009; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A sentencia 4 de marzo de 2010, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno: 0479-2009

¹⁴ La Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 afirmó que la asignación de retiro se asimilaba a las pensiones de vejez o de jubilación,

¹⁵ Frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990.

14 de la Ley 100 de 1993 en cada caso concreto aplica desde el año de 1996 hasta el 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

3.- El reajuste conforme al IPC, incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional y debe servir para la liquidación de los incrementos que a partir del año 2005 se efectuaran sobre dicha prestación.

En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrada en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es, el 1.º de enero de 2005 deben tener en cuenta el incremento de la variación porcentual del índice de precios al consumidor de los años 1996 a 2004.

En el presente asunto, al demandante quien se desempeñaba como Coronel de la Armada Nacional, le fue reconocida la asignación de retiro mediante la Resolución 0443 de 22 de enero de 2014 (folios 65 a 68), efectiva a partir del 12 de marzo de 2014 en cuantía del 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo tiempo al momento del retiro efectivo, con las partidas y porcentajes de los artículos 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004.

El 8 de mayo de 2015 (folios 2 a 5) el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC para los años 1996 en adelante y hasta la fecha del pago efectivo.

La entidad demandada a través del Oficio demandado (folio 7), denegó las pretensiones del demandante, con base en los siguientes argumentos:

«[...] de acuerdo a la Ley 4 de 1992 y demás normas invocadas por usted, me permito comunicar que no es posible atender de forma favorable su solicitud por conducto de esta dependencia, debido a que la Sección de

nómina del Ejército (sic) presupuesta las partidas incluidas en el sistema de informática del Ministerio de Defensa, las cuales de acuerdo al Decreto anual de sueldos expedidos por el mismo Ministerio, no contempla el reconocimiento de dicho incremento bajo los parámetros solicitados en su petición [...]»

De lo anterior se colige que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectuó conforme al principio de oscilación, esto es, con la asignación básica de un Coronel en servicio activo para el año 2014, con los porcentajes del artículo 14 y las partidas señaladas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

En esa medida, como lo señaló el *a quo*, el reajuste de la asignación de retiro de acuerdo con los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, es decir, con base en el IPC de los años 1997 a 2004 «en los años en que el incremento sea menor», se aplicó para los pensionados o retirados de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional y no para el personal activo, en la medida que como se indicó con anterioridad a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

Ahora, manifiesta el demandante que a su juicio se vulneró el derecho a la igualdad de los miembros de la Fuerza Pública que para los años 1997 a 2004 se encontraban activos frente a los retirados y que se les reconoció asignación de retiro en el mismo período, lo cual, se analizará de la siguiente manera:

Derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política regula dos dimensiones del derecho a la igualdad: (i) la formal o ante la ley, que se fundamenta en que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y por ende deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación; y la (ii)

material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.¹⁶

Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente, sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional¹⁷ ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y, (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

Igualmente, la Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la igualdad es un mandato complejo, bajo los siguientes términos:

«[...] De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

¹⁷ Ibidem.

ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. [...]»¹⁸

Así las cosas, para determinar si el *sub lite* es un caso de vulneración del derecho a la igualdad, lo que primero que se debe estudiar es si el demandante se encuentra en una situación igual a la de los pensionados ya descritos; escenario que no se presenta en el caso *sub examine*, por lo siguiente:

- Las decisiones judiciales respecto de los coroneles retirados antes del año 2004, en las cuales se reajustaron la asignaciones de retiro con base en el IPC correspondiente a los años 1997 a 2004, se fundamentaron en que la entidad pagadora en algunos de esos años incrementó la mesada pensional en un porcentaje inferior al IPC, es decir, no hace alusión al personal activo de la institución.
- El demandante detenta una situación fáctica diferente a los demás retirados que refiere, pues ellos obtuvieron el reconocimiento de su asignación de retiro antes del año 2004 y, el demandante en el año 2012.
- La base de liquidación es una sola y su cálculo se realiza al momento en que se reconoce la prestación con base en el salario que percibían al momento del retiro. Una vez reconocida la asignación de retiro, la misma cada año es incrementada en un porcentaje igual a la del personal en actividad para cada grado.
- En efecto, el monto de la asignación de retiro del demandante fue determinado por los valores percibidos al momento del retiro, es decir, lo percibido cuando se encontraba en el servicio activo y que fue certificado por la Armada Nacional. Por lo tanto, la Caja de Retiro de

¹⁸ Sentencia C-178/14.

las Fuerzas Militares en el reconocimiento de la asignación de retiro solo determina el porcentaje y las partidas computables, sobre las cuales se liquida la misma.

- No está acreditado que a otra persona en la misma situación a la que se encuentra el demandante se le hubiese brindado un trato diferente. Lo cual supone, a su vez, la imposibilidad de determinar el *tertium comparationis*¹⁹ que menciona la Corte Constitucional, como uno de las etapas para definir la vulneración alegada.

En conclusión: El demandante no se encuentra en una situación igual a la de los coroneles a quienes les fue reconocida la asignación de retiro antes del año 2004. En su lugar, tanto al demandante como aquellos se les aplicó la base de liquidación que correspondía, según el momento en que se les reconoció la asignación de retiro.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas.

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez²⁰ 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:

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008.

²⁰ 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.

- 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 CGP²¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

²¹ “**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:(...)”

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

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condena en costas en segunda instancia al demandante, toda vez que resulta vencido en esta instancia y la entidad demandada intervino dentro del trámite de la segunda instancia, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor Ramón Gerardo Moncayo Trujillo contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional.

Segundo: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional; las cuales se liquidarán por el *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ