

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-002-2020-00042-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>MARLON JAVIER DÍAZ SIERRA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<i>Subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesional, aplicación de los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad del 8 de junio de 2017 que revive los efectos del Decreto 1794 de 2000.- modifica sentencia en la parte resolutive.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada<sup>1</sup>, contra la sentencia proferida el veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)<sup>2</sup>, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>3</sup>.

#### 3.1.1 Pretensiones<sup>4</sup>

- Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No. 20190423330199031:MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM 1,10 del 24 de abril de 2019, expedido por la Armada Nacional por medio del cual negó el derecho solicitado por el actor.
- Que se inaplique por inconstitucionalidad el inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 (parcial) y el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014.
- Que en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reliquidar el salario mensual del demandante con un incremento del 20%, es decir, del 40% al 60% adicional al salario que devenga; así como los factores salariales adicionales de liquidación y las prestaciones sociales periódicas, a partir del 25 de diciembre de 2009, fecha en la cual ingresó a las Fuerzas Militares, de manera indexada y junto con los intereses causados.

<sup>1</sup> Pdf 24 exp. 1ra instancia

<sup>2</sup> Pdf 21 exp. 1ra instancia

<sup>3</sup> Folio 1-38 pdf 02 exp. 1ra instancia

<sup>4</sup> Folio 2-4 pdf 02 exp. 1ra instancia

13001-33-33-002-2020-00042-01

- Que se ordene la reliquidación retroactiva del subsidio familiar devengado por el actor, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pagando las diferencias que resulten, de manera indexada y con los intereses que en derecho corresponda, a partir del 25 de diciembre de 2009, fecha en la cual ingresó a las Fuerzas Militares.

### 3.1.2 Hechos<sup>5</sup>

La parte actora relató que, una vez culminado el curso de formación, ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia en el año 2009, ostentando el cargo de infante de marina. Al respecto, indicó que, su régimen salarial inició bajo la aplicación de los Decretos 1793 y 1694 de 2000 siéndole reconocida, desde su vinculación un salario básico equivalente a 1 smlmv incrementado en un 40%.

Señaló que, está en unión marital de hecho con la señora Mayerlis Flores Arias, con quien tiene dos hijos, por lo que le es reconocido subsidio familiar equivalente al 23% de su asignación básica, conforme al Decreto 1161 de 2014.

Adujo que, el 23 de abril de 2019 solicitó ante la accionada la reliquidación salarial teniendo en cuenta la diferencia entre lo devengado por dicho concepto frente al valor reconocido a otros soldados profesionales, quienes perciben una asignación básica de 1 smlmv incrementado en un 60%. La petición anterior fue resuelta mediante acto administrativo No. No. 20190423330199031:MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM 1,10 del 24 de abril de 2019, en el cual se negó lo pedido, bajo el argumento de que no fue incorporado al servicio como soldado voluntario, sino como soldado profesional.

Expuso que, en la misma respuesta le fue denegado la reliquidación del subsidio familiar pues a juicio de la entidad, no era procedente aplicar el Decreto 1794 de 2000.

### 3.2 CONTESTACIÓN<sup>6</sup>.

La entidad demandada, se opuso a todas las pretensiones formuladas en la demanda, dado que lo pedido carece de fundamento jurídico, pues los actos demandados se encuentran cobijados bajo la presunción de legalidad, y no se demuestra la existencia de vicios que puedan afectarlo.

Manifestó que, el Decreto 1794 de 2000 establece el régimen salarial y prestaciones para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, estatuto bajo el cual se vinculó el actor, y que contempla como

<sup>5</sup> Folios. 4-5 pdf 02 exp. 1ra instancia

<sup>6</sup> Pdf 13 exp. 1ra instancia

13001-33-33-002-2020-00042-01

asignación salarial de quienes se vinculan como soldados profesionales un SMLMV incrementado en un 40%. Dicha norma señala un incremento del 60% sobre el salario mínimo solo a quienes antes estuvieron vinculados como soldados voluntarios, que no es el caso del actor, toda vez que se trata de un infante de Marina Profesional, que se rige por el inciso primero del Dto. 1794 de 2000.

Igual suerte corre la petición de subsidio familiar, toda vez que la unión marital que dice tener surge desde 2014, esto es en vigencia del Decreto 1161 de 2014, sin que sea dable aplicar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por cuanto la declaratoria de nulidad opera solo para situaciones jurídicas no consolidadas.

Propuso como excepciones de fondo las siguientes: (i) presunción de legalidad del acto acusado; (ii) buena fe; y (iii) innominada.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>**

Por medio de providencia del 29 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda.

*2Primero.- DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20190423330199031: MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-AJDINOM 1-10 de fecha 24 de 30 de abril de 2019, en relación con la negativa del reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar, conforme al Decreto 1794 de 2000, por las razones anotadas en precedencia.*

*Segundo.- Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional, que proceda a reconocer y pagar a favor del actor Marlon Javier Díaz Sierra, la partida de subsidio familiar, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 25 de diciembre de 2009 y hasta la fecha, pudiendo descontar de este valor, las sumas que ya le fueran canceladas por este concepto al señor mismo, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le ha venido reconociendo la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.*

*TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL a pagar a favor del actor, las diferencias a que haya lugar, con ocasión de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 25 de diciembre 2009 y en adelante. (...)*".

Como sustento de su decisión, precisó que, el 25 de agosto de 2016, el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación, con ponencia de la Dra.

<sup>7</sup> Pdf 21 exp. 1ra instancia

13001-33-33-002-2020-00042-01

Sandra Lissette Ibarra Vélez, señaló que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, sin embargo, el actor nunca ostentó la calidad de infante de marina voluntario y en consecuencia, no le resultaba aplicable la prerrogativa que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 toda vez que ingresó a la Armada Nacional a partir del año 2009, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como se indicó en la sentencia aludida, dicha normatividad está encaminada a proteger los derechos adquiridos de los soldados voluntarios regulados por la Ley 131 de 1985, que posteriormente pasaron a ser soldados profesionales, que como ya se indicó, no es el caso del actor.

Frente a la pretensión de reliquidar el subsidio familiar, indicó que en la sentencia del H. Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, mediante la cual se declaró con efectos ex tunc la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, automáticamente quedó vigente el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, como si nunca hubiera salido del ordenamiento jurídico, por lo que al declararse la nulidad del Decreto 3770 de 2009, mediante el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794, hay dos consecuencias inmediatas: de un lado, que ese acto derogado cobra de nuevo vigencia y, de otro lado, que como quiera que la situación jurídica del actor, en relación con el reconocimiento del mentado subsidio familiar, no se encontraba consolidada, sobre la misma, la sentencia de nulidad con efectos ex tunc, tuvo efectos inmediatos.

En ese orden de ideas, consideró que el actor era beneficiario de artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, con fundamento en lo siguiente: *“el demandante no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del mentado Decreto 1794 de 2000, por lo que presentándose el supuesto de hecho que autoriza el reconocimiento y pago del subsidio familiar en vigencia de dicha norma, conforme a lo indicado en la sentencia a la que se hizo alusión en líneas precedentes, resulta meridiano concluir que es dicha normatividad la que se encuentra llamada a regir el reconocimiento solicitado”*.

El Juez, al estudiar la prescripción consideró que la misma no había operado toda vez que se deben contar a partir de la ejecutoria del fallo del 2017, que es cuando se tiene una expectativa real del derecho; por lo que, al haber agotado la reclamación el 23 de abril de 2019, y presentado la demanda el 4 de marzo de 2020, el actor estaba dentro de los 4 años, previstos en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN<sup>8</sup>**

La parte demandada manifestó que el A-quo se pronunció más allá de lo pedido, debido a que este asunto no se trata de reliquidación del subsidio familiar, sino de inaplicación por inconstitucionalidad de la norma bajo la cual le fue reconocido al demandante, esto es, el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual se crea dicha prestación en favor de los Soldados Profesionales a partir del 1 de julio de 2014, pretensión que no tiene cabida.

Agregó que, de acuerdo a las pruebas aportadas se advierte que la solicitud de reconocimiento y pago del subsidio familiar se efectuó en vigencia del Decreto 1161 de 2014, pues la misma hoja de vida señala en los acápite II y VII que el accionante tiene una unión marital de hecho desde 2014, y que su hijo nació el 29 de julio de 2014, hechos que permiten sin lugar a dudas el reconocimiento del subsidio familiar en los términos del Decreto 1161 de 2014, tal como fue concedido mediante la OAP 1050 DE 2014, acto administrativo debidamente ejecutoriado, pues contra el mismo no se interpuso recurso alguno, ni fue controvertido dentro del término de ley ante la jurisdicción contenciosa, lo que nos pone frente a una situación jurídica consolidada, tanto así que el volante de pago da cuenta del valor que se sigue pagando por dicha prestación, situación, que de cara a la jurisprudencia transcrita es excluida de la aplicación de los efectos de la nulidad del Decreto 3770 de 2009.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

El proceso en referencia fue asignado al Tribunal Administrativo de Bolívar, según acta individual de reparto del 29 de noviembre de 2021<sup>9</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de mayo de 2022<sup>10</sup>, habiéndose ordenado la notificación personal del Ministerio público.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

Las partes y el Ministerio Público se abstuvieron de emitir pronunciamiento al respecto.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

<sup>8</sup> Pdf. 24 exp. 1ra instancia

<sup>9</sup> Pdf 07 exp. 2da instancia

<sup>10</sup> Pdf 09 exp. 2da instancia

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

### **5.2 Problema jurídico**

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico se planteará, así:

*¿Hay lugar a la reliquidación del subsidio familiar que percibe el demandante en el porcentaje establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000?*

Para resolver el problema jurídico anterior, la Sala estudiará los efectos del fallo de nulidad del Decreto 3770 de 2009, y, en qué fecha pudo haber adquirido el derecho el demandante, si antes o después de la expedición del decreto 1161 de 2014.

### **5.3 Tesis de la Sala**

La Sala considera que sí hay lugar a la reliquidación del subsidio familiar que percibe el demandante, en el porcentaje establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que su unión marital de hecho se formalizó el abril de 2014, es decir, antes de que entrara en vigencia el Decreto 1161 de 2014; por lo anterior, el demandante es beneficiario de los efectos Ex tunc de la sentencia del 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, que derogó la el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Sin embargo, ordenará la modificación de la sentencia, solo en lo relativo a la fecha desde cuando el actor obtuvo el derecho, puesto que ello no fue desde el momento en el que ingresó, sino desde cuando se declaró la unión permanente de hecho ante las fuerzas militares.

### **5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

De acuerdo con el Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, casado o con unión marital de hecho vigente, tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

13001-33-33-002-2020-00042-01

Esta norma, fue derogada por el Decreto 3770 de 2009, el cual indicó que, sólo los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia de ese decreto estuvieran percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio.

Posteriormente, el Gobierno Nacional volvió a crear el subsidio familiar para los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, con unas nuevas condiciones, consagradas en el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014:

*“ARTÍCULO 1. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, **a partir del 1° de julio del 2014**, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:*

*a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.*

*(...)*

*c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.*

*PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.*

*PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

*PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.*

Por su parte, el Consejo de Estado, al conocer una demanda nulidad simple contra la norma antes mencionada, decidió declararla nula a través de

13001-33-33-002-2020-00042-01

sentencia del 8 de junio de 2017<sup>11</sup>, por considerar que la misma era regresiva. En ese sentido, indicó que los efectos de la decisión eran ex tunc, por lo tanto, se surtía el fenómeno de la reviviscencia del decreto derogado<sup>12</sup>, así:

*“la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado, por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad<sup>13</sup>.*

*Sobre los efectos de los fallos de nulidad, también ha sido abundante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome<sup>14</sup>. Es así que respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, se reitera, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las “afecta”, de manera inmediata<sup>15</sup>.*

*Lo dicho quiere significar que solo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de debate en sede administrativa, ora porque estuvieren demandadas o pudieren serlo ante la jurisdicción contencioso administrativa entre el momento de la expedición del acto y la sentencia proferida. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”<sup>16</sup>.*

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10)

<sup>12</sup> Auto de Aclaración y Adición del ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferido dentro del proceso con Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10). Actor: FUNDACIÓN COLOMBIANA SENTIMIENTO PATRIO DE LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES - SEDESOL

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 41001-23-33-000-2012-00238-01 (0798-14). M.P. William Hernández Gómez.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

<sup>15</sup> Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 1991. Rad. 3151. Sentencia del 23 de marzo de 2001. Rad. 11598. M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

**13001-33-33-002-2020-00042-01**

*El efecto de la sentencia de nulidad de los reglamentos y actos generales frente a las normas derogadas por el propio acto o reglamento que se anula es el de, en principio, revivir la vigencia de la norma derogada siempre que haya vacío normativo, vacío que entorpecería la acción de la administración.*

*Así, el efecto de esa declaratoria es que el acto derogatorio pierde validez y, por ende, las normas que fueron derogadas recuperen sus efectos jurídicos.*

*Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, "revive" los preceptos derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado "reviviscencia"<sup>17</sup>.*

## **5.5 CASO CONCRETO**

### **5.5.1 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

Esta Sala en virtud a su competencia, se pronunciará solo frente a los argumentos que sustentaron el recurso de alzada, consistente en la indebida aplicación del A-quo, de la reliquidación del subsidio familiar que percibe el actor con base en el Decreto 1794 de 2000 y no conforme a los establecido en el artículo 1 del Decreto 1161 del 2014.

Conforme al certificado expedido por la demandada<sup>18</sup>, el actor ingresó al servicio militar el 11 de febrero de 2008, pasando a alumno infante profesional el 13 de octubre de 2009 y finalmente como infante profesional el 25 de diciembre de 2009, encontrándose vinculado a la fecha con la entidad.

De igual forma, se encuentra probado, con base en el extracto de hoja de vida expedido por la Armada Nacional, que el señor Marlon Javier Díaz Sierra, tiene una unión marital de hecho con la señora Mayerlys Flórez Arias, desde el 15 de abril de 2014; y que tiene un hijo de nombre Diego Alejandro Díaz Flórez, nacido el 29 de julio de 2014<sup>19</sup>.

A través del certificado expedido por la División de Nomina de la Armada Nacional, se hace constar que el actor devengó, en el mes de enero de 2019, el subsidio familiar en un porcentaje del 23%<sup>20</sup>.

De acuerdo con lo analizado en el marco normativo de esta providencia<sup>21</sup>, se tiene que, la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 2015. Expediente: 11001-03-06-000-2015-00002-00(2243): M.P. Álvaro Namen Vargas.

<sup>18</sup> Folio 50 pdf 02 exp. 1ra instancia

<sup>19</sup> Folio 52 pdf 02 exp. 1ra instancia

<sup>20</sup> Folio 51 pdf 02 exp. 1ra instancia

<sup>21</sup> Auto de Aclaración y Adición del ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferido dentro del proceso con Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-

13001-33-33-002-2020-00042-01

2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas.

Así las cosas, en el evento del reconocimiento y pago del subsidio familiar al personal activo de soldados e infantes de marina, pueden aplicarse normas diferentes atendiendo la fecha de causación del derecho<sup>22</sup>:

- i) Soldados e infantes de marina que hayan adquirido válidamente el derecho a beneficiarse del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 antes del 1° de julio de 2014, mientras permanezcan en el servicio, tienen derecho al reconocimiento de ese emolumento, equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.
- ii) Soldados e infantes de marina que generen el derecho a partir del 1° de julio de 2014, tienen derecho al subsidio familiar establecido por el artículo 1° del Decreto 1161 de 2014, en los montos y cuantías allí previstos.

En el caso de marras, la Sala advierte que el actor constituyó su unión marital de hecho con la señora Mayerlys Flórez Arias, desde el **15 de abril de 2014**, es decir, antes de la expedición del Decreto 1164 del 24 de junio de 2014, por lo que, en efecto, tiene derecho a que se le aplique el artículo 11 del Decreto

---

10). Actor: FUNDACIÓN COLOMBIANA SENTIMIENTO PATRIO DE LOS SOLDADOS E INFANTES DE MARINA PROFESIONALES - SEDESOL

<sup>22</sup> Sentencia del 27 de octubre de 2021; Radicación número: 11001-03-15-000-2021-04441-01(AC): “Adicionalmente, se observa que las normas en comento dispusieron para el reconocimiento del subsidio familiar el deber de reportar, informar o de presentar la solicitud; no obstante, para el momento en el que el accionante cambió su estado civil al de casado fue en el año 2013, anualidad para la cual, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 –aplicable para tal partida- se encontraba derogado expresamente por el Decreto 3770 de 2009 y, solo hasta finales del año 2017 fue que cobró firmeza la sentencia que declaró la nulidad de esta última norma. Sin embargo, con ocasión del fallo que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 30 de septiembre 2009 con efectos retroactivos, aquella recobró su vigencia, por lo que, resultaba necesario verificar si en el periodo comprendido entre la fecha de celebración del matrimonio -20 de marzo de 2013- y la expedición del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014, se debía reconocer y pagar tal prestación. A su vez, la Sala estima que no resulta de recibo el argumento en virtud del cual se indica que el accionante ya goza del subsidio familiar en virtud del Decreto 1161 de 2014, toda vez que, el hecho que justifica el reconocimiento de la partida se dio con antelación a la fecha de expedición del mencionado decreto, esto es, el 20 de marzo de 2013; por lo que la norma aplicable es el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que se reitera recobró su vigencia con la declaratoria de nulidad de la norma que lo había derogado”.

13001-33-33-002-2020-00042-01

1794 del 2000; y no el Decreto 1161 de 2014, ya que este se le aplica a las personas que adquirieron el derecho después del 1 de julio de 2014.

Por lo tanto, para esta Corporación no es de recibo lo manifestado en la apelación, según la cual, la situación del demandante estaba consolidada en el momento en el que se presentó la demanda, toda vez que se le venía pagando el subsidio familiar conforme al decreto 1161/14 en un 23%; lo anterior, teniendo en cuenta que, el derecho al subsidio familiar no nace en el momento en el que es reconocido, sino, a partir del momento en el cual efectivamente se adquirió.

Así las cosas, esta situación no se dio con el nacimiento del hijo, que ocurrió el 29 de julio de 2014, como trata de plantearse en la apelación, sino, reiteramos, cuando se registra la convivencia de la unión marital, que fue el 15 de abril de ese mismo año. De lo expuesto, se tiene que, desde que obtuvo el derecho hasta el reconocimiento del subsidio familiar, el demandante no devengó dicho factor salarial, situación que generó este proceso, por lo que, no estaba consolidada su situación. En ese sentido, a lo que viene la parte actora ante esta jurisdicción, es a que se rectifique la norma que se le estaba aplicando, no solo a partir de cuándo, sino el monto de la misma

Ahora bien, la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, alega que el fallador de primera instancia se extralimitó en su pronunciamiento, al concederle al actor, más de lo que había pedido en la demanda, toda vez que en el libelo introductorio se había indicado que la finalidad de la misma era que se inaplicara el Decreto 1164 del 24 de junio de 2014 por inconstitucional, por ser contrario a derecho; lo cual no es cierto.

Frente a lo anterior, es preciso indicar que, en efecto, la parte demandante solicitó como pretensión que “se inaplique por inconstitucional el artículo primero del decreto 1161 del 24 de junio de 2014” y que, como consecuencia de ello, “(se) reliquidar(a) retroactivamente el subsidio familiar que devenga el soldado profesional MARLON JAVIER DIAZ SIERRA, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000”

A pesar de lo anterior, esta Corporación considera que la situación enunciada no enerva lo decidido por el operador judicial de primera instancia, como quiera que ciertamente el accionante lo que quiere es que se le aplique el Decreto 1794/00, es decir, la pretensión de la demanda es la misma, solo que el fundamento de derecho utilizado por el abogado defensor fue errado, en la medida en que solicitó que se declarara la inaplicación por inconstitucional del Decreto 1161/14; y no la aplicación de los efectos de la sentencia del 8 de junio de 2017.

13001-33-33-002-2020-00042-01

En ese sentido, razón tiene el Juez *a quo* cuando concluyó que el señor Marlon Díaz era beneficiario del subsidio familiar, en las condiciones ya mencionadas.

A pesar de lo anterior, es necesario en esta instancia hacer algunas precisiones respecto de la condena impuesta en primera instancia; en ese sentido lo primero que se debe indicar, es que el derecho al restablecimiento del derecho no es desde el año 2009, sino desde cuando se creó la unión marital del señor Marlon Javier Díaz Sierra, el cual es el 15 de abril de 2014<sup>23</sup>.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, con las modificaciones aquí mencionadas.

### **5.6 De la condena en costas.**

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que señala, “*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal*”.

Por otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de forma desfavorable el asunto. En este caso, no se condenará en costas, toda vez que las mismas no se encuentran demostradas, tal como lo indica el numeral 8 de la norma *ibidem*.

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

### **VI.- FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, de fecha 29 de octubre de 2021, la cual quedará así:

*Segundo.- Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional, que proceda a reconocer y pagar a favor del actor Marlon Javier Díaz Sierra, la partida de subsidio familiar, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 15 de abril de 2014 y hasta la fecha, pudiendo descontar de este valor, las sumas que ya le fueran canceladas por este concepto al señor mismo, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le ha venido reconociendo la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.*

<sup>23</sup> Ver folio 52 del pdf 02 cdno 1ra instancia

13001-33-33-002-2020-00042-01

*TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL a pagar a favor del actor, las diferencias a que haya lugar, con ocasión de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 15 de abril de 2014 y en adelante.*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

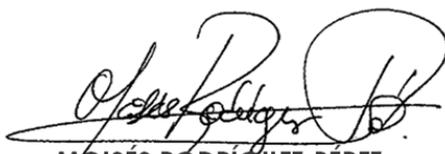
**TERCERO: NO CONDENAR** en costas en esta instancia, por los motivos expresados en este proveído.

**CUARTO: DEUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de registro y radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 016 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

**JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ**  
En uso de permiso<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Concedido mediante Resolución No. 084 del 16 de junio de 2023.