

Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00080-01
Demandante	JAIRO VELANDIA PUENTE
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Tema	Reclamo de intereses moratorios por pago tardío de la reliquidación de las mensualidades pagadas por concepto de subsidio familiar, años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala¹, dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha del 20 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 LA DEMANDA².

A través de apoderado judicial, el señor JAIRO VELANDIA PUENTE, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folios 1-10 del C. Ppal No. 1

13-001-33-33-008-2016-00080-01

3.1.1 Pretensiones³

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo expreso contenido en el Oficio No. 20150423330359271/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015, mediante el cual se da respuesta desfavorable a la petición radicada por el actor, consistente en el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio devengó el actor, durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento de derecho se condene a la accionada a lo siguiente:

- i. Efectuar el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios a favor del actor, causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó, en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desde que cada uno se hizo exigible hasta cuando se realizó su pago total el 12 de septiembre de 2012.
- ii. Reconocer al actor los perjuicios morales y materiales generados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó, en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.
- iii. Que se indexen las sumas reconocidas conforme al art. 187 del CPACA.
- iv. Que se condene al pago de costas y agencias en derecho.

3.1.2 Hechos⁴

Como soporte fáctico de la demanda se expone que el señor JAIRO VELANDIA PUENTE, ingresó a las fuerzas militares en el año 2000, a prestar sus servicios en calidad de soldado voluntario, en vigencia y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, y su último lugar de trabajo fue el Batallón Fluvial de IM No. 30 en Yatí - Bolívar.

Que laboró bajo el régimen de la Ley 131 de 1985 hasta el año 2003, cuando fue incorporado como Soldado Profesional/Infante de Marina, en virtud del

³ Folio 1 cdno 1

⁴ Folio 1-3 ibídem

13-001-33-33-008-2016-00080-01

Decreto 1793 de 2000, a partir del 1 de noviembre del 2003, se hizo acreedor del salario y prestaciones sociales de esta categoría de soldados, principalmente, del subsidio familiar.

Explica, que durante los años 2003 a 2007 al actor se le pagó de forma errada el subsidio en mención, pues se aplicó equivocadamente la fórmula para su liquidación (se le pagaba el 4% de la asignación básica y la prima de antigüedad). Posteriormente, en el año 2009, el Ministerio de Defensa corrigió el error, y reliquidó la prestación en mención de manera adecuada (4% de la asignación básica + prima de antigüedad), conforme la aclaración hecha en el Decreto 3770/2009.

En noviembre del año 2011, se inició el pago de las acreencias adeudadas, en el caso del accionante, se le pagó el 29.4%; y el saldo restante, 70.6% el 12 de septiembre de 2012, recibiendo un total de \$13.572.124; ello, se llevó a cabo sin que previamente se expidiera y notificara acto administrativo alguno.

Afirma, que al señor JAIRO VELANDIA PUENTE no se le pagó ningún valor por concepto de indexación de las sumas, ni por intereses moratorios por el capital adeudado desde los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desde que cada uno se hizo exigible, hasta que se pagó efectivamente la deuda, el 12 de septiembre de 2012. Que, en razón de lo anterior, se presentó un derecho de petición el 9 de septiembre de 2015, solicitando el pago de los intereses moratorios por el retardo en el pago de los valores ya referenciados; sin embargo, la entidad dio respuesta negativa a dicha solicitud, conforme se observa en el Oficio 20150423330359271/MD-CGFM – CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

A juicio del apoderado del accionante, con la expedición del acto acusado se transgredieron las siguientes disposiciones:

-) Constitución política de Colombia, artículos 2, 13, 53, 58 y 90.
-) Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 24.
-) Código Civil artículo 1617
-) Código de Comercio, artículo 844
-) Ley 21 de 1982

13-001-33-33-008-2016-00080-01

Sostiene que la Nación- Ministerio de Defensa – Armada Nacional, vulneró sus derechos y su dignidad humana al liquidar de forma errada el subsidio familiar durante un largo tiempo, error que quiso emendar pagando las sumas de dinero correspondientes, pero sin incluir en las mismas los intereses moratorio o indemnización por el yerro cometido.

Sostiene que el hecho anterior, produce una desigualdad entre las relaciones ciudadano –Estado, puesto que al primero se le obliga a pagar los tributos siempre indexados y con intereses, mientras que el Estado aun estando obligado a ello, no lo hace.

Indica que existe nulidad por falsa motivación del acto, por desconocer lo establecido en los artículos 1608 y 1617 del Código Civil Colombiano, que establece la mora como una indemnización por el retraso en el pago de una obligación. Afirma, que se viola la Ley 21 de 1982 que creó el subsidio familiar como una prestación social en favor de los trabajadores de medianos y menores ingresos en proporción al número de personas a cargo; sin embargo, en esta oportunidad, debido a la indebida liquidación de este subsidio, el mismo no tuvo la virtualidad de cumplir con el fin que lo originó.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL⁵

Manifiesta que se opone a las pretensiones del actor, por carecer éstas de fundamento legal y de respaldo probatorio, toda vez que el acto administrativo acusado que le niega los intereses moratorias por el pago retardado del subsidio familiar fue expedido con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales, por tanto, está amparado de presunción de legalidad, del cual no se advierten causal de nulidad como abuso de poder, desviación de poder, falsa motivación, o violación de normas de carácter constitucional, legal o reglamentario; ninguna de las cuales se encuentra probada, siquiera en forma sumaria.

Sostiene que, el subsidio familiar reconocido a los Infantes de Marina Profesionales se liquidaba conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en un equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Luego, el Ejecutivo derogó el mencionado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y redactó con claridad el verdadero espíritu de

⁵ Folio 31-44 Cdno 1

13-001-33-33-008-2016-00080-01

la norma, expidiendo para tales efectos el Decreto 3770 de 2009, el cual señala de manera clara y diáfana la forma de liquidar dicha prestación, aplicando el 4% del Salario Básico Mensual más el 100% de la prima de antigüedad. Por tal razón, el Ministerio de Defensa Nacional, al percatarse que venía realizando incorrectamente la liquidación y pago del subsidio familiar al demandante, sin mediar solicitud del interesado, de manera oficiosa, procedió a cancelar el retroactivo del subsidio familiar, de conformidad con la disponibilidad presupuestal dada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cancelando dichos valores en los meses de octubre de 2011 y septiembre de 2012.

Explica que, el demandante se allanó a la mora, pues nunca requirió a la demandada para constituirla en mora, por cuanto creyó que la obligación se estaba pagando correctamente, conforme lo ordenaba el Decreto 1794 de 2000; por tal razón, no se pueden causar intereses moratorios.

Afirma, que está demostrado que la falta de pago total del subsidio familiar al demandante no obedeció a la mala fe de la Armada Nacional, por el contrario dicha omisión obedeció al convencimiento razonable que tenía la entidad demandada de que la liquidación y pago del subsidio familiar, se estaba realizando conforme lo ordenaba el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; dicho de otra manera, la demandada actuó de buena fe, ya que siempre estuvo atenta a cumplir con sus deberes y obligaciones frente a su empleado. Por consiguiente, el pago del retroactivo del subsidio familiar no puede dar lugar a intereses moratorios.

Indica que, si en gracia de discusión el demandante tuviera derecho a los intereses moratorios por el retraso en el pago del subsidio familiar de los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, ellos se encontrarían prescritos, dado que en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles los subsidios familiares, el demandante jamás presentó reclamación alguna ante la entidad, por el pago de dicha prestación y menos por el pago intereses moratorios. El actor solo presenta solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios causados por el retardo en el pago de la reliquidación del subsidio familiar devengado en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, hasta el 09 de septiembre de 2015, fecha para la cual ya se encontraban prescritos sus derechos.

Añade que, de las pruebas allegadas al proceso se vislumbra que el acto que ordenó el pago de las diferencias dejadas de percibir, con el cual nacen los

13-001-33-33-008-2016-00080-01

perjuicios que aquí se reclaman, se expidió y ejecutó hace más de 4 años, lo que excede el término para acudir a la jurisdicción de lo contencioso, razón por la cual el presente asunto se encuentra incurso en la excepción previa de caducidad de la acción.

Adicionalmente, propuso las excepciones de: i) caducidad de la acción; ii) presunción de legalidad; iii) cobro de lo no debido; iv) prescripción de derechos laborales; v) buena fe, e innominada.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Con providencia calendada el 20 de marzo de 2018, el Juez Octavo Administrativo de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda.

El Juez a quo explicó que, al valorar las pruebas que obran en el expediente, se podía constatar que el demandante se había desempeñado como soldado voluntario desde el mes de septiembre de 2000, y como soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003 hasta la actualidad; por lo tanto, era un hecho probado que su situación quedaba cobijada por el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000. Que el accionante tenía derecho al pago de subsidio familiar, y que con posterioridad la entidad demandada le reconoció un adicional del mentado subsidio que ascendió a un valor de \$14.033.597; por lo que ahora el demandante reclamaba el pago de intereses moratorios.

Sostuvo que, si bien el Decreto 3770 de 2009 se había tomado como motivación principal de la demanda, no se tuvo en cuenta que el mismo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 08 de junio de 2017, en proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10), C.P: César Palomino Cortés, ello con efectos ex tunc, esto es, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen, retrotrayendo la situación jurídica a ese estado anterior, como si nunca hubiese nacido tal acto administrativo; frente a tal circunstancia, y siendo que la reliquidación que efectuó la entidad demandada en realidad surgió de su liberalidad, pues siempre entendió razonablemente estar realizando la liquidación del subsidio conforme se dice en el Decreto 1794 de 2000, y solo vino a cambiar la fórmula de liquidación con el lineamiento marcado por el Decreto 3770, aplicándola

⁶ Folio 95-101 Cdnio 1

13-001-33-33-008-2016-00080-01

de manera retroactiva, por lo que no se materializan en el asunto bajo estudio las exigencias fácticas de la mora.

Agregó que, en realidad no había surgido obligación alguna por parte del ente accionado que conllevara a un reconocimiento de intereses moratorios, debido a que el Decreto 3770 de 2009 nunca ordenó que la fórmula de liquidación del subsidio familiar se entrara a aplicar de manera retroactiva, para que se procediera a reliquidar el subsidio familiar a los infantes profesionales, situación que se realizó por mera liberalidad del ente demandado, quien actuó de buena fe respecto al monto de la prestación social, y por el contrario buscó enrutar su actuar en beneficio de quienes prestaban el servicio.

De acuerdo con lo anterior concluyó que nunca se ordenó a la Armada Nacional a realizar reliquidación alguna de la prestación referida, por lo que al no existir la obligación, lógicamente no podría haberse generado la mora.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Para sustentar lo anterior expuso que, la pretensión principal de la demanda está encaminada a obtener la reparación del daño antijurídico sufrido por el demandante causado por el retardo injustificado en el pago de una prestación social, como es el subsidio familiar, devengado entre los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

Sostuvo, que en la sentencia apelada, el Juez decidió negar las suplicas de la demanda argumentando que al actor no le asiste el derecho al pago de los intereses moratorias o indemnización, por cuanto el Decreto 3770 de 2009 nunca ordenó que la fórmula se entrara a aplicar de manera retroactiva y se procediera a reliquidar el subsidio familiar a los infantes de marina profesionales, señalando que la demandada actuó por mera liberalidad, actuando de buena fe al momento de reconocer y realizar los pagos del retroactivo. Ahora bien, yerra el a-quo en su apreciación, pues no es posible presumir la buena fe de la demandada debido a que ésta desde el año 2008

⁷ Folio 109-112 Cdno 1.

13-001-33-33-008-2016-00080-01

advirtió que se encontraba aplicando de forma errada la fórmula de aplicación de subsidio familiar y pagándolo de forma incompleta, por esta razón empezó a pagarlo ese año correctamente, por esta razón desde ese año -2008- ya tenía conocimiento de su error y de su falla en el servicio de materializar el fin para el cual la ley creó el subsidio familiar a favor de los miembros de las fuerzas militares, y de forma injustificada solo hasta el año 2012 efectuó el pago total de los retroactivos generados por la mala liquidación que había obrado.

Agrega, que si bien no existe norma expresa que regule los intereses moratorias por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación del subsidio familiar de los soldados profesionales de Colombia, debe dársele aplicación a los principios de igualdad y equidad, por lo tanto, ha de entenderse que las obligaciones que asumen las entidades públicas tienen el mismo alcance jurídico de las que están a cargo de las personas privadas, pues no existe razón válida para que el daño económico que sufrió el demandante deba ser soportado por él y no la entidad quien fue la que se retardó en el pago la obligación. Partiendo de lo se tiene que el principio de igualdad y equidad conlleva a que tanto las obligaciones dinerarias asumidas por el Estado como las asumidas por los particulares tengan el mismo alcance jurídico, al respecto el artículos 1608 y 1617 del Código Civil establece el alcance jurídico que tiene una obligación cuando esta se incumple, estableciendo la mora como aquella indemnización que se genera por el incumplimiento injustificado de una obligación dineraria, actuando esta -la mora- como título jurídico para hacer efectivo el cobro de los perjuicios que se causen.

Afirma que, en el sub-judice la obligación asumida por la demandada es el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó mi mandante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, es claro que esta obligación debió pagarse por ley desde el momento mismo en que se percibió el subsidio familiar haciéndose posible allí su exigibilidad, es decir, mes a mes durante los años antes mencionados en que se pagó incompleto el subsidio familiar por un error de la administración en la aplicación de la fórmula para su liquidación. Asimismo, la entidad reconoce su obligación y su incumplimiento y por esa razón inicia el respectivo pago de la obligación en el año 2011 efectuando su pago total el 12 de septiembre del año 2012 sin reconocer el pago de los intereses que se provocaron por el retardo injustificado, y sin tener en cuenta que el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado que incumple,

13-001-33-33-008-2016-00080-01

en ese orden de ideas, el no reconocimiento de los intereses moratorias deja al actor en la posición de tener que soportar el daño económico que sufrió por el retardo en la cancelación de la obligación dineraria a cargo de la administración, cuando quien tiene que asumir el daño es el Estado por su incumplimiento.

Añade, que el a-quo no consideró en el fallo todas la pretensiones que se formularon en el escrito demandatorio, pues omitió pronunciarse sobre la pretensión de reconocer, liquidar y pagar a los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, equivalentes a 100 salarios mínimos legales vigentes a la fecha de su pago, a título de Reparación Integral del daño ocasionado por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó entre los años 2003 y 2007. Ahora bien, debido a que la entidad ya realizó el pago de la reliquidación del subsidio familiar en los años 2011 y 2012, la solicitud de Reparación Integral de los daños de orden material expuesta en la demanda consiste en el hecho de que el accionante no pudo aliviar las cargas económicas que representaba el sostenimiento de la familia, pues el objetivo de dicho subsidio no se materializó durante los años en que se le pagó de manera incompleta, afectándolo a él y a su familia por no poder contar con el subsidio durante el tiempo que por ley le correspondía para cubrir las contingencias familiares, causando no solo un grave deterioro al patrimonio sino también un perjuicio moral en ocasión al trauma, estrés, angustia y desasosiego emocional generado por la actuación del Estado. Alega en su favor, el artículo 90 de la Constitución Nacional.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 24 de abril de 2018⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de septiembre de 2018⁹; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 16 de noviembre de 2018¹⁰.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1 La parte demandante no alegó de conclusión.

⁸ Folio 2 c. de apel.

⁹ Folio 4 c. de apel.

¹⁰ Folio 8 c. de apel.

13-001-33-33-008-2016-00080-01

3.6.2 La parte accionada– Ministerio de Defensa – Armada Nacional alegó de conclusión, ratificándose en los argumento de la contestación de la demanda¹¹.

3.6.3 El Ministerio Público no presentó concepto.

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,

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico.

De acuerdo con el planteamiento hecho en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿El señor JAIRO VELANDIA PUENTE tiene derecho a que se le reconozca y paguen los intereses moratorios por el retardo en el pago del retroactivo por la reliquidación del subsidio familiar devengado en los años 2003 a 2007?

Para resolver el problema jurídico anterior, se hace necesario desatar los siguientes sub-problemas:

¿Qué medio de control es el adecuado para reclamar el pago de intereses moratorios por el retardo en el pago del retroactivo por la reliquidación del subsidio familiar devengado en los años 2003 a 2007?

¹¹ Folio 10-16 c. de apel.

13-001-33-33-008-2016-00080-01

¿Existe mala fe de la entidad accionada al liquidar y pagar el subsidio familiar de los años 2003-2007?

¿Existe prescripción de los derechos reclamados?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que el actor no demostró tener derecho a lo reclamado por medio de esta demanda. Además, el medio de control procedente para elevar sus reclamaciones era el de reparación directa, sin embargo en esta oportunidad se acudió a la administración de justicia a través de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para luego, en el recurso de alzada, alegar que lo pretendido era la responsabilidad del Estado. Lo anterior, deviene en una falta de congruencia entre lo pretendido en la demanda y lo argumentado en segunda instancia como fundamento del recurso de apelación.

En lo que se refiere a la prescripción, el actor planteó que la exigibilidad de la obligación iniciaba desde el mes de enero del 2003 (puede verificarse en el acápite de cuantía de la demanda), así las cosas, le asiste razón a la demandada cuando propone la excepción de prescripción, puesto que la demanda debía ser presentada dentro de los 4 años siguientes a cada uno de los periodos reclamados, so pena de que operara dicho fenómeno prescriptivo.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Subsidio familiar para soldados profesionales.

De acuerdo con la Ley 131 de 1985 se tiene que, quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, tuviesen el deseo de vincularse al servicio militar voluntario, debían manifestar tal decisión ante la autoridad respectiva; y, una vez aceptados, quedarían sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

De igual forma, devengarían una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo

13-001-33-33-008-2016-00080-01

salario, sin sobrepasar el salario de un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto. Adicionalmente, se les reconocía una bonificación de navidad por cada año de servicio o proporcional.

Por otra parte, la Ley 21 de 1982, reguló lo relacionado con el subsidio familiar, definiéndolo en su artículo 1º como *"...una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad"*.

En los artículos 5º y 7º de la norma citada se plasmó quienes son los beneficiarios y los obligados a su pago:

"Artículo 5º. El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios en dinero especie o servicios de conformidad con la presente ley. Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que se dé derecho a la prestación. Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta ley. Subsidio en servicio es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito en la ley.

Artículo 7º. Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA): 1º. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias. 2º. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios. 3º. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de las órdenes nacional, departamental, Intendencias, distrital y municipal. 4º. Los empleados que ocupen uno o más trabajadores permanentes."

En ese sentido, se concluye que es la Nación, a través del Ministerio de Defensa Nacional, la encargada de proporcionar el pago del subsidio familiar a los miembros de las Fuerzas Militares, a quienes cobija lo dispuesto en el artículo 13:

"Artículo 13º. El Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos, descentralizados adscritos o vinculados a dicho Ministerio, continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas entidades, pero los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), escuelas industriales e institutos técnicos, se continuarán pagando de acuerdo con las normas generales."

13-001-33-33-008-2016-00080-01

A su turno, el Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares” estableció, en el artículo 11, a partir de la vigencia de ese decreto, **el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendría derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.**

Ahora bien, la anterior disposición fue derogada por el Decreto 3770 de 2009, que, además estableció lo siguiente:

Artículo 1º. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Parágrafo 1º. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

Parágrafo 2º. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

Finalmente se expidió el Decreto 1161 de 2014, por el cual se creó el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, a partir del 1º de julio de 2014, en el cual estableció:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 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;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;

13-001-33-33-008-2016-00080-01

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."

5.4.2 De la indexación y pago de intereses moratorios

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado sostuvo en sentencia del 13 de julio de 2006¹², lo siguiente:

"Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin».

Lo anterior quiere decir que la Constitución Política consagra el principio de la equidad como criterio auxiliar en la actividad judicial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el ordenamiento jurídico, disposiciones de orden legal que autorizan la indexación o revalorización de las condenas impuestas por esta jurisdicción (artículo 178 del CCA).

Por lo tanto, el reajuste que implique la indexación no hace la deuda más onerosa, ya que solo mantiene su valor económico real frente a la progresiva devaluación de la moneda; es decir, la obligación no se modifica, sino que se establece el quantum en cantidad equivalente al momento del reconocimiento efectivo del derecho que se traduce en el valor real de la moneda para la época; lo antes dicho porque no es justo que el trabajador reciba un valor devaluado con respecto a lo que tenía el derecho a percibir, pues ello traslada el riesgo de la depreciación al trabajador."

Este criterio fue reiterado en decisión más reciente¹³, en la que se expuso que si bien es cierto no hay norma expresa que contemple la actualización de las

¹² Con ponencia de la dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicación: 7300123310002002 0072001(5116-05)

¹³ Con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, 23 de marzo de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13).

13-001-33-33-008-2016-00080-01

sumas de dinero y los intereses en vía gubernativa, no es menos cierto que la devaluación de la moneda en Colombia es un hecho notorio, por lo que de acuerdo con el principio de equidad y los derechos a la dignidad humana y al trabajo, es procedente indexar las sumas que hayan sido reconocidas a los servidores públicos y trabajadores.

5.4.3 Prescripción de los derechos laborales de los Soldados Profesionales.

Como se expuso en el acápite anterior, la norma que regula la temática de las prestaciones sociales de los soldados profesionales, en principio, fue la Ley 131 de 1985, y posteriormente el Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, sin embargo, ninguno de los anteriores estatutos expone de forma expresa, cuál es el término con el que cuentan los interesados, para realizar las reclamaciones de sus derechos laborales.

Por lo anterior, la norma aplicable por analogía, es el Decreto 1211 de 1990 que establece lo siguiente:

“ARTICULO 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

5.5. Caso concreto

5.5.1. Hechos probados

Los hechos relevantes para resolver la apelación presentada por la parte actora, son los siguientes:

-) Por medio de petición del 9 de septiembre de 2015, el señor JAIRO VELANDIA PUENTE, solicitó al Ministerio de Defensa el pago de los intereses moratorios generados por el pago tardío del retroactivo del subsidio familiar (fl. 13-14).
-) Acto administrativo expreso, contenido en el Oficio No. 20150423330359271/MD-CGFM – CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015, mediante el cual se da respuesta desfavorable a la petición anterior (fl. 15)

13-001-33-33-008-2016-00080-01

-) Certificado expedido por la entidad demandada, en el que se hace constar el valor adicional liquidado, por concepto de subsidio familiar a favor del señor JAIRO VELANDIA PUENTE, por los años 2004, 2005, 2006 y 2007; lo cual dio como valor final una suma de \$14.033.597,76 (fl. 16).
-) Certificado expedido por la entidad demandada, en el cual se hace constar que la División de Nómina de la Armada Nacional fue la encargada de realizar la liquidación del retroactivo de subsidio familiar del actor, correspondiente a los años 2004-2007, que los mismos se pagaron en las nóminas de octubre de 2011 y septiembre de 2012 (fl. 17).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencia

En el caso bajo estudio, se impugna la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20150423330359271/MD-CGFM – CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015, mediante el cual se da respuesta desfavorable a la petición radicada por el actor, consistente en el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados por el retardo injustificado en la cancelación de la reliquidación del subsidio familiar desde la fecha en la que se hizo exigible en cada uno de los años 2003 a 2007 hasta el momento en que se realizaron los pagos.

En la sentencia de primera instancia, la Juez A Quo decidió negar las pretensiones de la demanda toda vez que a su juicio, la Armada Nacional no tenía el deber de pagar el retroactivo del subsidio familiar, puesto que la fórmula que trajo el Decreto 3770 de 2009 no lo exigía, que la accionada siempre tuvo buena fe pues liquidó el retroactivo del subsidio de forma oficiosa y además, el decreto que establecía la nueva fórmula fue declarado nulo con efectos ex tunc. Por su parte, el actor manifiesta que, no es cierto que la entidad accionada haya actuado de buena fe, puesto que desde el año 2008 corrigió la forma de liquidar el subsidio familiar y solo hasta el año 2012 pagó el retroactivo; de igual forma se expone que la pretensión principal de la demanda es la declaratoria de responsabilidad de la Armada Nacional por los perjuicios generados por el no pago oportuno del reajuste del subsidio familiar; daño éste que debe ser indemnizado.

13-001-33-33-008-2016-00080-01

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que, antes de entrar a estudiar se debe verificar si al actor en realidad le asiste razón en lo que reclama, y si para ello, ejerció el medio de control correspondiente.

Sobre este aspecto es importante resaltar que, en efecto, en el proceso quedó demostrado que al señor JAIRO VELANDIA PUENTE se le liquidó en forma errada el subsidio familiar que devengaba en cumplimiento del Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, por la indebida interpretación que el pagador hizo de la norma, la cual fue aclarada por medio del Decreto 3770 de 2009.

Que, en virtud de lo anterior, el Ministerio de Defensa – Armada Nacional, realizó la debida reliquidación de las acreencias adeudadas desde 2004 hasta el año 2007, tal y como lo certifica en el proceso, sin que esté demostrada cuáles fueron los valores cancelados en octubre del 2011 y septiembre de 2012 (a efectos de hacer el cálculo de real de los posibles intereses causados), y tampoco se expuso a qué meses correspondieron dichas reliquidaciones, o si las mismas fueron pagadas de manera indexada o no. Por el contrario, el certificado que obra a folio 16 del expediente, lo único que relaciona son unas liquidaciones de las que no se sabe de dónde provienen, ni se acompañó al proceso la prueba que permitiera verificar cuánto ganaba el demandante a partir del año 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, a efectos de calcular el valor que debía pagársele por subsidio familiar.

Así las cosas, esto sería suficiente para negar el derecho pretendido por el accionante; sin embargo, la Sala se permite hacer unas precisiones frente al recurso impetrado por el actor, pues es éste el que determina la competencia del Tribunal.

En primer lugar, en la alzada se viene reclamando un daño antijurídico, no derivado del acto administrativo demandado, sino, del hecho del no pago de la reliquidación del subsidio familiar del periodo 2003 a 2007, de manera actualizada o indexada, o con reconocimiento de intereses moratorios. Sea lo primero indicar, que el fundamento del recurso es el artículo 90 de la Constitución Política, lo que significa que existe una incongruencia entre el recurso presentado, y la pretensión perseguida en la demanda, puesto que no estamos frente al medio de control de reparación directa, que es el que debió ser utilizado en éste asunto, y tampoco frente a la figura de la acumulación de pretensiones, pues dicho aspecto nunca se ventiló en la demanda. A pesar de lo anterior, esta Corporación no va a declarar la excepción de uso inadecuado o indebida escogencia del medio de control,

13-001-33-33-008-2016-00080-01

sino que, por el contrario, declarará probada la falta de congruencia entre lo decidido por el Juez de primera instancia, y el recurso que llevaría a la confirmatoria del proveído apelado.

Respecto a lo anterior, advierte esta Judicatura que, las normas que consagran el régimen prestacional de los soldados profesionales no establecen de forma expresa la existencia de una sanción moratoria o la cancelación de intereses moratorios por el pago tardío de alguna prestación de tipo laboral. Ahora bien, ello no implica que no se le haya podido causar un daño al actor por el hecho de que se le pagó en forma tardía la mencionada reliquidación, y que, en la misma, no se le reconociera ningún tipo de indemnización por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, debido a la demora en el respectivo pago. Por ello, esta Corporación comparte el hecho de que el pago tardío de las acreencias laborales del actor pudo generarle a éste un daño antijurídico, que debía ser demostrado en el proceso.

Evidencia esta Sala, que la parte actora también presenta este tipo de argumentos como soporte de sus pedimentos en el libelo demandatorio, sin embargo, si esa era la verdadera finalidad de su demanda, debió hacerse ese mismo planteamiento en las pretensiones de la misma, utilizando el medio de control correspondiente, y no en la alzada, puesto que, si bien es cierto que el Juez Contencioso tiene la facultad de interpretar la demanda, no le está permitido, en la sentencia, cambiar el medio de control con el que se ha iniciado la misma, toda vez que violaría el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

Ahora bien, es preciso aclarar que, en el evento en el que se pretendiera hacer uso del medio de control de reparación directa, éste estaría caducado, puesto que el daño se configuró en la fecha en la que se generó el derecho a obtener el pago del reajuste al subsidio familiar y la entidad no lo hizo, es decir, **el 30 de septiembre de 2009**, así las cosas, atendiendo el presupuesto del artículo 164 del CPACA, tendríamos que la demanda debía haberse presentado a más tardar el **30 de septiembre de 2011**. Por otra parte, si partimos del hecho de que el daño se generó cuando al actor se le cancelaron los valores adeudados, sin que se le reconociera la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, en **septiembre de 2012**, tendríamos que la demanda debía haberse presentado a más tardar en **septiembre de 2014**, sin embargo, ello no ocurrió, pues la misma solo se llevó a cabo el **2 de mayo de 2016** y la conciliación solo se convocó el 26 de febrero de 2016.

13-001-33-33-008-2016-00080-01

En ese orden de ideas, las pretensiones correspondientes al medio de control de reparación directa no podían ser estudiadas por esta Jurisdicción, como quiera que se encontraba caducada. A pesar de lo anterior, considera esta Judicatura que el medio pertinente para demandar los hechos que se revelan en este caso, era el de reparación directa, teniendo en cuenta que el daño alegado por la administración no devenía directamente de un acto administrativo, sino de la actuación del Ministerio de Defensa que reliquidó de oficio el subsidio familiar, sin proferir acto administrativo que así lo dispusiera, y no reconoció la actualización o indexación de las sumas adeudadas, causándole al accionante un daño debido a la devaluación de moneda.

En segundo lugar, en lo referente a la pretensión de los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que, para el reconocimiento de los mismos, se requiere que la prestación (subsidio familiar) sea exigible, presupuesto que no está demostrado en el plenario, toda vez que, según se informa en la demanda y la contestación, entre los años 2004 y 2007, existía un criterio de interpretación diferente del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, para la liquidación del subsidio familiar de los soldados profesionales, y este tipo de situaciones no genera la exigibilidad de una obligación, por lo tanto tampoco genera intereses moratorios; además, el Decreto 3770 de 2009 solo tiene efectos hacia el futuro, lo que implica que solo modifica o aclara la forma de liquidación del subsidio familiar para quienes continuarían percibiendo tal prestación, pero nunca estableció retroactividad en la liquidación de la misma, por lo que no se puede hablar de exigibilidad de la obligación. En ese orden de ideas, el pago realizado por la entidad demandada corresponde a una obligación natural, por lo que, si el demandante consideraba que se le había ocasionado un daño antijurídico, como lo manifiesta en su concepto de violación y en el recurso de alzada, debió hacer uso del mecanismo de reparación directa.

Además de lo anterior, es necesario exponer que el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017 declaró, con efectos *ex tunc*, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, tras sostener *“las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 resultan ser contrarias a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de*

13-001-33-33-008-2016-00080-01

raigambre constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992". En ese orden de ideas, se tiene que la norma en la cual se fundamentó el pago del retroactivo, desapareció del mundo jurídico, y por el efecto *ex tunc* que se le dio, debe entenderse que el mismo nunca existió, por lo que no es posible exigir intereses de mora por una obligación que no nació.

No sobra explicar, en lo que se refiere a la prescripción planteada por la parte accionada en primera instancia, que el actor planteó que la exigibilidad de la obligación iniciaba desde el mes de enero del 2003 (puede verificarse en el acápite de cuantía de la demanda), así las cosas, le asiste razón a la demandada cuando propone la excepción de prescripción, puesto que la demanda debía ser presentada dentro de los 4 años siguientes a cada uno de los periodos reclamados, so pena de que operara dicho fenómeno prescriptivo, por lo que no es de recibo lo argumentado en el recurso que debe contarse desde el momento en que se realizó el último pago, puesto que no estamos frente a un título ejecutivo.

Por las razones anteriores, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

5.6. De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"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"*. A su turno, 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 desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas al señor JAIRO VELANDIA PUENTE, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por él.

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

13-001-33-33-008-2016-00080-01

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

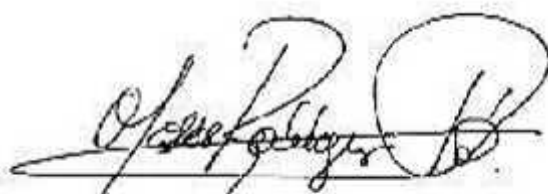
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, en esta instancia al señor JAIRO VELANDIA PUENTE de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 051 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN