

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2016-00079-01
Demandante	ALIRIO JOSE BOLÍVAR ALFARO corredorabogadossas@gmail.com
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL notificaciones.cartagena@mindefensa.gov.co
Tema	INTERESES MORATORIOS POR PAGO TARDÍO DE SUBSIDIO FAMILIAR
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA².

1.1. Hechos relevantes planteados por la accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

1. El señor ALIRIO JOSE BOLÍVAR ALFARO ingresó al servicio de las Fuerzas Militares antes del año 2000, a presar sus servicios en calidad de Soldado Voluntario en la Estación Aeronaval de Cartagena.
2. Mediante Orden Administrativa de Personal OAP NRR 262 de agosto 14 de 2003, se ordenó su vinculación como Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003.

¹ Folios 98-104 cdr.1

² Folios 1-17 cdr.1



13001-33-33-008-2016-00079-01

3. Se le reconoció la aplicación del Régimen Salarial y Prestacional expedido para soldados profesionales, donde percibió el subsidio familiar.
4. Durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 al demandante se le pagó el subsidio familiar aplicando la fórmula: 4% (asignación básica + prima de antigüedad).
5. En el año 2008 el Ministerio de Defensa procedió de oficio a corregir la aplicación que venía dando a la norma y reliquidó el subsidio familiar durante ese año, reconociendo que la fórmula es: 4% (asignación básica) + prima de antigüedad.
6. El Ministerio de Defensa, procedió a liquidar el retroactivo de las diferencias generadas por la corrección de la liquidación efectuada sobre el subsidio familiar pagado entre los años 2003 al 2007, pagándolo en dos cuotas, la primera la pagó en noviembre del 2011 y la segunda en septiembre de 2012, sin notificarle formalmente a través de acto administrativo.
7. La entidad demandada no le pagó al accionante nada por concepto de indexación o actualización por la pérdida de poder adquisitivo de lo adeudado, además de no reconocer ni pagar ningún tipo de interés por la mora en el pago de dichas sumas de dinero.
8. El 09 de septiembre de 2015 se radicó petición en la entidad, solicitando se efectuara el Reconocimiento, Liquidación y pago de los intereses moratorios a favor del accionante, causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó el demandante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desde que cada uno se hizo exigible hasta cuando se realizó su pago total el día 12 de septiembre de 2012.
9. La entidad dio respuesta negativa a la petición el día 15 de octubre de 2015, notificado de forma personal el día 03 de noviembre de 2015.

1.2. Pretensiones de la demanda.



13001-33-33-008-2016-00079-01

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 20150423330358831/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015, mediante el cual dio respuesta desfavorable a la petición radicada por el señor ALIRIO JOSE BOLÍVAR ALFARO, 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 familiar devengó el accionante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

A título de restablecimiento del derecho se solicita que: (i) se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar los intereses moratorios a favor del demandante causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó el accionante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desde que cada uno se hizo exigible hasta cuando se realizó su pago total el día 12 de septiembre de 2012; (ii) se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar al demandante, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, equivalentes a 100 SMLMV, a título de Reparación Integral del daño ocasionado por el retardo injustificado en el pago que por concepto de subsidio familiar devengó el accionante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007; (iii) se condena a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho que genere la demanda interpuesta; (iv) se condene a la parte demandada al pago de la indexación mes a mes; y (v) se condene a la entidad demandada que de estricto cumplimiento a la sentencia.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículos 1608 y 1617 del Código Civil, Ley 21 de 1982.

Arguye que la entidad demandada expidió el acto administrativo de forma irregular, por estar falsamente motivado y por ser contrario a la constitución y la ley.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

La entidad demandada NACIÓN-MINDEFENSA- ARMADA NACIONAL contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones

³ Folios 28-40 cdr.1



13001-33-33-008-2016-00079-01

esbozadas en el escrito de demanda, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho para invocarlas.

Sostiene que, dentro del presente asunto, el acto administrativo acusado fue expedido con el lleno de todos y cada uno de los requisitos sustantivos y procesales y por tanto, está amparado de presunción de legalidad.

Así mismo, señala que los argumentos presentados por la parte demandada para advertir la causal de nulidad contra el acto administrativo, no se encuentran probados, siquiera en forma sumaria.

Propuso como excepciones, la siguiente:

1. PERDIDA DE OPORTUNIDAD DEL MEDIO DE CONTROL Y/O CADUCIDAD.
2. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO.
3. COBRO DE LO NO DEBIDO.
4. PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES.
5. EXCEPCIÓN DE BUENA FE.
6. INNOMINADA.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha veinte (20) de marzo de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió declarar probada la excepción de cobro de lo no debido, por tal razón, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que, no surgió obligación alguna por parte del demandado que conlleve a un reconocimiento de intereses moratorios, debido a que el Decreto 3770 de 2009 nunca ordenó que la fórmula se entrara a aplicar de manera retroactiva, es decir, se procedió a la reliquidación del subsidio familiar por mera liberalidad del ente demandado.

3.2. Recurso de apelación.⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, sea

4 Folios 106-109 cdr.1

13001-33-33-008-2016-00079-01

declarado nulo el acto administrativo acusado, y se acceda a despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.

Argumenta que la parte demandada tenía conocimiento del error y la falla en el servicio al aplicar de forma errada la fórmula para la liquidación del subsidio familiar y luego de forma injustificada retarda el pago total de los retroactivos generados por la mala liquidación que había obrado.

Arguye que el dinero no recibido por el acreedor, provoca la pérdida de poder adquisitivo, que no debe ser soportada por el particular, sino por el Estado que incumple. A su vez, añade que el objetivo del subsidio no se cumplió en tiempo, pues el objetivo era aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, afectándolo por no poder contar ese dinero los años en que se le pagó de manera incompleta y que por ley le correspondían para cubrir las contingencias familiares, causando un grave deterioro al patrimonio y un perjuicio moral en ocasión al trauma, estrés, angustia y desasosiego emocional generado por la actuación del Estado.

3.3. Trámite procesal de segunda instancia.

Con auto de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)⁵ se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto de treinta (30) de noviembre de dos mil diecinueve (2018)⁶ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. ALEGACIONES.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

La entidad demandada no presentó alegatos finales.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207

⁵ Folio 4 cdr.2

⁶ Folio 7 cdr.2

13001-33-33-008-2016-00079-01

CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“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”*.

2. ASUNTO DE FONDO.

2.1. Problema Jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tiene derecho el demandante a que se le reconozca y pague 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 familiar devengó en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, de acuerdo a la Ley 21 de 1982 y el Decreto 1794 del 2000?

Como problema jurídico asociado y en caso de resultar afirmativo el anterior cuestionamiento, deberá analizar la Sala si operó el fenómeno de la prescripción de los derechos reclamados.

2.2. Tesis de la Sala.

La Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que le asiste razón al demandante a que le sea reconocido el pago de intereses



13001-33-33-008-2016-00079-01

moratorios, causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación por concepto de subsidio familiar. Sin embargo, al estudiar las pruebas anexadas al proceso, el Tribunal Administrativo de Bolívar declarará probada de oficio la excepción de prescripción de derechos laborales, propuesta por la parte demandada, por cuanto se comprobó la existencia de tal fenómeno.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. Régimen del subsidio familiar aplicable a los miembros de las fuerzas militares.

El artículo 1º de la Ley 21 de 1982 esboza el concepto de subsidio familiar:

“ARTÍCULO 1º. *El subsidio familiar es 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.*

PARÁGRAFO. *Para la reglamentación, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.” (Subrayas fuera del texto).*

El artículo 7º y 13º de la misma Ley, determina quienes son los obligados a pagar esta prestación:

“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. Reglamentado por el Decreto Nacional 721 de 2013.”

“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.”*



13001-33-33-008-2016-00079-01

El Decreto 1794 de 2000 por medio del cual “se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.”, determina en su artículo 11 lo siguiente:

“Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

Cabe señalar que, el Decreto 3770 de 2009 “por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 1º aclara como se debe liquidar el subsidio familiar, así:

“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. Aclárese 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.”

3.2. Indexación e Intereses Moratorios.

Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación. El Código Civil de Colombia consagra los intereses moratorios como una indemnización derivada del retardo, la cual podrá ser convencional si es tasada por las partes o en su defecto legal, caso en el cual será equivalente al (6%) seis por ciento anual.⁷

El Consejo de Estado en Sentencia de siete (7) de febrero de dos mil once (2011) afirmó que el Estado cuando incumple una obligación, no está exento del pago de intereses moratorios:

⁷ Código Civil colombiano, art. 1617



13001-33-33-008-2016-00079-01

*"(...) La regla, según la cual, la administración se encuentra exenta del pago de intereses moratorios por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo no tiene aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. (...) De forma tal que si se presenta un incumplimiento dicha equivalencia se altera y se genera un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, habilitándose los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico para demandar la responsabilidad del Estado. (...) La palabra mora es equivalente a retardo o tardanza, y uno de los eventos en los que la legislación civil consagra la mora debitoris es precisamente aquel en el que no se ha cumplido con la prestación debida dentro del plazo estipulado, salvo aquellos casos especiales en los que la ley exija requerimiento del deudor. "*⁸

Por otro lado, el Consejo de Estado en Sentencia de veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017), explicó la finalidad de la indexación:

*"La indexación sirve como un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país. El ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que disminuye, en forma continua, el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación, es una decisión ajustada a la ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como lo consagra el artículo 230 de la Carta. "*⁹

Cabe destacar que el Consejo de Estado ha considerado que es improcedente solicitar de forma simultánea el pago de intereses moratorios y de indexación¹⁰, con la excepción que la indexación de las sumas reconocidas por concepto de interés moratorio, no se trate de los mismos periodos de tiempo. Es decir, los intereses moratorios son susceptibles de ser actualizados, pues su acreedor tiene derecho a adquirirlos a valor presente, así pues, al reconocerse ese derecho no se estaría hablando de un doble pago por la misma causa, tal como lo determina el Consejo de Estado en Sentencia de 23 de marzo de 2017:

"Es más, no puede considerarse que los demandantes están recibiendo una doble erogación del tesoro público, pues la fuente jurídica es distinta como

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 08001-23-31-000-1993-07655-01 (19597)

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01 (2284-13)

¹⁰ Sentencia 2014-00313/2633-2017 de agosto 16 de 2018 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez Bogotá D.C., dieciséis de agosto de dos mil dieciocho. Exp. 20001-23-33-000-2014-00313-02. N° interno: 2633-2017.



13001-33-33-008-2016-00079-01

los periodos que se liquidan son disímiles e irreductibles. Los intereses moratorios causados son un derecho accesorio de los salarios y prestaciones sociales que se causaron hasta la culminación del proceso liquidatario (12 de diciembre de 2007); estos corresponden a un monto fijo que tenía un poder adquisitivo en esa fecha y, donde no se hubiesen excluido de manera ilegal, los demandantes habrían podido, de un lado, disponer de esos dineros comprando valores de uso o bienes en mayor cantidad o mejor calidad que la que ahora lo podrían hacer, o, de otro lado, ahorrarlos o invertirlos obteniendo dividendos. 3.7. No se le puede imponer a los demandantes la carga de que reciban un valor depreciado, pues la indexación, según se vio, es una mera compensación de la devaluación de la moneda, que persigue que el dinero posea el mismo valor adquisitivo que tenía al momento en que se profirió el acto que lesionó a los demandantes."¹¹

3.3. De la Prescripción.

La prescripción hace referencia al tiempo necesario para adquirir o extinguir un derecho, esta puede o no ser alegada; es posible renunciarla, suspenderla o interrumpirla.

La Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado acerca de la prescripción de los derechos laborales:

*"El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. (...) lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo"*¹².

*"El Legislador puede consagrar la prescripción extintiva de derechos patrimoniales que surgen del ejercicio de un derecho constitucional, incluso si éste es fundamental, siempre y cuando el término sea proporcionado y no afecte el contenido esencial del derecho constitucional."*¹³

El Decreto 1211 de 1990 determina el término de prescripción de los derechos laborales de los miembros de las Fuerzas Armadas, aplicable por

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13).

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-230 de 1998. MP Hernando Herrera Vergara.

¹³ Corte Constitucional, C-298/02. M.P. Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT



13001-33-33-008-2016-00079-01

cuanto en el presente asunto se reclama una prestación social y derechos adquiridos mientras el soldado (demandante) estuvo en servicio, dispone que:

“ARTICULO 174. PRESCRIPCION. 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.”

4. CASO CONCRETO

4.1. Hechos probados.

En el presente proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

1. Petición presentada por el demandante con radicado No. 20150041260683602 de fecha 09 de septiembre de 2015 ante el Ministerio de Defensa - Armada Nacional, en la cual se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios a favor del demandante, por el pago tardío de la reliquidación por concepto de subsidio familiar, así como el pago de la indexación y perjuicios morales y materiales.¹⁴
2. Respuesta a la anterior Petición radicado con N° 20150423330358831/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.105, donde se niega la solicitud presentada por el demandante, al considerar que en el Decreto 1794 del 2000 no está contemplado el pago de intereses y daños morales y materiales, por tanto, no es procedente acceder a la solicitud del peticionario. Este acto administrativo fue acusado de nulidad por el demandante en el presente proceso.¹⁵
3. Constancia de las sumas adicionales pagadas al demandante por concepto de reliquidación de subsidio familiar, expedido por el Jefe de la División de Nóminas de la Armada Nacional.¹⁶

¹⁴ Folio 12-13 cdr.1

¹⁵ Folios 14 cdr.1

¹⁶ Folio 15-16 cdr.1



13001-33-33-008-2016-00079-01

4. Certificado de última unidad y extracto de hoja de vida del demandante.¹⁷
5. Certificado expedido por el jefe de la división de nóminas de la Armada Nacional, donde se estipula que el pago de los retroactivos por subsidio familiar del año 2004 al 2007, fueron realizados en nóminas adicionales del mes de octubre de 2011 y septiembre de 2012, a favor del demandante.¹⁸

4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el caso que nos ocupa, la Sala observa que el señor ALARIO JOSE BOLÍVAR ALFARO ingresó a las Fuerzas Armadas antes del año 2000, luego en el año 2003 se vinculó como Soldado Profesional, desde esa fecha recibió el pago del subsidio familiar de manera mensual. La entidad demandada, MINISTERIO DE DEFENSA, a través de la División de Nóminas de la Armada Nacional le liquidó el subsidio familiar utilizando la siguiente fórmula: 4% (asignación básica + prima de antigüedad), en el pago de su nómina mensual desde el año 2003 al 2007.

En el mes de octubre de 2011 y septiembre de 2012, la Armada Nacional le pagó al demandante retroactivo de las mensualidades por concepto de subsidio familiar de los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007¹⁹, considerando la aclaración del Decreto 3770 de 2009 que determina la corrección de la fórmula: 4% (asignación básica) + prima de antigüedad.

De conformidad con lo anterior, esta Corporación evidencia que al accionante le fueron reconocidas y pagadas el valor real del subsidio familiar al que tenía derecho luego de dos (2) años de haber sido publicado el Decreto 3770 de 2009, el cual, de forma explícita aclaraba la forma en que debió ser liquidado el subsidio familiar. Es decir, en el caso objeto de estudio no puede predicarse que la obligación de la Armada Nacional de liquidarle de forma correcta se hizo exigible desde el año 2003, con la vigencia del Decreto 1794 de 2000, por cuanto, la ambigüedad de la norma permitía que de la literalidad de la misma se produjeran confusiones. Solo con la publicación del Decreto 3770 de 2009, mediante el cual se aclaró la forma correcta de liquidar mencionada prestación social, se hizo exigible la obligación.

¹⁷ Folio 58-62 cdr.1

¹⁸ Folios 65 cdr.1

¹⁹ Folios 69 cdr.1



13001-33-33-008-2016-00079-01

En ese sentido, el demandante recibió el dinero total de los retroactivos solo hasta el año 2012, siendo evidente el pago tardío de la reliquidación de su subsidio familiar. El Consejo de Estado en providencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017), resaltó la importancia del pago oportuno del salario y prestaciones sociales de los servidores públicos, expresando que aunque la ley no imponga de forma expresa un pago indemnizatorio para resarcir los daños ocasionados por la demora en los pagos de las diferentes prestaciones que percibe el trabajador, así como la indexación del mismo, no debe desconocerse la protección constitucional que ha adquirido la parte más débil de la relación laboral. En ese sentido dijo:

“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.”²⁰

Tal como lo expresó el Consejo de Estado en la Sentencia citada anteriormente, la Armada Nacional tenía la obligación de pagarle al demandante el valor total del subsidio familiar adquirido por derecho, en la forma más expedita, considerando que el objetivo de este subsidio es ayudar al trabajador que obtiene baja remuneración a aliviar las cargas económicas que trae el sostenimiento familiar. Sin embargo, luego de la publicación del Decreto 3770 de 2009, la Armada Nacional incurrió en el pago tardío del retroactivo, sin justificación alguna, incumplimiento que el demandante no tenía el deber de soportar. Así pues, tal como lo ha determinado el Consejo de Estado en Sentencia de catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), al Estado incumplir el pago de una obligación en la oportunidad debida, automáticamente incurre en mora:

“Cuando la obligación incumplida es el pago de una suma de dinero se debe el interés de mora a título de indemnización. (...) De ahí que, en las voces del artículo 1608 del Código Civil transcurrido el plazo o término para el pago de

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01 (2284-13)



13001-33-33-008-2016-00079-01

una obligación positiva sin que se hubiere éste realizado en la oportunidad debida, por esa sola circunstancia, se incurre en mora.”²¹

En ese sentido, la Sala considera que la parte demandada está en la obligación de indemnizar al demandante, por medio de los intereses de mora, o los valores indexados, desde el momento en que se hizo exigible la obligación, es decir, desde el 01 de octubre de 2009, fecha en que fue publicado el Decreto antes mencionado, hasta el mes de septiembre de 2012, fecha en que se pagó la totalidad de la obligación, considerando que el demandante no tenía el deber de soportar los perjuicios causados por el pago tardío de la reliquidación del subsidio familiar.

Por otra parte, el accionante solicitó el pago de los perjuicios materiales y morales, actuales y futuros, por el pago tardío de la reliquidación del subsidio familiar, sin embargo, en el expediente no obra material probatorio que certifique de forma discriminada los daños ocasionados por el incumplimiento de la Armada Nacional, lo cual impide que se pruebe y liquide la tasación del daño, teniendo en cuenta que el perjudicado solo debe recibir el equivalente al daño efectivamente sufrido. El Consejo de Estado se ha referido en diferentes jurisprudencias a la carga de la prueba que tiene el demandante al solicitar las pretensiones:

“Ahora bien, como lo ha manifestado la jurisprudencia nacional en materia de la carga de la prueba, para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación; pues ninguna de las partes goza de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.”²²

“El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo

²¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214)

²² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., mayo nueve (9) de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-26-000-1994-02376-01(18048).



13001-33-33-008-2016-00079-01

acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»;²³

En consideración de los apartes citados, al demandante no allegar al proceso pruebas de los supuestos perjuicios de orden material y moral causados, imposibilita que esta Sala haga un estudio a fondo de su pretensión, por cuanto el juez tiene la obligación de revisar las pruebas para poder emitir las consideraciones pertinentes y los fallos, obviando así las simples afirmaciones que no sean acreditadas durante el proceso.

Ahora bien, para verificar la existencia del fenómeno de la prescripción, alegada como excepción, es menester revisar la solicitud elevada por la parte actora para el reconocimiento y pago de los intereses moratorios originados por el retardo en el pago de la reliquidación del subsidio familiar, incluyendo los perjuicios materiales y morales que alega haber sufrido.

Pues bien, el término para reclamar las prestaciones sociales de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, es de cuatro (4) años según lo estipulado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, término que ha de iniciar su computo a partir de la exigibilidad de la obligación. De acuerdo a la vigencia de la norma que aclaró la forma de pago del subsidio familiar, Decreto 3730 del 30 de septiembre de 2009, se debe tener en cuenta la fecha de su publicación, la cual se hizo en el Diario Oficial N° 47488 de la misma fecha, de tal manera que, a partir del día siguiente, 1° de octubre de 2009, iniciaba el conteo de la prescripción cuatrienal, término que venció el 1° de octubre de 2013.

Así pues, de cara a las pruebas anexadas en el proceso, se evidencia que la primera petición que elevó el demandante ante la Armada Nacional relacionado con el subsidio familiar tuvo como radicado No. 20150041260683802 de fecha 09 de septiembre de 2015²⁴, fecha para la cual el término había fenecido en exceso.

En ese orden de ideas, la Sala revocará la decisión de primera instancia, declarando la nulidad del acto acusado, al considerar que le asiste razón al demandante en su petición, por cuanto, el accionante no tiene el deber de soportar los perjuicios causados por el retardo injustificado por parte de la

²³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010) Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01 (17720)

²⁴ Folios 67-68 cdr.1



13001-33-33-008-2016-00079-01

Armada Nacional en el pago de la reliquidación del subsidio familiar. No obstante, como se evidenció en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción, lo cual impone a declarar probada la excepción los derechos reclamados por el señor **ALIRIO JOSE BOLÍVAR ALFARO**, lo cual se hará en la parte resolutive de este proveído.

5. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandada dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

6. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena el 20 de marzo de 2018, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, la cual quedara así:

*“**PRIMERO:** Declarar la nulidad del acto administrativo N° oficio 20150423330358831/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de fecha 15 de octubre de 2015 proferido por la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional”.*

*“**SEGUNDO:** Declarar probada la excepción de prescripción de los derechos reclamados.”*

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por la juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020



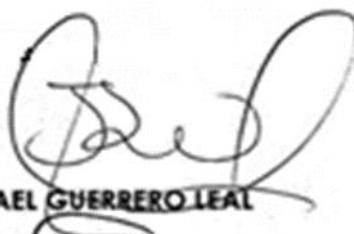
SC5780-1-9

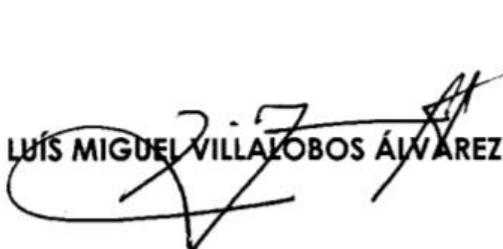


13001-33-33-008-2016-00079-01

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-33-008-2016-00079-01.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-008-2016-00079-01
Demandante	ALIRIO JOSE BOLÍVAR ALFARO corredorabogadossas@gmail.com
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL notificaciones.cartagena@mindefensa.gov.co
Tema	INTERESES MORATORIOS POR PAGO TARDÍO DE SUBSIDIO FAMILIAR
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL