

Cartagena de Indias D.T. y C, once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00091-01
Demandante	PEDRO PABLO TABORDA RENDON
Demandado	NACIÓN – MIN. DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Actuación	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Magistrado Ponente	MARCELA DE JESUS LÓPEZ ÁLVAREZ
Tema	INTERESES MORATORIOS/PAGO TARDIO SUBSIDIO FAMILIAR

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó la pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES.

El actor solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20150423330360001 de fecha 15 de octubre de 2015, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados por el retardo en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio devengó el actor en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

Como restablecimiento del derecho solicita se ordene el reconocimiento, pago y reliquidación de cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó el actor en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007

2.1.2. HECHOS.

Se relatan en síntesis los siguientes:

- El actor ingresó al servicio en calidad de Soldado Voluntario, en vigencia de lo dispuesto en la ley 131 de 1985, cuyo último lugar de trabajo fue la Agrupación de Fuerzas Especiales Urbanas No. 1 de Cartagena.
- En virtud de lo dispuesto en el Decreto 1793 de del 2000 y a partir del 01 de noviembre del 2003, se ordenó su incorporación como Soldado Profesional.
- Se le reconoció la aplicación del régimen salarial expedido para soldados profesionales contenido en el decreto 1794 del 2000, empezando a percibir el subsidio familiar contemplado en el artículo 11 ibídem.
- Durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 se le pagó al actor el subsidio familiar aplicando erradamente la formula contenida en dicha norma.
- En el año 2008 el Ministerio de Defensa procedió a corregir la aplicación que venía dando a la norma y reliquidó el subsidio familiar pagado durante ese año.
- En tal virtud 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 a 2007, sin expedirle ni notificarle acto administrativo alguno que diera cuenta de las sumas adeudadas, e inició su pago tan solo hasta el mes de noviembre del 2011, fecha en la cual procedió a pagar el 29.4% del total adeudado y el saldo restante el 70.6% lo vino a cancelar tan solo hasta el día 12 de septiembre del 2012, recibiendo el demandante una suma de \$13.572.124.
- A pesar del retardo en el pago de los retroactivos generados por la mala liquidación del subsidio familiar entre los años 2003 a 2007, al actor solo se le pagó el capital adeudado y no se le canceló nada por concepto de indexación o actualización por la pérdida del 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.

2.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Acusa el acto de ser violatorio de los artículos 13, 53 y 58 de la Constitución Política y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto

en desconocer el derecho legítimo que tiene el demandante a que se le reconozca, liquiden y paguen los intereses moratorios por el no pago completo del subsidio familiar durante los años 2003 a 2007, lo que ocasionó que durante ese lapso no se hiciera uso cabal del mentado subsidio y por ende no fuera útil para el núcleo familiar.

Endilga al acto falsa motivación por desconocer lo establecido en los artículos 1608 y 1617 del Código Civil Colombiano, en la ley 21 de 1982 y en el precedente jurisprudencial.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Se opuso la demandada a las súplicas de la demanda.

Explicó que el subsidio familiar reconocido a los infantes de marina, 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.

Que luego, el ejecutivo derogó el mencionado artículo 11 del Decreto 1794 del 2000 y redactó con claridad el verdadero espíritu de 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 – se arguye – el Ministerio de Defensa Nacional, al percatarse que venía realizando incorrectamente la liquidación y pago del subsidio familiar al demandante, sin mediar solicitud, 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 del 2012.

Asegura que el actor se allanó a la mora, pues nunca requirió a la demandada para constituir la mora, luego no se pueden cobrar intereses moratorios.

Sostiene que, en gracia de discusión, si el demandante tuviera derecho a los intereses moratorios por el retraso en el pago del subsidio familiar de los años 2003 a 2007, ellos se encontrarían prescritos, dado que en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles, el demandante

jamás presentó reclamación alguna ante la entidad por el pago de dicha prestación.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La sentencia apelada denegó las pretensiones, erigiendo la siguiente tesis:

“Concluye esta casa judicial que en realidad no ha surgido obligación alguna por parte del ente accionado 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 y se procediera a reliquidar el subsidio familiar a los infantes profesionales, situación que se realizó por mera liberalidad del ente demandado, sumado a que siempre ha actuado de buena fe respecto al monto de la prestación social, y por el contrario busco enrutar su actuar en beneficio de quienes prestaban el servicio, pero termina toda esta situación con la declaratoria de nulidad, con efectos ex tunc, del pluricitado Decreto 3770 de 2009, y quedando claro que nunca se ordenó a la Armada Nacional a realizar reliquidación alguna de la prestación referida, y no existiendo obligación alguna lógicamente no podía hablarse de mora.”

2.4. LA APELACIÓN

El actor resiste la sentencia exponiendo los siguientes reparos concretos:

- Que 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 advirtió que se encontraba aplicando de forma errada la fórmula de liquidación del subsidio y pagándolo de forma incompleta, por ello empezó a pagarlo desde ese año correctamente.
- Que de conformidad con los principios de igualdad y equidad, debe entenderse que las obligaciones que asumen las entidades públicas tienen el mismo alcance que las privadas, de ahí que sea posible la causación de intereses.
- Que el fallador no reconoció los perjuicios de orden material y moral generados por la omisión de la entidad, siendo que debió pronunciarse sobre ello.
- Que no opera la condena en costas porque no se actuó con temeridad, ni se realizaron maniobras dilatorias, lo que debe tenerse en cuenta pues a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado, el criterio acuñado en el CPACA sigue siendo subjetivo.

2.4. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público en esta oportunidad NO emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado.

3.1. COMPETENCIA.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

3.2. MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

“Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

3.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Dado los límites fijados en la censura, se determinará si le asiste razón al actor y debe quebrarse el juicio de primera instancia.

Para desarrollarlo se realizará el estudio del alcance material y temporal de la prestación demandada para, de cara al acto demandado, definir si adolece o no de nulidad. También se decidirá si debe revocarse la condena en costas.

3.4. TESIS.

Se confirmará la sentencia porque fue posible concluir, a la luz del ordenamiento jurídico, que no tiene el actor el derecho reclamado y, en consecuencia, debe pervivir la presunción de legalidad del acto confutado. La condena en costas se dejara incólume.

3.5. ARGUMENTACION NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL.

Subsidio familiar de los soldados profesionales.

El Decreto 1794 del 2000 reguló la asignación básica de los soldados profesionales y en su **artículo 11**, estableció que tendrían derecho a devengar un subsidio familiar, en los siguientes términos:

“ARTICULO 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."

Posteriormente, con la expedición del **Decreto 3770 de 2009**, se derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000 y con ello, los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar. Sin embargo, la mentada norma contempló un régimen de transición en materia de subsidio familiar, bajo el siguiente tenor literal:

"Artículo 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. 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 SEGUNDO. 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".

Ahora bien, en aras de eliminar la situación de desigualdad generada en contra de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con la norma previamente referida, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se creó nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y se estableció además, que dicha partida sería tenida en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, así:

"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;

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 1 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."

No obstante lo anterior, mediante la sentencia del 8 de junio de 2017, el Honorable Consejo de Estado, declaró con efectos **ex tunc**, la nulidad total del aludido Decreto 3770 de 2009, por el cual se había dispuesto la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en el cual se establecía el subsidio familiar para los soldados profesionales, de suerte que, operó el fenómeno de la reviviscencia de éste.

3.6. CASO CONCRETO.

De entrada se advierte que no le falta razón al *a quo* en cuanto anunció que no le asistía derecho alguno al actor derivado de la aplicación del artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, particularmente de la aclaración hecha en su parágrafo segundo en cuanto a la fórmula para liquidar el subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pues la declaratoria de nulidad de aquella norma y fundamentalmente los efectos de esa nulidad (*ex tunc*), no permiten su aplicación a situaciones no resueltas con posterioridad a su derogatoria. Es decir, aplicar el Decreto 3770 de 2009 al caso concreto, para de allí generar un derecho a reliquidar la prestación, equivale ni más ni menos que a derivar efectos jurídicos de una norma inexistente, y aun cuando fue disposición que tuvo

vigencia en algún momento, los efectos de la nulidad que la retiró del ordenamiento jurídico, suponen que nunca ha existido.

Ilustrativa resulta la decisión por medio de la cual el Consejo de Estado resolvió la aclaración formulada contra la sentencia del 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad total del Decreto 3770 de 2009¹, por cuanto en dicha decisión precisa el concepto de los efectos *ex tunc* de la nulidad, y el tratamiento que debe dársele a las situaciones que no se hayan dirimido durante el término que tuvo vigencia el decreto anulado (3770 de 2009).

Precisó la Sub Sección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado en esa oportunidad, 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 encontraba 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 legalidad²”*.

Advirtió la alta corporación que en razón a los efectos *ex tunc* *“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 tome³. 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 inmediata⁴”*.

Señaló, en línea con lo anterior 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*

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “B”, Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. Auto del ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10)

² 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.

³ 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.

⁴ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

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”.

Valiéndose de la doctrina enfatizó que *“la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. **Se concreta esa penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico** a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos jurídicos legales⁵”.*

Y frente al posible vacío normativo que pudo generar la nulidad del acto administrativo general que reguló una materia, derogando una regulación preexistente, en este caso, el Decreto 3770 del 2009, aclaró que *“en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo puede proveer en el sentido de entender que la **nulidad del acto general implica el recobro de la vigencia de las normas que se derogaron por el acto anulado**”.*

A lo que agregó que *“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**”... “salvo cuando se presenten situaciones individuales consolidadas, evento en el cual le corresponderá al juez de conocimiento analizar los efectos de la nulidad, atendiendo las circunstancias particulares y concretas de cada caso.*

Finalmente arguyó la decisión comentada que la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 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 desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014.

Así pues, dicho todo lo anterior, es evidente que no es consecuente con el ordenamiento jurídico, exigirle a la demandada una reliquidación del concepto subsidio familiar con base en la formula dispuesta por el

⁵ Jaime Orlado Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Página 327, Universidad Externado de Colombia, 4 ed, 2007.

parágrafo segundo del artículo primero del Decreto 3770 de 2009, y con mayor razón tampoco lo es reclamarle el pago de intereses moratorios sobre las sumas que de dicha reliquidación se genere, pues resulta que esta norma **No** es aplicable al asunto concreto, habida cuenta que, de un lado, dejó de existir por haber sido retirada del ordenamiento jurídico con efectos retroactivos y, del otro, opera la reviviscencia del Decreto 1794 del 2000, que viene a ser la norma en que se apoyó la demandada para pagar la prestación oportunamente y a su turno, la norma que repudia el actor para que, en su lugar, se le de prevalencia al decreto 3770 de 2009, pues es esta la que – según la demanda – genera el derecho.

Por lo anterior, resulta de Perogrullo que los cargos achacados a los actos demandados no están llamados prosperar, pues el fundamento normativo que se dice fue inobservado para su formación (parágrafo 2 del Decreto 3770 de 2009) y de donde se cuelga el cuestionamiento, realmente no compone su verdadero fundamento jurídico.

No se olvide que como premisa fáctica se sostuvo que al actor se le pagó en tiempo oportuno el subsidio familiar durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, con base en la fórmula contenida en el Decreto 1794 del 2000, es decir, la norma que ha cobrado vida para resolver el *sub lite*, luego así la cosas, nada hay que reprocharle a la administración y menos aún existe fundamento jurídico para atribuir falsa motivación al acto demandado.

De manera pues que si el Ministerio de Defensa, procedió a través de acto propio a reliquidar oficiosamente de manera retroactiva las diferencias generadas por la corrección hecha a partir de la aplicación del Decreto 3770 del 2009 (véase hecho No. 7 de la demanda), es asunto que, como lo expuso el *a quo* obedece a la liberalidad de la entidad y a la interpretación que para la época pudo haber hecho de una norma que tenía vigencia, conducta que no admite reproche, pero no obstante ello, dado el estado de cosas actual (ampliamente comentado) y como quiera que se está ante una situación no resuelta (el pago de los intereses generados por el pago tardío de la reliquidación del subsidio familiar hecha bajo el alero del Decreto 3770 del 2009), esta inexorablemente se afecta con los efectos de la nulidad (*ex tunc*) decretada por el Consejo de Estado de la norma que en aquel momento sirvió de fundamento, debiéndose admitir que, sin soporte jurídico, la reclamación no puede prosperar, máxime aun cuando, el pago del subsidio que se reclama fue hecho oportunamente de conformidad con la norma en que debería fundarse, esto es, el Decreto 1794 del 2000.

Se cae por consiguiente el argumento que sostiene la alzada, en tanto asegura que no se obró de buena por parte de la administración, “debido a que esta, desde el año 2008, cuando entro a regir el Decreto 3770 del 2009, advirtió que se encontraba aplicando de forma errada la fórmula de liquidación del subsidio y pagándolo de forma incompleta”.

Siendo entonces contrario a derecho exigirle a la demanda un pago de una prestación a la que no tiene derecho el actor, en honor a la máxima según la cual, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, con mayor razón impera concluir que tampoco es de recibo despachar la pretensión relacionada con los supuestos perjuicios derivados de ese no pago.

La condena en costas no se revocará porque tiene fundamento en norma legal aplicable al asunto particular, como lo es el artículo 365 de la ley 1564 del 2012, por expresa remisión de nuestro Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (188 de la ley 1437 del 2012) y de donde se extrae que no es presupuesto de la misma, la acreditación de conducta temeraria por parte del condenado, argumento que ha sido incluso acompañado desde el seno del Consejo de Estado (Véase jurisprudencia citada por el a quo), luego sin otros argumentos que confrontar respecto de la decisión, fuerza dejarla incólume.

En razón a lo anteriormente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

3.7. Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el artículo 365 de la ley 1564 del 2012 (CGP).

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado⁶ en segunda instancia por ser esta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación y haberse además confirmado en su totalidad la decisión de primera instancia, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., e incluyendo en la misma las agencias en derecho, de

⁶ Num. 8 art. 365 C.G.P.

conformidad con el acuerdo que deba regir del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia apelada, por las razones previamente expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas en segunda instancia a la parte demandante. Liquidense por el *a quo* de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

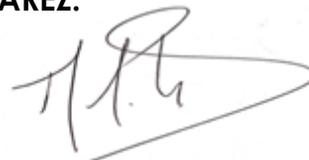
LOS MAGISTRADOS


MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ.

(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN
Con aclaración de voto