



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

Cartagena de Indias, D T. y C., siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-008-2016-00070-01
Demandante	Amaury Newball Campo
Demandado	Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional
	Intereses moratorios por pago tardío de subsidio familiar
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 25 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA

3.1.1 PRETENSIONES

“DECLARACIONES:

Se declare la nulidad del acto administrativo expreso contenido en el Oficio No. 20150423330360121/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha del 15 de octubre de 2015, notificado de forma personal el día 3 de noviembre de la misma anualidad, proferido por el capitán de navío CAMILO ALBERTO GIRALDO LONDOÑO en su calidad de Director de Personal - Armada Nacional, mediante el cual da respuesta desfavorable a la petición radicada por mi mandante 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 mi mandante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

CONDENAS: Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional a:





Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

1. Efectuar el reconocimiento, liquidación y pago de los INTERESES MORATORIOS a favor de mi mandante señor JORGE LUIS DÍAZ PINO, causados por el retardo injustificado en 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, desde que cada uno se hizo exigible hasta cuando se realizó su pago total el día 12 de septiembre de 2012.

2. Reconocer, liquidar y pagar al señor JORGE LUIS DÍAZ PINO, 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 mi mandante en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

3. Que sobre cada una de las sumas que se lleguen a reconocer a favor de mi mandante (...) se pague la indexación mes por mes, tomando como base la certificación expedida por la Supe bancaria, desde la fecha en que debieron realizarse los respectivos pagos hasta el momento en que se cancelen cada una de las sumas reconocidas a favor de mi poderdante (...).

4. Que se condena a la entidad demandada a pagar las costas procesales en que ha incurrido mi mandante según lo dispone el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

5. Que se condene a la entidad demandada a que se dé estricto cumplimiento a la sentencia".

3.1.2. HECHOS

Ingresó al servicio de las Fuerzas Militares antes del año 2000, a prestar sus servicios como soldado voluntario, modalidad en la que continuó vinculado hasta el mes de septiembre de 2003, dado que, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1793 de 2000, a partir del 1º de noviembre del mismo año se ordenó su incorporación como soldado profesional de conformidad con la orden administrativa de personal OAP NR 262 de agosto 14 de 2003.

Por lo anterior, se le aplicó el régimen salarial y prestacional expedido para soldados profesionales y contenido en el Decreto 1794 de 2000, empezando a percibir el subsidio familiar contemplado en el artículo 11 de dicho decreto. Durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, se le pagó el subsidio familiar aplicando erróneamente la fórmula contenida en la referida norma.

En el año 2008, el Ministerio de Defensa, de oficio, corrigió la aplicación que venía haciendo, y re liquidó el subsidio familiar pagado durante ese año y, en virtud de ello, expidió el Decreto 3770 de 2009 aclarando la fórmula que se debía aplicar para efectos de liquidar el subsidio familiar.

El Ministerio de Defensa liquidó el retroactivo de las diferencias generadas por la corrección sobre el subsidio familiar pagado entre los años 2003 al 2007, sin expedir ni notificar acto administrativo alguno, que diera cuenta de las sumas adeudadas, e inició su pago en el mes de noviembre de 2011, fecha en la que



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

pagó el 29,4% del total adeudado y el saldo restante, el 70.6%, el 12 de septiembre de 2012, configurándose de esta manera un retardo en el pago del retroactivo, sin que se pagara suma alguna por concepto de indexación, ni intereses por la mora.

El 9 de septiembre de 2015 radicó petición solicitando que se efectuara el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a su favor, 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 al 2007, a la cual dio respuesta desfavorable la entidad demandada mediante Oficio No. 20150423330360121/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015, notificado el 3 de noviembre del mismo año.

3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 58 y 90 de la Constitución Política; 1617 del Código Civil; 844 del Código de Comercio; Ley 21 de 1982; artículos 42 numeral 6 y 43 numeral 1 del Código General del Proceso; Convenios internacionales de la OIT; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; y Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Agregó que el acto demandado desconoce el derecho que le asiste al demandante a que se le reconozca, liquide y paguen intereses moratorios por el pago incompleto del subsidio familiar durante los años 2003 al 2007, lo que ocasionó que durante ese lapso no se hiciera uso cabal de esa prestación y, por ende, no le fuera útil a él y a su núcleo familiar. Adicionalmente, la entidad demandada no reconoció ningún tipo de indemnización por el error cometido, cuando era su deber hacerlo, representada en los intereses moratorios.

3.2 Contestación.¹

La entidad demandada se opuso a las pretensiones, por considerar que carecen de fundamento legal y respaldo probatorio, por cuanto, el acto demandado fue expedido con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales y, por lo tanto, está amparado en la presunción de legalidad.

Señaló que, el demandante se allanó a la mora, pues nunca requirió a la entidad para constituir la mora, por cuanto, creyó que la obligación se estaba pagando correctamente conforme ordena el decreto 1794 de 2000, razón por la que considera no puede causar intereses moratorios.

¹ Fs.. 32-38

Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

Indicó que la falta de pago total del subsidio familiar al demandante no obedeció a mala fe, por el contrario, fue el resultado del convencimiento razonable que tenía de que la liquidación y pago de esa prestación lo estaba realizando conforme lo ordenado en el referido decreto; es decir, actuó de buena fe.

En caso de que 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, el actor no presentó reclamación alguna ante la entidad por el pago de dicha prestación y menos, por el pago de los intereses; este solamente presenta su reclamación hasta el 9 de septiembre de 2015.

Sostuvo que, en el proceso no existe la más mínima prueba de los perjuicios causados al demandante, por lo que, mal podría condenarse a la entidad al pago de los mismos, cuando quien se considera afectado no los ha acreditado.

En ese orden, propuso las excepciones denominadas presunción de legalidad del acto acusado, buena fe y prescripción de derechos laborales.

3.3. Sentencia de primera instancia ²

Mediante sentencia de fecha 25 de mayo de 2018, el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena negó las pretensiones de la demanda.

El A quo fundamentó su decisión en que, el señor Amaury Newball Campo es beneficiario del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que hace referencia al subsidio familiar, derogado por el Decreto 3770 de 2009, norma que aclara la fórmula con la cual se debe continuar liquidando esa prestación y con fundamento en ella, de manera voluntaria, la entidad demandada re liquidó el subsidio familiar con efectos retroactivos.

Consideró que, el Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante providencia de 8 de junio de 2017, con efectos ex tunc, es decir, desde el momento en que el acto tuvo su origen, por lo tanto, la reliquidación que efectuó la demandada en realidad surgió de su liberalidad, pues, siempre entendió razonablemente estar realizando la liquidación del subsidio familiar, de conformidad con el lineamiento marcado por el Decreto 1794 de 2000, y solo cambió la fórmula de liquidación con el lineamiento marcado por el Decreto 3770, aplicándola de manera retroactiva, por lo que, no se materializan en el presente asunto las exigencias básicas de la mora. En ese sentido, concluyó que no surgió obligación alguna por parte de la entidad demandada que conlleve a un reconocimiento de intereses moratorios, dado que, la norma en la que se sustentó nunca ordenó que la fórmula se aplicara de manera retroactiva.

² Fl. 132-135

Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

Lo anterior, sumado a que la entidad siempre actuó de buena fe en cuanto al monto de la prestación social, y por el contrario, quiso actuar en beneficio de quienes prestaban el servicio.

3.4. Recurso de apelación³

La parte demandante impugnó la decisión de primera instancia, planteando como motivos de inconformidad con esta, los siguientes:

Insistió en que las pretensiones de la demanda están encaminadas al pago de los intereses moratorios por el retardo injustificado que tuvo la administración 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 a 2007, desde que se hizo exigible la obligación hasta cuando se realizó el pago total de la misma, así como la reparación de orden material y moral por los perjuicios causados por la falla en el servicio de la administración.

Explicó que, la referida obligación debió pagarse por ley desde el momento mismo en que se percibió el subsidio familiar, haciéndose posible desde allí su exigibilidad, es decir, mes a mes durante los años 2003 a 2007 en los que se pagó incompleto el subsidio familiar por un error en la aplicación de la fórmula de liquidación. La entidad reconoció su obligación y el incumplimiento, razón por la que inició el pago en el año 2011 y 2012, sin reconocer el pago de los intereses que se provocaron por el retardo injustificado.

Considera que no es posible presumir la buena fe de la demandada, toda vez que ésta, desde el año 2008, advirtió que estaba aplicando de forma errada la fórmula de liquidación del subsidio familiar, por lo tanto, desde ese año tuvo conocimiento de su error, y se configuró la 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 manera injustificada, solo hasta el año 2012 efectuó el pago total del retroactivo.

Que no hay duda de la existencia de un daño material causado por la mora en el pago del subsidio familiar, que no se hizo de forma completa desde el momento mismo en que se percibió, causándole un daño que se materializó en la pérdida del poder adquisitivo del subsidio familiar. Teniendo en cuenta que la entidad ya realizó el pago en los años 2011 y 2012, la solicitud de reparación del daño consiste en que no pudo aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, ya que, no se materializó el objetivo del subsidio, lo

³ Fl. 138-142



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

que causó no solo un grave deterioro al patrimonio, sino también un perjuicio moral representado en el trauma, estrés, angustia y desasosiego emocional generado por la actuación del Estado.

3.5 Trámite procesal de segunda instancia.

Por auto del 22 de abril de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f.9), y mediante auto de 26 de junio de 2019 (f. 13 cuaderno N° 2) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión; la parte demandada, presentó alegatos y reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, por considerar que no le asiste razón a la parte demandante para solicitar el pago de lo pretendido y que se encuentra realizando el cobro de lo no debido (fs. 17-20). El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 CPACA, como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema Jurídico

En el caso bajo estudio, corresponde a la Sala establecer, si el señor Amaury Newball Campo 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.

5.3. Tesis de la Sala

La Sala sostendrá como tesis que, el actor no demostró tener derecho a lo reclamado por medio de esta demanda. Además, el medio de control



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

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 referente a la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios, se concluirá que no está demostrado que la prestación reclamada (subsidio familiar) sea exigible, toda vez que, entre los años 2004 y 2007 existía un criterio de interpretación diferente del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 en cuanto a la liquidación del subsidio familiar de los soldados profesionales, situación esta que no genera la exigibilidad de una obligación, por lo tanto, tampoco genera intereses moratorios. Además, el Decreto 3770 de 2009 solamente tiene efectos hacia el futuro, lo que implica que modifica o aclara la forma de liquidación del subsidio familiar para quienes continuarían percibiendo tal prestación, pero nunca estableció retroactividad en su liquidación, por lo que, no podría hablarse de exigibilidad de la obligación.

Por las anteriores razones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Del subsidio familiar para soldados profesionales

El subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal de carácter laboral⁴ y desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone⁵.

Con esta prestación se ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que busca la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

En el caso específico de los soldados e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, el régimen salarial y prestacional es de carácter especial,

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997

⁵ La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

requiriendo, por ende, para la implementación del subsidio familiar, de una normativa particular, como en efecto se consagró en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en los siguientes términos:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia de/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, dejando el subsidio familiar vigente sólo para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales que a la fecha de entrada en vigencia del nuevo decreto lo estuvieren percibiendo y aclarando 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 Mensual⁶.

Luego 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, así:

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

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

⁶Norma que fue declarada nula en su integridad con efectos ex tunc por el H. Consejo de Estado mediante providencia del 8 de junio de 2017), SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS, Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10), al resultar contraria a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulnerar 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.



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

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

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

5.4.2 De la indexación y pago de intereses moratorios

En lo concerniente a la actualización de las sumas reconocidas por la administración en forma morosa, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado:

"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."



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

El anterior criterio fue reiterado en decisión más reciente⁷, en la que se expuso que, si bien es cierto, no hay norma expresa que contemple la actualización de las 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 relevantes probados.

5.1.1. El 9 de septiembre de 2015, el demandante radicó petición ante el Ministerio de Defensa, solicitando el pago de los intereses moratorios causados por el retardo en el pago de la reliquidación del subsidio familiar de los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 (fl. 13-14).

5.1.2. Mediante oficio No. 20150423330360121 del 15 de octubre de 2015, el director de personal de la Armada Nacional resolvió la solicitud del demandante en forma negativa, indicando que no era posible acceder a ello, toda vez que, el pago del retroactivo del subsidio familiar obedeció a la disponibilidad presupuestal dada por el Ministerio de Hacienda, valores que fueron cancelados una vez se destinaron los recursos para su pago, en los meses de octubre de 2011 y septiembre de 2012, sin que por ello se pueda endilgar responsabilidad a la

⁷ Con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, 23 de marzo de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01 (2284-13).

Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

entidad, más aún, cuando la reliquidación obedeció a lo establecido en el artículo 2 del Decreto 3770 de 2009 (fl. 11).

5.1.3. El jefe de la División de Nóminas de la Armada Nacional certificó que el adicional de subsidio de familia liquidado del demandante, corresponde a los meses de abril de 2004 a enero de 2006 (fl. 12).

5.1.4. El mismo funcionario hizo constar que la División de Nóminas de la Armada Nacional fue la encargada de realizar la liquidación del retroactivo del subsidio familiar del señor Amaury Newball Campo, correspondiente a los años 2004 a 2007, los cuales se realizaron en nóminas adicionales del mes de octubre de 2011 y septiembre de 2012 (fl. 16).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Aplicado el marco jurídico expuestos a los hechos relevantes probados, procede la Sala a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados. Para ello, debe precisarse en primer lugar, que la demanda que se estudia va encaminada a que se declare la nulidad del acto administrativo por el cual la entidad demandada dio respuesta desfavorable a la petición de reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación del subsidio familiar al demandante, desde la fecha en la que se hizo exigible en cada uno de los años 2003 a 2007 hasta el momento en que efectivamente se realizaron los pagos.

Por su parte, la parte demandante manifiesta en su recurso 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, expone que la pretensión principal de la demanda es la declaratoria de responsabilidad por los perjuicios generados debido al no pago oportuno del reajuste del subsidio familiar; daño este que considera debe ser indemnizado.

Determinado lo anterior, considera la Sala que, debe verificarse si al actor efectivamente le asiste razón en lo que reclama, y si para ello, ejerció el medio de control adecuado.

Al respecto, se destaca que, en efecto, quedó demostrado que al señor Amaury Newball Campo Pinto, le fue liquidado de manera errónea 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. Con ocasión de ello, la entidad demanda realizó la debida reliquidación de las acreencias adeudadas desde 2004 hasta el año 2007, tal como lo certificó en el proceso, sin que esté demostrado cuáles fueron los valores cancelados en octubre del 2011 y



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

septiembre de 2012, a efectos de poder realizar el cálculo real de los posibles intereses causados, ni se expuso a qué meses correspondieron tales reliquidaciones, o si las mismas fueron pagadas de manera indexada o no.

Por el contrario, en el certificado que obra a folio 15 del expediente, solamente se relacionan unas liquidaciones respecto de las cuales no se tiene certeza de dónde provienen, ni se acompañó al proceso la prueba que permitiera verificar cuánto ganaba el demandante a partir de los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, de modo que permitiera calcular el valor que debía pagársele por subsidio familiar.

Las anteriores razones resultarían suficientes para negar el derecho pretendido por el accionante; sin embargo, la Sala realizará unas precisiones frente al recurso impetrado por el actor, pues este delimita la competencia del Tribunal.

En su recurso, la parte actora hace referencia a un daño antijurídico que no tiene su origen en el acto administrativo demandado, sino en la falta de pago indexado de la reliquidación del subsidio familiar causado en el periodo comprendido entre los años 2003 a 2007 o de los intereses moratorios.

Al respecto, debe precisarse en primer lugar, que el fundamento del recurso es el artículo 90 de la Constitución Política, lo que evidencia una incongruencia entre el recurso presentado y la pretensión perseguida en la demanda, puesto que, no se ejerció el medio de control de reparación directa, que es el que debió utilizarse en este caso, tampoco frente a la figura de la acumulación de pretensiones, pues, dicho aspecto nunca se ventiló en la demanda. Pese a lo anterior, esta Corporación no va a declarar la excepción de uso inadecuado o indebida escogencia del medio de control, 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 confirmar la providencia impugnada.

Sobre este punto, se advierte 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 procedencia de intereses moratorios por el pago tardío de alguna prestación de carácter laboral. Sin embargo, tal circunstancia no implica que no se le haya podido causar un daño al actor por habersele pagado en forma tardía la mencionada reliquidación y que, cuando se hizo el pago, no se reconoció ningún tipo de indemnización por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda. Por ello, esta Corporación comparte el hecho que el pago tardío de las acreencias laborales del actor pudo generarle a éste un daño antijurídico, que debía ser demostrado en el proceso.



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

Aunque la parte actora también expone argumentos relacionados con la ocurrencia de un daño antijurídico, no obstante, de ser esa la verdadera finalidad de su demanda debió hacerse ese planteamiento en las pretensiones de la misma, utilizando el medio de control correspondiente y no en la alzada, pues, si bien es cierto que el juez de lo contencioso administrativo tiene la facultad de interpretar la demanda, no le está permitido, en la sentencia, cambiar el medio de control utilizado, toda vez que violaría el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

Adicionalmente, cabe aclarar que, en caso que se hiciera uso del medio de control de reparación directa, este se encontraría caducado, toda vez que, el daño al que hace alusión la parte actora 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**; en ese orden, atendiendo el presupuesto del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 la demanda debió presentarse a más tardar el **30 de septiembre de 2011**. Ahora bien, si se parte del hecho 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, esto es, en **septiembre de 2012**, la demanda debió presentarse a más tardar en **septiembre de 2014**, sin embargo, ello solo ocurrió hasta el **2 de mayo de 2016** y la conciliación solo se convocó el 26 de febrero de 2016.

En síntesis, el medio de control adecuado para ventilar los hechos expuestos en este caso era el de reparación directa, si se tiene en cuenta que el daño alegado no proviene directamente de un acto administrativo, sino de la actuación del Ministerio de Defensa que re liquidó de oficio el subsidio familiar a los soldados profesionales, sin proferir acto administrativo que así lo dispusiera y no reconoció la actualización o indexación de las sumas adeudadas, causándole al accionante un daño representado en la devaluación de moneda. No obstante, las pretensiones correspondientes al medio de control de reparación directa no podían ser estudiadas por esta jurisdicción, como quiera que, la demanda no se presentó dentro de la oportunidad correspondiente.

En lo referente a la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que, para que ello sea procedente se requiere que la prestación reclamada (subsidio familiar) sea exigible, presupuesto que no está demostrado en este caso, toda vez que, según se infiere de lo narrado 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 en cuanto a la liquidación del subsidio familiar de los soldados profesionales, situación esta que no genera la exigibilidad de una obligación, por lo tanto, tampoco genera intereses moratorios. Además, el Decreto 3770 de 2009 solamente tiene efectos



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

hacia el futuro, lo que implica que modifica o aclara la forma de liquidación del subsidio familiar para quienes continuarían percibiendo tal prestación, pero nunca estableció retroactividad en su liquidación, por lo que, no podría hablarse de exigibilidad de la obligación. En consecuencia, 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.

Finalmente, resulta 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 por considerar que *“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 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, queda claro 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 otorgó, debe entenderse que el mismo nunca existió, por lo que, no es posible exigir intereses de mora por una obligación que no nació.

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

5.6. Condena en costas en segunda instancia

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 vez, 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.

En los términos de los citados artículos, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, debido a que el recurso de apelación le resultó desfavorable.

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



Rad. 13001-33-33-008-2016-00081-01

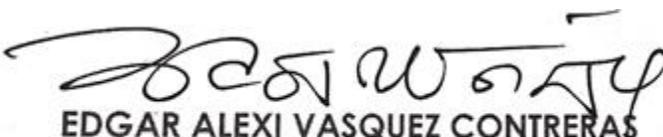
VI.- FALLA

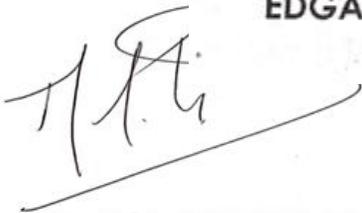
PRIMERO: Confirmar la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

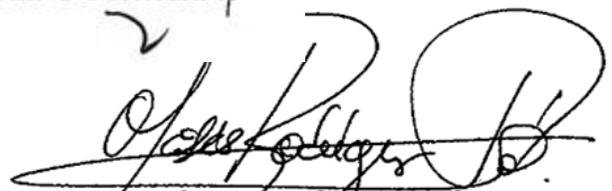
SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales en segunda instancia, según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,**


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

