

Cartagena de Indias D.T. y C, treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-013-2016-00056-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JULIO RAFAEL SUAREZ BERNAL</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MIN. DEFENSA – ARMADA NACIONAL</b>
<b>Actuación</b>	<b>SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MARCELA DE JESUS LÓPEZ ÁLVAREZ</b>
<b>Tema</b>	<b>INTERESES MORATORIOS/PAGO TARDIO SUBSIDIO FAMILIAR</b>

## 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 septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó la pretensiones de la demanda, por prescripción.

## 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. 20150423330359031 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 el Batallón de Fusileros DE I.M. No. 2 en 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 inicio 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 pago el capital adeudado y no se le canceló nada por concepto de indexación o actualización por la pérdida del poder adquisitivo de lo adeudado, adema de no reconocer ni pagar ningún tipo de interés por la mora en el pago de dichas suma 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

Radicado: 13-001-33-33-013-2016-00056-01  
Demandante: JULIO RAFAEL SUAREZ BERNAL

reconozca, liquide y pague los intereses moratorios por el no pago completo del subsidio familiar durante los años 2003 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 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 Publico, 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 constituirla en mora, luego no se pueden cobrar intereses moratorios.

Sostiene que en gracia de discusión, si el demandante tuviera derecho a los interés 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:

*"Toda obligación que no sea cancelada dentro de los plazos señalados en la ley para su cumplimiento generar intereses a favor de la parte acreedora de la misma, pues es necesaria la conservación del poder adquisitivo del dinero, esto independientemente que el deudor sea la Nación.*

*Por lo tanto, si a partir de la expedición del Decreto 3770 de 2009 se precisó la forma como debía ser liquidado el subsidio familiar a favor de los soldados profesionales que se encontraba consagrado en el Decreto 1794 de 2000, desde ese momento surgía a cargo de la Nación su reconocimiento y pago, y si no se hizo en dicha oportunidad causaría intereses moratorios a favor de los titulares de ese subsidio, a menos que dichos valores al momento de su cancelación se hubieren indexado.*

*Respecto del otro problema jurídico planteado considera el despacho que si el derecho reclamar el reconocimiento y pago de una prestación económica de orden laboral está sometido a periodo de prescripción, claramente los intereses moratorios que por el pago tardío de dicha obligación se reclaman también lo debe estar, pues son subsidiarios al derecho prestacional".*

Expuso al respecto que la petición de reconocimiento y pago de intereses de mora por pago tardío de la reliquidación del subsidio familiar, que originó el acto administrativo demandado fue demandado por el actor el 09 de septiembre de 2015, cuando habían transcurrido más de 4 años desde la fecha en que el Gobierno Nacional estableció la forma en que debía liquidarse y pagarse el subsidio familiar, por tanto, desde la causación del derecho (30 septiembre de 2009 – publicación del Decreto 3770 de 2009) hasta su reclamación, se supera el plazo dispuesto por el legislador configurándose el fenómeno de la prescripción del derecho.

### **2.4. LA APELACIÓN.**

El actor resiste la sentencia reiterando los mismos hechos esbozados en la demanda.

Además, acusa la sentencia porque no ha operado el fenómeno de la prescripción de los derechos reclamados.

Para ello explicó que la pretensión principal de la demanda está encaminada a obtener la reparación del daño antijurídico sufrido por el actor y causado por el retardo injustificado en el pago de una prestación

social como lo es el subsidio familiar devengado entre los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

Que la administración de oficio, en octubre del año 2011 inicio el pago de la obligación, es decir, la reliquidación del subsidio familiar devengado entre los años 2003 y 2007, finalizando el pago en septiembre del año 2012 y que el yerro se advierte en el hecho de no haber realizado al momento de resolver a litis un análisis general de todos los elementos facticos y jurídicos expuestos dentro del proceso, toda vez que la demandada, al momento pagar la reliquidación del subsidio familiar den los años 2011 y 2012 renunció a la prescripción que pudo alegar en ese momento como extinción de sus obligaciones dinerarias, que en efecto se encontraban prescritas.

## **2.5. MINISTERIO PÚBLICO.**

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

## **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.**

### **3.1. CONTROL DE LEGALIDAD.**

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.

### **3.2. 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.

### **3.3. 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

Radicado: 13-001-33-33-013-2016-00056-01  
Demandante: JULIO RAFAEL SUAREZ BERNAL

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*”.

### **3.4. PROBLEMA JURÍDICO.**

Dado los límites fijados en la censura, se determinara si operó o no el fenómeno de la prescripción.

Para desarrollarlo se realizará, como presupuesto previo, el estudio del alcance material y temporal de la prestación demandada para, de cara al acto demandado, definir si adolece o no de nulidad.

Se llegará entonces a la prescripción solo si el resultado arroja que se tiene el derecho.

### **3.5. TESIS.**



Radicado: 13-001-33-33-013-2016-00056-01  
Demandante: JULIO RAFAEL SUAREZ BERNAL

Se confirmará la sentencia pero no por las razones aducidas en primera instancia, sino porque fue posible concluir, que a la luz del ordenamiento jurídico, no tiene el actor el derecho reclamado y en consecuencia, debe pervivir la presunción de legalidad del acto confutado.

### **3.6. 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 este.

### 3.7. CASO CONCRETO.

De entrada se advierte que yerra el *a quo* en cuanto anunció que le asistía derecho 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 2009<sup>1</sup>, 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 legalidad<sup>2”</sup>.*

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*

<sup>1</sup> 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)

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 41001-23-33-000-2012-00238-01 (0798-14). M.P. William Hernández Gómez.



Radicado: 13-001-33-33-013-2016-00056-01  
Demandante: JULIO RAFAEL SUAREZ BERNAL

esta última se tome<sup>3</sup>. Es así que respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, se reitera, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las “afecta”, de manera inmediata<sup>4</sup>”.

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 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 legales<sup>5</sup>”.

Y frente al posible vacío normativo que puede 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.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

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

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

Radicado: 13-001-33-33-013-2016-00056-01  
Demandante: JULIO RAFAEL SUAREZ BERNAL

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 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 generen, 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 formula 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, 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

Radicado: 13-001-33-33-013-2016-00056-01  
Demandante: JULIO RAFAEL SUAREZ BERNAL

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.

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. Y es que no sobra recordarle al censor que la pretensión principal es la de nulidad, según se demandó en la pretensión declarativa del libelo.

En razón a lo anteriormente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, advirtiéndole que ello opera porque se considera que no le asiste el derecho al actor, lo que su vez releva a la Sala (por la dinámica a que sujetó el problema jurídico formulado) de realizar el estudio de la prescripción.

### **3.8. 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 Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

*“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.*

Así las cosas, se condenará en costas a la parte **demandante**, como quiera que, dada la **confirmación** que opera por este proveído, finalmente fue la que resultó vencida en el proceso (entendiendo -por tal- ambas instancias), ordenando al juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 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, en tanto denegó las súplicas de la demanda, pero por las razones previamente expuestas.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas a la parte **demandante**, liquídense en primera instancia, de conformidad con lo expuesto.

**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**

*Asunte con permiso*  
**DIGNA MARÍA GUERRA PICON**

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**