

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Magistrada ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos

Neiva, quince (15) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	410013333001-2018-00402-01
Demandante	:	ANDRÉS ARTUNDUAGA OCAMPO
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
Asunto	:	RECONOCIMIENTO SUBSIDIO FAMILIAR EN ACTIVIDAD
Acta	:	018

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 30 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que **negó** las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, así se observa en la citada norma:

“(…) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la

jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...).”.

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe al reconocimiento del subsidio familiar por parte del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, asunto respecto del cual esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una postura consolidada y reiterada, sustentada en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Sala se encuentra habilitada para resolver el presente caso de manera anticipada, máxime que se encuentra dentro de los temas que según el Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018 de esta Corporación ameritan se profiriera decisión con antelación.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

El demandante Andrés Artunduaga Ocampo, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin que se hagan las siguientes¹:

"1. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los siguientes actos administrativos:

1.1. Oficio No. 20183111469341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGFCOPER-DIPER-1.10 librado el 08 de agosto del 2018 por el Oficial Sección Nómina de la Dirección de Personal de la EJÉRCITO Nacional, en virtud del cual, se negó el reconocimiento del subsidio familiar al cual tiene derecho el demandante, con fundamento en lo normado en el artículo 11 del decreto 1794 del 2000.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL, disponga el reconocimiento del subsidio familiar desde la fecha en que adquirió el derecho hasta el retiro de la institución, con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

¹fols. 3 a 4

- 2.1. *Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, disponga el reconocimiento y pago a favor del demandante, del subsidio familiar desde la fecha en que adquirió el derecho, esto es desde el 07 de mayo del 2011, hasta la fecha de retiro de la institución, esto es el 03 de julio del 2014.*
- 2.2. *Que se ordene la modificación de la HOJA DE LIQUIDACIÓN DE SERVICIOS de mi representado, para que la misma se indique el valor que se le reconozca y pague por concepto de subsidio familiar.*
- 2.3. *Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere con fundamento en el reajuste reclamado.*
- 2.4. *Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
- 2.5. *Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
- 2.6. *Que se condenen en costas a la entidad demandada”.*

1.2. Hechos:

Para fundamentar sus pretensiones expuso² los siguientes:

1.2.1 La apoderada del demandante, indicó que el señor Andrés Artunduaga Ocampo, ingreso como Soldado Regular a las filas del Ejército Nacional el 2 de abril de 1993 y posteriormente fue vinculado como soldado voluntario a partir del 10 de enero 1996.

1.2.2 Adujo que desde el 12 de agosto de 1996 se desempeñó como Soldado Profesional del Ejército Nacional hasta el momento en que se retiró de la Institución.

1.2.3. Indicó que para el día 07 de mayo del 2011, el señor ARTUNDUAGA OCAMPO ANDRES y la señora LLANOS ICOPO JULI CONSTANZA, contrajeron matrimonio, conforme registro civil de nacimiento, con indicativo serial No. 05227144.

1.2.4. Que la entidad demanda al momento de recepcionar los documentos le manifestó verbalmente que no podían acusar recibido de dichos documentos pues según el nuevo decreto 3770 del 2009 "*el subsidio familiar se había acabado*".

²fols. 1 y 2

1.2.5. Que el demandante solicito el reconocimiento del subsidio familiar a través de petición elevada el 20 de diciembre de 2017 y la entidad resolvió la petición de manera desfavorable con oficio No. 20183111469341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGFCOPER-DIPER-1.10 del 08 de agosto del 2018

1.2.5. Que el demandante estuvo vinculado a la institución hasta el 03 de julio del 2014, fecha en la cual, y por pertenecer por más de 20 años a la institución pudo acceder a la asignación de retiro que actualmente devenga.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación³

La parte actora invoca como normas violadas las siguientes: Constitución Política artículos 13, 25, 29, 53 y 58; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo artículos 206 y 215; Ley 4 de 1992 artículo 10; artículo 11 Decreto 1793 de 2000 y 1794 de 2000.

Sostiene que, para el presente caso, resulta evidente la vulneración del derecho a la igualdad del actor, si se tiene en cuenta que a todos sus compañeros se les venía reconociendo el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta la expedición del decreto 3770 de 2009 fecha en que se dejó de reconocer este derecho.

Que si bien el derecho se causó en vigencia del Decreto 3770 de 2004, en el año 2014 se volvió a crear el Subsidio Familiar para los Soldados Profesionales a través de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, pero en una cuantía muy inferior a la establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Y ante las irregularidades presentadas, el H. Consejo de Estado profirió Sentencia de fecha 8 de Junio de 2017 y con ponencia del H. Consejero Dr. Cesar Palomino Cortés, declaró la nulidad total del Decreto 3770 de

³ Folio 5 a 22

2009 con efectos ex tunc, es decir que revivió en su totalidad lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Con dicha Sentencia recobró vigencia el Subsidio Familiar en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es en el 4% del salario básico más el 100% de la Prima de Antigüedad, lo que en el caso del actor equivale al 62.5% del Salario base de liquidación.

Por lo anterior, dicha declaratoria cobija íntegramente al actor pues la expedición del decreto 3770 del 2009 afecto totalmente al demandante y por ende toda su situación familiar.

2. Trámite procesal

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue presentada el 14 de diciembre de 2018 ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva (fl. 30 principal), correspondiéndole por reparto al Juzgado Primero Administrativo de Neiva, despacho judicial que mediante auto del 22 de enero de 2019 la admitió y ordenó las notificaciones de rigor (folio 32).

La diligencia de notificación se surtió a la dirección electrónica para notificaciones judiciales del Ministerio de Defensa Nacional, de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público de conformidad con la documental que obra a folio 33 a 46.

2.2. Contestación de la demanda

A través del escrito radicado el 5 de junio de 2019⁴, la apoderada de la entidad demandada acepta los hechos relacionados con la actividad del demandante, el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, y se opone a las declaraciones y condenas.

⁴ Folios 68 a 72

Sustenta su oposición en resumen porque el acto acusado fue proferido conforme a las normas legales y constitucionales vigentes, el demandante está solicitando el reconocimiento de un subsidio familiar bajo las condiciones de una normatividad que para la fecha de los hechos no era la vigente.

Finalmente, acotó frente al derecho a la igualdad que el mismo solo se puede predicar entre iguales, por lo que en el presente caso no se ha vulnerado teniendo en cuenta la tesis sostenida por la Corte Constitucional en providencia C-387 de 1994, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz.

2.3. Audiencia inicial

A través de providencia del 27 de septiembre de 2019 (folio 168), el Juzgado Primer Administrativo de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 22 de octubre de 2019 a las 8:30 a.m.

En la data señalada se llevó a cabo la diligencia, en la cual se surtieron las etapas correspondientes. La entidad demandada no propuso excepciones previas.

Por otro lado, se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda en los siguientes términos:

"Determinar si el demandante ANDRÉS ARTUNDUAGA OCAMPO, tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, le reconozca y pague la partida de subsidio familiar debe que presuntamente adquirió el derecho hasta la fecha de su retiro"

De ser ello así, debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados y el consecuente restablecimiento del derecho?

En la etapa de decreto de pruebas el A quo señaló que se tendrían como pruebas los documentos allegados con la demanda, dándoles el valor que les asigne la ley; se negaron las pruebas solicitadas y el despacho judicial no encontró prueba de oficio para decretar. Ante la no interposición de recursos contra esta decisión y siendo el asunto de puro derecho, el A quo dio por cerrado el debate probatorio y otorgó el

uso de la palabra a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. El *A quo* igualmente señaló que dictaría sentencia en los términos del inciso final del artículo 179 del CPACA.

2.4. Alegatos de conclusión

La apoderada de la *parte demandante*, reiteró los supuestos fácticos y de derecho expuestos en la demanda, señalando que la entidad debe reconocer el subsidio familiar, por principio de igualada, máxime teniendo en cuenta la declaratoria de nulidad del Decreto 3370 de 2009.

Entre tanto, la *entidad demandada*, ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, manifestando que ha dado una aplicación correcta a la normativa vigente a la fecha de los hechos, pues no es posible reconocer un derecho que no tenía sustento jurídico en el momento en que se generaron los hechos.

El *Ministerio Público* no compareció.

2.5. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia del 30 de octubre de 2019⁵, negó las pretensiones de la demanda, en la que resolvió:

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con os argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso una vez ejecutoriado el fallo y desanotado del sistema de radicación.

El *A quo* refirió que sería procedente solicitar por parte de los miembros de las fuerzas militares el reconocimiento de la partida correspondiente al subsidio familiar en cualquier tiempo como factor para la liquidación de la asignación de retiro; sin embargo, esa inclusión va condicionada a que debe ser solicitada al momento de ocurrir la novedad del estado civil o familiar, es decir, en su debida oportunidad y mediar este

⁵ fols. 104 a 106

reconocimiento previamente a la fecha de retiro del servicio, lo que no aconteció en el presente caso; pues el demandante no gozaba de la partida del subsidio familiar en razón a que no había reportado la calidad de vínculo matrimonial establecido con la señora Juli Constanza Llanos Icopo desde el 7 de mayo de 2011, ya que solo lo hizo hasta el 20 de mayo de 2014, fecha en la cual ya se había proferido orden administrativa de personal en la cual fue retirado del servicio activo de la Institución.

Conforme a lo anterior el Despacho de primera instancia consideró que la pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

2.6. El recurso de apelación

Mediante escrito del 18 de noviembre de 2019⁶, el apoderado de *la parte demandante* interpuso y sustentó el recurso de apelación, indicando que resulta evidente la vulneración del derecho a la igualdad del actor, si se tiene en cuenta que a los demás miembros del Ejército Nacional en grado de Soldados Profesional se les venía reconociendo el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta la expedición del decreto 3770 de 2009 fecha en que se dejó de reconocer este derecho.

Considera que, si bien el actor hubiera informado el cambio de estado civil después de su matrimonio, esto de nada habría servido, pues el subsidio no iba a ser reconocido, pues para la fecha del matrimonio ya se encontraba en vigencia el decreto 3770 del 2009, es más, para la fecha de retiro del servicio aún se encontraba vigente dicha norma.

Sin embargo, con la declaración de nulidad del Decreto 3770 del 2009 con efectos *ex tunc* se le ordenó al Ministerio de Defensa Nacional que debía reconocer el subsidio familiar a todo el personal que se vio afectado por la expedición del mencionado decreto; por lo que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 recobró vigencia, es decir, que si para el 4 de setiembre de 2009 (fecha en que el actor contrajo

⁶ Fls. 121 y 122

matrimonio) la norma vigente hubiese sido esta última , el demandante sin mayor problema hubiese solicitado el reconocimiento y pago del subsidio familiar, el cual se hubiese devengado en cuantía del 4% adicionado al 100% de la prima de antigüedad, es decir, en un 62.5% del sueldo básico que devengaba.

2.7. Tramite en segunda instancia

El 9 de diciembre 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva concedió el recurso de apelación impetrado por la parte demandante, el cual fue admitido por el Tribunal el 23 de enero de 2020⁷.

Mediante auto del 6 de febrero de 2020⁸, se ordenó dar traslado a las partes para alegar de conclusión en segunda instancia.

2.7.1. Parte demandante

A través de escrito radicado el 12 de febrero de 2020⁹ alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación presentado.

2.7.2. Parte demandada

Con escrito radicado el 21 de febrero de 2020 alegó de conclusión insistiendo en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

Se tiene que dentro del asunto de la referencia interpuso recurso de apelación la *parte demandante* con el fin de que se revoque la sentencia de fecha 30 de octubre de 2019, en relación con el reconocimiento y

⁷ Folio 4 cdno. Segunda Instancia

⁸ Folio 9 cdno. Segunda Instancia

⁹ Folio 9 cdno. Segunda Instancia

pago del subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

De acuerdo con lo anterior, se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, al cual se acude por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En efecto, el inciso primero del artículo referido preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)"

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *Ad quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Adicionalmente, en este caso ningún reparo encuentra la Sala respecto de la oportunidad en la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, por lo que siendo ello así se abordará el estudio del presente asunto atendido los aspectos en los que la parte demandada ha sustentado la apelación.

Así las cosas, según el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.2. Planteamiento del caso

En el presente asunto la *parte actora* controvierte la legalidad del Oficio No. 20183111469341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGFCOPER-DIPER-1.10 del 8 de agosto del 2018, en virtud del cual, se negó el reconocimiento del subsidio familiar, con fundamento en lo normado en el artículo 11 del decreto 1794 del 2000.

Como restablecimiento del derecho se pretende se ordene a la demandada disponga el reconocimiento del subsidio familiar desde la fecha en que adquirió el derecho hasta el retiro de la institución debidamente indexado e incluyendo los intereses moratorios.

Por su parte, *la demandada*, aduce que no reconoció dicha partida con fundamento en la normativa vigente al momento de la solicitud, ya que, al analizar la norma, el actor no observó los requerimientos que esta exigía que conllevaron a su errada interpretación y reclamación; pues, el actor está solicitando el reconocimiento del subsidio familiar bajo las condiciones de una normatividad que para la fecha de los hechos no era la vigente.

Entre tanto, *la sentencia de primera instancia* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no le asiste derecho al actor a que se le reconozca la partida denominada subsidio familiar, ya que, la inclusión de este factor se encuentra condicionada a que deba ser solicitada al momento de ocurrir la novedad del estado civil o familiar, es decir, en su debida oportunidad, lo que no aconteció en el presente caso; es así como, el actor no gozaba del subsidio familiar en razón a que solo hasta el 20 de mayo de 2014 reportó el vínculo matrimonial que se encontraba vigente desde el 7 de mayo de 2011, y para la fecha en que refirió la información ya se había proferido la orden administrativa de personal mediante la cual fue retirado del servicio activo de la Institución.

La parte *demandante* inconforme con la decisión la apeló, solicitando revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar se acceda a las pretensiones, pues la entidad demandada no ha dado correcta aplicación a la normativa establecida para el caso en comento, máxime si se tiene

en cuenta que por la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 2009 con efectos *ex tunc*, dicha partida debió ser reconocida de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si existe mérito para revocar la sentencia objeto de alzada, a través de la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Neiva negó las pretensiones de la demanda incoadas por el señor Andrés Artunduaga Ocampo.

Para resolver el problema jurídico la Sala inicialmente analizará el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso en estudio; seguidamente, se procederá a establecer los hechos probados y luego, se abordará el estudio del caso concreto.

3.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

3.4.1. Del Subsidio Familiar

Respecto a la partida del subsidio familiar para los soldados profesionales, se tiene que el Decreto 1794 del 2000 lo estableció a favor de estos como emolumento a devengar en actividad, así lo estipuló:

"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."

La anterior disposición fue derogada por el Decreto 3770 del 2009, a cuyo tenor dispuso:

"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. Aclarase 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."

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 Mensual¹⁰

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 20.14. 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.*

¹⁰ Norma 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.

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".

3.4.2. Efectos *ex tunc* de la sentencia del 8 de junio de 2017 que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009

Como se vio en el acápite anterior, el subsidio familiar que había sido creado en el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000, fue derogado por el Decreto 3770 de 2009, luego, este fue anulado por el Consejo de Estado con efectos *ex tunc* por lo que quedó vigente para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales que al 30 de septiembre de 2009 lo estuvieren percibiendo.

Es así que, en efecto, el Consejo de Estado — Sala de lo Contencioso Administrativo — Sección Segunda — Subsección "B" en sentencia del 8 de junio de 2017 con ponencia del consejero César Palomino Cortés en la radicación No. 11001-03-25- 000-2010-00065-00(0686-10), encontró que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 y que eliminaban el subsidio familiar para los soldados profesionales, resultaban ser contrarias a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política,

además de vulnerar los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectaban el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social, razón por la cual declaró su nulidad total con efectos *ex tunc*.

Tales efectos, implican la eficacia retroactiva de la sentencia que decreta la nulidad del acto administrativo¹¹, dicho en otras palabras, una vez en firme la decisión del Consejo de Estado que anuló el Decreto 3770 de 2009, se entiende vigente y desde el momento mismo en que había sido derogado, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En vista de lo anterior, para los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon su unión marital de hecho a partir del 14 de septiembre de 2000 y hasta antes del 24 de junio de 2014, su derecho al subsidio familiar se rige en un todo por el Decreto 1794 de 2000.

Solamente para aquellos soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon su unión marital de hecho a partir del 24 de junio de 2014, el subsidio familiar les será reconocido, liquidado y pagado conforme el Decreto 1161 de 2014.

3.5. Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹², pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada en el expediente encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso de alzada, lo siguiente:

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 27 de abril de 2017, expediente 11001-03-25-000-2013- 01087-00 (25122013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹² Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, proferida dentro del expediente 25022, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

- A partir de la hoja de servicios del señor Andrés Artunduaga Ocampo encuentra la Sala acreditado que el mismo estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 20 años y 9 días, inicialmente en condición de soldado regular, posteriormente como soldado voluntario, luego fue incorporado como soldado profesional a partir del 1 de noviembre de 2003 (folio 13).
- Así mismo, se advierte que contrajo matrimonio católico el 7 de mayo de 2011 según copia del registro civil de matrimonio de la Notaria Primera de Garzón – Huila (fl. 16).
- Que le fue reconocida asignación de retiro por parte de la demandada con Resolución No. 4557 el 26 de mayo de 2014, efectiva a partir del 4 de julio de 2014 (fl. 14 y 15)
- Que el 20 de diciembre de 2017 solicitó a la demandada el reconocimiento del subsidio familiar conforme al Decreto 1794 de 2000 artículo 11 (fl. 8 y 9)
- Que con oficio No. 20183111469341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGFCOPER-DIPER-1.10, de 8 de agosto del 2018 signado por el Oficial Sección Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, se negó el reconocimiento del subsidio familiar al demandante con fundamento en lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000.

3.6. Caso concreto

Conforme se registró en precedencia, el actor solicitó la nulidad del oficio No. 20183111469341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGFCOPER-DIPER-1.10 del 8 de agosto del 2018, que negó el reconocimiento y pago de la partida denominada subsidio familiar, mientras se encontraba en actividad.

Como restablecimiento del derecho pretende se ordene a la demandada le pague dicha partida desde el que se presentó e cambio de su estado civil y hasta el momento en que le fue reconocida su asignación de

retiro vigente, valores que deberán ser indexados y actualizados a la fecha de la sentencia.

De los antecedentes administrativos aportados al expediente, se logra establecer que:

El demandante según hoja de servicios que obra a folio 13 prestó sus servicios así:

Grado	Fecha de inicio	Fecha de finalización
Soldado Regular	2 de abril de 1993	18 de noviembre de 1994
Soldado voluntario	10 de noviembre de 1995	31 de octubre de 2003
Soldado profesional	1 de noviembre de 2003	4 de abril de 2014
Asignación de retiro tres meses de alta	5 de abril de 2014	5 de julio de 2014

Se tiene que dentro del expediente se probó que el demandante se encuentra casado con la señora Juli Constanza Llanos Icopo desde el 7 de mayo de 2011, vínculo que fue inscrito conforme se advierte en el registro civil de matrimonio expedido por la notaria Primera de Garzón – Huila, el 3 de junio de 2011, que dicha unión se dio bajo la vigencia del Decreto 1794 de 2000, pues como se vio, la sentencia del 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad de Decreto 3770 de 2009, revivió los efectos del Decreto de 1794 de 2000, como si este nunca hubiera sido derogado.

En vista de lo anterior, surge para el actor el derecho al reconocimiento del subsidio familiar en la forma prevista en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Aunque la entidad no reconoció dicho subsidio, es claro que tal determinación se adoptó porque mientras estuvo vigente el Decreto 3770 de 2009, al actor no podía reconocérsele el subsidio familiar con base en el Decreto 1794 de 2000.

Sin embargo, una vez expulsado del mundo jurídico el Decreto 3770 de 2009 y revivido el Decreto 1794 de 2000, es esta norma y no el Decreto 1161 de 2014 el que regula lo concerniente al derecho al subsidio familiar del actor por la fecha en que contrajo nupcias y que estuvo vigente su vinculación, es más, si se observa con detenimiento, ambas disposiciones son excluyentes, pues si un soldado profesional tiene derecho a percibir el subsidio familiar con base en el Decreto 1794 de 2000, queda automáticamente excluido del subsidio familiar establecido en el Decreto 1161 de 2014, como expresamente lo dispone el parágrafo 3° del artículo 1° de esta última disposición¹³.

Baste lo anterior, para concluir que con la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009, se restituyó al actor el derecho a que el reconocimiento y pago del subsidio familiar le sea realizado bajo los parámetros del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es, en el 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, por ende, el acto administrativo demandado y que se abstuvo de reconocer tal derecho, se encuentra viciado de nulidad contrario a lo manifestado por el Juez de primera instancia.

Al llegar a este punto, debe precisarse que la unión conyugal del demandante se presentó en vigencia el Decreto 3770 de 2009, el que en efecto no contemplaba la posibilidad de que percibiera el subsidio familiar, pero al haber sido anulado con efectos *ex tunc*, recobró vigencia desde la sentencia que lo anuló, la disposición contenida en el Decreto 1794 de 2000 que le permitía al actor ser beneficiario del subsidio familiar desde el momento en que se verificó la unión marital, esto es desde el 7 de mayo de 2011, por lo tanto, existiéndole el derecho como tal, el no haberlo reclamado en su oportunidad no implica la negación del mismo, sino su eventual prescripción por la no reclamación en tiempo, pero en ningún momento puede llevar a la negación del mismo.

¹³ "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".

En consecuencia, la Sala resolverá el problema jurídico planteado en el sentido de revocar la sentencia objeto de alzada, conforme los razonamientos hechos en precedencia y en su lugar declarar la nulidad del oficio No. 20183111469341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGFCOPER-DIPER-1.10 del 8 de agosto del 2018, que negó al demandante el reconocimiento y pago de la partida denominada subsidio familiar.

3.6.1. Restablecimiento del derecho

Teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado, se encuentra viciado de nulidad, conforme ya se expuso, a título de restablecimiento del derecho, habrá de disponerse que le sea reconocido y pagado el subsidio familiar al demandante, en la forma prevista en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por haber contraído matrimonio el 7 de mayo de 2011 y con efectos en todas las prestaciones y emolumentos que se calculan tomando como base dicho subsidio familiar y hasta el 4 de julio del 2014, fecha en que se retiró de la Institución.

De igual forma se ordenará a la demandada que modifique la Hoja de Liquidación de Servicios del actor, para que la misma se indique el valor que se le reconozca y pague por concepto de subsidio familiar.

3.6.2. Prescripción

Teniendo en cuenta que, en el caso concreto, fue sólo con la sentencia de nulidad dictada el 8 de junio de 2017 con efectos *ex tunc*, que retornó a la vida jurídica el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y que a partir de su ejecutoria surgió para el actor la posibilidad de reclamar el subsidio familiar con base en esta disposición, por ende, como la petición administrativa que interrumpió la prescripción se presentó el 20 de diciembre de 2017 y la demanda fue radicada el 14 de diciembre de 2018, es claro que entre estos eventos no transcurrió el término de 3 años indicado en la norma¹⁴, debiendo declararse no probada la

¹⁴ Decreto 4433 de 2004, artículo 43 *Prescripción*. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. (...)

excepción y disponiendo el reconocimiento del derecho a partir del 7 de mayo de 2011, ya que ninguna morosidad se le puede endilgar al accionante, porque antes del pronunciamiento del Consejo de Estado, no había forma de que se le reconociera el derecho que estaba consignado en una norma que se entendía derogada.

3.6.3. Actualización

La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En el cual el valor presente (R), se obtiene multiplicando el valor histórico, el cual corresponde a la diferencia del subsidio familiar y demás partidas que se liquidan tomándolo como base, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de este fallo), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de cada partida).

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula deberá realizarse separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellas.

Si hay lugar a ello, la demandada efectuará de manera indexada, los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar sobre las diferencias que deba pagar al demandante.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* no condenó en costas a la parte demandada, decisión respecto de la cual no se presentó reparo concreto, en consecuencia permanecerá incólume, atendiendo al principio de congruencia en las decisiones judiciales.

4.2.- Costas en segunda instancia

Es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas¹⁵ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto¹⁶, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365¹⁷ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: *i) objetivo* en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y *ii) valorativo* en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...)

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

¹⁵ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁶ "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. 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."

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

2. 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.

(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas en 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.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)"

Del anterior análisis se colige que el asunto se subsume en los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), pues como primera medida, la sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; y como segunda, el legislador dispuso que "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

Por lo que una vez revisado el expediente, se advierte, que en esta instancia no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se ocasionaron erogaciones que conlleven a la imposición de costas en segunda instancia. Por lo tanto, no procede la condena en ese sentido.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 30 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor Andrés Artunduaga Ocampo en contra del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y en su lugar se dispone:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20183111469341 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGFCOPER-DIPER-1.10 del 8 de agosto del 2018, emanado de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación — Ministerio de Defensa Nacional — Ejército Nacional, a que reconozca, liquide y pague el subsidio familiar al señor Andrés Artunduaga Ocampo, en la forma prevista en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es, en el 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, por haber contraído matrimonio el 7 de mayo de 2011, con efectos fiscales a partir de dicha fecha y hasta el 4 de julio del 2014, fecha en que se retiró de la Institución.

TERCERO: Así mismo se ordena el reajuste y pago de las diferencias por las prestaciones y emolumentos que haya devengado el actor y que se calculan tomando como base el subsidio familiar y que resulten afectados con el reajuste dispuesto en el ordinal anterior, a partir del 7 de mayo de 2011.

CUARTO: ORDENAR a la entidad accionada que, si hay lugar, efectúe de manera indexada, **los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral** y demás a que haya lugar sobre las diferencias que deba pagar al demandante.

QUINTO: ORDENAR a la entidad accionada que modifique la Hoja de Liquidación de Servicios del señor Andrés Artunduaga Ocampo, para que la misma se indique el valor que se le reconozca y pague por concepto de subsidio familiar.

SEXTO: La actualización de las sumas aquí reconocidas se realizará de acuerdo a la fórmula indicada en parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011".

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'B' followed by a horizontal line and a series of loops and strokes.

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'J' and 'L' with several horizontal strokes.

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, with a large, stylized 'G' and 'M' and several horizontal strokes.

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado