



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

Villavicencio, quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE:	FAUSTO ISMAEL PERNIA PONARE
ACCIONADO:	NACIÓN-MINDEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL
EXPEDIENTE:	500013333002-2018-00284-00

Procede el Despacho a proferir sentencia en el presente asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

I. ANTECEDENTES

1. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.1. Medio de control

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, el señor FAUSTO ISMAEL PERNIA PONARE, impetró demanda contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, pretende que se declare la nulidad del oficio No 20173182130441:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de fecha 28 de noviembre de 2017, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, acto administrativo expedido por el oficial Sección Presupuestal DIPER.

1.2. Sustento fáctico

La fijación del litigio fue la establecida en la audiencia inicial, del 2 de mayo de 2019, fase procesal que quedó en firme y sobre la cual no hay mérito para declaratoria de nulidad ni sanear situación anormal.

En la mencionada audiencia se evacuaron las etapas de saneamiento, excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación, medidas cautelares y decreto de pruebas, de las cuales hay lugar a resaltar la de fijación del litigio. En ella se determinó que:

4.1. Hechos probados

4.1. Hechos probados:

· El señor FAUSTO ISMAEL PERNIA PONARE, se vinculó al Ejército Nacional como Soldado Regular el 20 de agosto de 1993 hasta el 25 de febrero de 1995; posteriormente ejerció como soldado voluntario desde el 14 de marzo de 1995 y hasta el 31 de octubre de 2003, fecha en la cual fue nombrado como Soldado Profesional hasta la fecha de su retiro definitivo, acaecida el 16 de abril de 2014 (fol. 31).



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

- Por otro lado, formalizó unión marital de hecho con la señora Martha Yaneth Vargas Acosta, a través de la Escritura Pública número 5.011 de fecha 27 de septiembre de 2017, de la Notaría Segunda de Villavicencio (fol. 36-37).
- Mediante petición de fecha 2 de noviembre de 2017, el demandante solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de la partida Subsidio Familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde el 5 de agosto de 1998, hasta que se produjo el retiro de la institución (fol. 26-27).
- El Ejército Nacional decidió de manera desfavorable esta petición, a través del Oficio número 20173182130441:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de fecha 28 de noviembre de 2017 (fol.28).

4.2. Pretensiones en litigio

- Se declare la nulidad del Oficio antes relacionado, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la partida Subsidio Familiar.
- A título de restablecimiento del derecho, ordenar el reconocimiento y pago de la partida Subsidio Familiar, desde el 1° de enero de 2001, hasta el 11 de marzo de 2014. De igual forma, correspondiente indexación y pago de intereses moratorios y condenar en costas a la entidad.
- Ordenar la adición de la Hoja de Servicios del demandante, con el reconocimiento del Subsidio Familiar, y se remita la novedad a CREMIL para que dicha prestación sea incluida en la liquidación de su asignación de retiro.

4.5. Problema Jurídico

El presente asunto se contrae a establecer si al demandante en su calidad de Soldado Profesional le asiste el derecho al reconocimiento y pago del Subsidio Familiar por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2001 hasta el 11 de marzo de 2014, a la luz del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.”

3. ALEGACIONES DE LAS PARTES

La Parte demandada: Señala el apoderado de la entidad que sus alegatos son los mismos fundamentos jurídicos y fácticos de la contestación de la demanda; en el sentido de ratificarse en la negativa dada desde la sede administrativa, la cual se desarrolló con fundamento en el Decreto 3770 de 2009, por medio del cual había derogado el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, más, si el demandante nunca presentó petición del derecho antes del 01 de julio de 2014, conforme al Decreto 1161 de 2014.

La Parte demandante: guardó silencio.

Ministerio Público: No emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES.

1. PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto se contrae a establecer si al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional le corresponde reconocer y pagar el Subsidio Familiar al señor Fausto Ismael Pernia Ponare, siendo que adquirió la asignación de retiro a partir del 15 de abril de 2014, según petición el 02 de noviembre de la misma anualidad a la entidad en cita, sustentada en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

2. PRESUPUESTOS DEL PRESENTE MEDIO DE CONTROL

2.1. Competencia

Este Despacho Judicial es competente para conocer del presente asunto, en virtud del numeral 2° del artículo 155 de la Ley 1437 de 2011, pues la pretensión mayor no excede los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y prestó sus servicios en esta jurisdicción territorial, lo cual se aviene a lo previsto en el artículo 156 numeral 3° ibídem.

2.2. Legitimación en la causa

Por ACTIVA concurre a reclamar el señor SLP (r) FAUSTO ISMAEL PERNIA PONARE, según acto acusado.

Por PASIVA, como parte demandada fue llamada a responder la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL, persona jurídica legitimada para comparecer al proceso.

3. CONSIDERACIONES NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos: i) análisis jurídico y jurisprudencial y ii) caso concreto, según lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

i) Análisis jurídico y jurisprudencial

Subsidio familiar a la luz de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

El subsidio familiar fue definido por el artículo 1° de la Ley 21 de 1982 como *“una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.”*, enfatizando seguidamente que dicha definición debía tenerse en cuenta para la reglamentación de esta norma.

Como complementación a esto, mediante sentencia C-508 de 1997 la Corte Constitucional señaló que dicha prestación tiene por objeto *“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 mira a la satisfacción de las*



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

necesidades básicas del grupo familiar”, ratificando que se trata de una prestación social que tiene por objeto menguar la brecha entre los altos y los bajos salarios, aliviando las cargas económicas en que incurre el trabajador al conformar una familia, siendo esta el núcleo fundamental de la sociedad.

Con base en los anteriores postulados, a través del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000¹ se reconoció a favor de los Soldados Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, el derecho a recibir el subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 *“por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”*, dejando sin vigencia el reconocimiento del subsidio familiar, pero enfatizando en que, quienes a su entrada en vigencia estuvieran devengándolo, continuarían percibiendo este derecho.

Sin embargo, contra este decreto se instauró demanda de nulidad, la cual fue resuelta por el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 8 de junio de 2017², a través de la cual se declaró su nulidad con efectos *ex tunc*, por encontrar que sus disposiciones eran contrarias a los principios de progresividad y no regresividad (art. 48 de la C.P.), propiciando además una discriminación (art. 13 ibídem), afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, así como el derecho al trabajo y a la seguridad social.

Teniendo en cuenta que la anterior sentencia fue emitida en el marco de una acción de simple nulidad, en la que se limitó a analizar la legalidad del acto enjuiciado, sin puntualizar sobre situaciones particulares consolidadas durante la vigencia del Decreto 3770 de 2009, fue presentada solicitud de aclaración y adición por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual decidió el Consejo de Estado mediante providencia del 8 de septiembre de 2017, en la cual realizó las siguientes precisiones:

“Precisamente para evitar una controversia en este sentido, que dificultara al interprete desentrañar el alcance del fallo producido el 8 de junio de 2017 por esta Subsección, fue que se incluyó en la parte resolutive de la providencia, de manera explícita y precisa, que la nulidad declarada produciría efectos ex tunc. Pretender ahora que se aclare lo que está claro, es decir, que se explique el alcance de una Sentencia que declara la nulidad con efectos ex tunc, no solamente nos pondría en los terrenos de Perogrullo, sino que conllevaría a un despropósito sin igual, pues sería tanto como que se solicitara aclarar el significado de un habeas corpus o de la aplicación del principio de supremacía de la Constitución.

¹Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

² Emitida por la Sección Segunda – Subsección B, con ponencia del Doctor César Palomino Cortés, dentro del radicado 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10).



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

(...)

*Sin embargo, la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, es claro 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 encontraban 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**³.*

*Sobre los efectos de los fallos de nulidad, también ha sido abundante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome⁴. **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**⁵.*

***Lo dicho quiere significar 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, habida cuenta que "la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado"⁶.*

(...)

*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.** Esta conclusión tiene por objeto, en primer lugar, evitar el eventual vacío normativo que quedaría sobre la materia regulada por el acto anulado y, en segundo lugar, propender por la seguridad jurídica que implica que la administración siempre debe contar con normas legales o reglamentarias para desarrollar su función, todo eso, en virtud del principio de la auto-tutela normativa que se predica de la función administrativa.*

(...)

*Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, **"revive" los preceptos***

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 1991. Rad. 3151. Sentencia del 23 de marzo de 2001. Rad. 11598. M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”⁷.

*De acuerdo con lo dicho, 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, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.**”*

De esta manera, resulta claro que la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tunc*, devolvió a la vida jurídica el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que había sido derogado por aquel, por lo que se debe entender que produjo efectos de manera continua, pero solo hasta la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, que lo subrogó, y en ese entendido, el personal que se encontraba activo y que no percibió dicha partida en virtud del decreto declarado nulo (3770 de 2009), adquirió de nuevo este derecho, en los términos del Decreto 1794/00, y posteriormente del Decreto 1161/14.

ii) Caso concreto

En el presente asunto, se tiene la exigencia de conceder el subsidio familiar a favor del exsoldado profesional FAUSTO ISMAEL PERNIA PONARE, la cual estima que se configuró el derecho desde el 05 de agosto de 1998 hasta el 11 de marzo de 2014, en razón a la unión marital con la señora Martha Yaneth Vargas Acostas, la cual demuestra con la escritura pública No 5011 del 27 de septiembre de 2017 de la Notaria Segunda del Círculo de Villavicencio, por ello, presentó la súplica al Ejército Nacional el 02 de noviembre de 2017, conforme al acto demandado.

Se tiene probado el vínculo del señor FAUSTO ISMAEL PERNIA PONARE con el Ejército Nacional desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 14 de abril de 2014, momento en el cual adquirió la asignación de retiro, en el empleo de Soldado Profesional, según la hoja de servicios (fol. 31).

La entidad demandada en sede administrativa respondió:

“Ahora bien, para el caso en particular, verificado en el Sistema de Gestión Documental ORFEO no se evidencia registro de solicitud de reconocimiento de este subsidio, cuando el señor FAUSTO ISMAEL PERNIA PONARE se encontraba en actividad.” (fol. 28-29).

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 2015. Expediente: 11001-03-06-000-2015-00002-00(2243): M.P. Álvaro Namen Vargas.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

Hasta aquí, el acto administrativo demandado es cierto y verificable, en razón a la ausencia y/o carencia de medio de prueba a los señalados, es decir, el fundamento jurídico y fáctico vertido en el oficio acusado corresponde a la verdad procesal del demandante.

Es decir, si lo planteado hubiere sido una situación enmarca dentro de aquellas “*no definidas*”, conforme lo indicó el Consejo de Estado en su auto de aclaración antes citado, debió demostrar que su matrimonio y/o unión marital de hecho se configuró antes del 30 de junio de 2014, para acceder al derecho económico laboral, situación alejada de la realidad con los medios de pruebas, todo lo contrario, se evidencia certeza en el contenido del acto demandado, por ende, incólume su presunción de legalidad.

Por último, hay dos vicisitudes para resaltar por el Despacho, siendo la primera, el status pensional del demandante, como lo hizo notar desde el escrito presentado a la sede administrativa y en el libelo, goza de la asignación de retiro a partir del 15 de abril de 2014, según Resolución No 1796 del 11 de marzo de 2014, por lo que la Caja de Retiro de las Fuerzas militares – CREMIL adquirió la legitimación⁸ para resolver la exigencia del señor Pernia, como lo dejó anotado el Consejo de Estado en su sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 dentro del radicado No85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). En cuanto a la segunda y última, en ese mismo pronunciamiento el máximo órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo, indicó:

“Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.”

En ese orden de ideas, se tiene que negar las pretensiones de la demanda, mantener incólume la presunción de legalidad del oficio No 20173182130441:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 de fecha 28 de noviembre de 2017, con el cual se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, signado por el oficial Sección Presupuestal DIPER

SOBRE COSTAS

Teniendo en cuenta la nueva postura esbozada por la Sección Segunda del Consejo de Estado respecto al tema de la condena en costas⁹, según la cual, se

⁸ “231. En conclusión, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo”

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Radicado 1300123330000130002201 (12912014), Sentencia del 7 de abril de 2016.

Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicado 54001-23-33-000-2012-00180-01(1706-15), Sentencia del 19 de enero de 2017.



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

deben valorar aspectos objetivos relacionados con su causación, tal como lo establece el Código General del Proceso; pues consideró el alto tribunal que una de las variaciones que introdujo el CPACA fue cambiar del criterio subjetivo que predicaba el CCA, al objetivo, y en ese entendido, en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

Considerando que en el presente caso se decidió un asunto de carácter laboral, cuya controversia fue de puro derecho, el cual no causó expensas que justifique la imposición de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría devuélvase el remanente de la suma que se ordenó consignar por concepto de gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, dejando constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

LICETH ANGELICA RICAURTE MORA

JUEZ CIRCUITO



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO

JUZGADO 002 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE VILLAVICENCIO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a7891c6dacb9663e5bbda95ab6827f367a1f89c17ed9e8b3cc9a23152b27bcde

Documento generado en 15/03/2021 08:23:40 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>