



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, treinta y uno (31) de octubre de 2022

Expediente: 19001-33-33-008-2019-00181-00
Demandante: LUIS GABRIEL GAZABON CONTRERAS
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA núm. 150

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda y postura de la parte actora.

El señor LUIS GABRIEL GAZABON CONTRERAS, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, pretendiendo la declaratoria de nulidad del oficio nro. 20193110515901 de 19 de marzo de 2019, por medio del cual se le negó el reconocimiento del subsidio familiar bajo las reglas contenidas en el Decreto 1794 de 2000.

Pretende a título de restablecimiento del derecho se inaplique por inconstitucional el artículo primero del Decreto 1161 del 24 de junio del año 2014, y se ordene el reconocimiento y pago del subsidio familiar en la cuantía establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. Solicita la indexación de dichas sumas y el pago de intereses de mora, así como la condena al pago de costas y agencias en derecho.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que el demandante ha prestado servicios a la entidad en calidad de soldado regular desde el 12 de abril de 2004, y en calidad de soldado profesional a partir del 14 de agosto de 2005.

Que contrajo matrimonio con la señora Karen Katerine Pérez Arias el 19 de noviembre de 2010 y en el mes de diciembre de 2010 solicitó el reconocimiento del subsidio familiar con base en el Decreto 1794 de 2000, sin embargo, afirma, no le fueron recibidos los documentos argumentando el funcionario encargado, que dicha norma había sido derogada por el Decreto 3770 de 2009. En el año 2019 solicitó nuevamente el reconocimiento del subsidio familiar, con base en la norma del 2000, y le fue negado mediante el acto administrativo enjuiciado.

Como normas violadas se invocaron el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 216 y 217 de la Constitución Política. Y de orden legal: el artículo 2 de la Ley 4 de 1992, artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, artículo 1º de la Ley 21 de 1982 y artículo 3 y siguientes de la Ley 789 de 2002.

En el concepto de violación, se argumentó que el acto demandado está viciado de nulidad porque transgrede el derecho a la igualdad, mínimo vital, derechos adquiridos, respecto de los oficiales y suboficiales, señalando que no debe existir discriminación en esta clase de retribución, atendiendo a las funciones que desempeñan, aclarando que el subsidio familiar que recibe actualmente el actor es significativamente más bajo que el de los demás miembros del Ejército Nacional.

Se narra que el actor ingresó y obtuvo el derecho al reconocimiento del subsidio familiar en vigencia del Decreto 1794 de 2000, sin embargo, le fue reconocido el derecho bajo una norma posterior, esto es, el Decreto 1161 de 2014, que contiene prerrogativas salariales que

desmejoran sus condiciones, vulnerando de esta manera el principio de progresividad, no regresividad, discriminación y expectativas legítimas, por ello, consideró debe aplicarse el principio de favorabilidad y aplicar la norma más conveniente al caso del señor Gazabón Contreras.

La parte actora no se pronunció en la etapa de alegatos de conclusión.

1.2.- Postura y argumentos de defensa de la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

Actuando a través de apoderada judicial, dentro del término establecido en la Ley, la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda considerando que al señor Luis Gabriel Gazabón Contreras le fue reconocido el subsidio familiar teniendo en cuenta la normativa aplicable a su caso específico, esto es, el Decreto 1161 de 2014, por tanto, el acto administrativo goza de total legalidad.

Argumenta, que, si bien el Decreto 1794 del año 2000 fue declarado exequible por el Consejo de Estado, retrotrayendo sus efectos, la situación jurídica del señor Gazabón Contreras se encuentra consolidada, siendo improcedente el reconocimiento del subsidio familiar en los términos de la norma del año 2000, puesto que ello implicaría la vulneración del principio de inescindibilidad de la norma, no es dable tomar de cada normativa lo más favorable, debe darse aplicación integral de una normatividad.

Propuso las excepciones de: "LEGALIDAD NORMATIVA DEL ACTO IMPUGNADO", "IMPROCEDENCIA DEL DERECHO RECLAMADO", y la "INNOMINADA". En consecuencia, solicita negar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, en la etapa de alegatos de conclusión, la mandataria judicial de la entidad demandada se sostuvo en los argumentos de la contestación de la demanda, considerando que se encuentra debidamente acreditada la legalidad del acto demandado, no logró la parte actora desvirtuar dicha legalidad, reiterando que la situación del señor Luis Gabriel está jurídicamente consolidada, con aplicación de la norma vigente al momento de la causación del derecho, sin que sea posible la aplicación de norma anterior.

1.4.- Concepto del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este despacho no rindió concepto es este asunto.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la fecha de presentación de la demanda, el lugar de prestación del servicio y de expedición del acto administrativo atacado, este juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 138, 155 numeral 3 y 156 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2.d., expresa que se deberá instaurar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo. Sin embargo, igualmente el mismo articulado establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo cuando se dirija contra actos derivados del silencio administrativo y cuando se trate de actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado en contra de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional no ha caducado, atendiendo que en la demanda busca la declaratoria de

la reliquidación de prestaciones sociales de carácter periódico, como el caso del subsidio familiar, teniendo en cuenta que el actor se encuentra en servicio activo.

2.2.- Problema jurídico.

Corresponderá determinar si el Oficio nro. 20193110515901: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 19 de marzo de 2019 se encuentra ajustado a Derecho, o sí, por el contrario, está afectado de nulidad y por tanto le asiste razón al señor LUIS GABRIEL GAZABÓN CONTRERAS, al considerar que tiene derecho al reajuste de su subsidio familiar, con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

2.3.- Tesis.

Se accederá a las pretensiones de la demanda atendiendo a que se desvirtuó la presunción de legalidad del Oficio nro. 20193110515901: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 19 de marzo de 2019, y se acreditó que tiene derecho el accionante al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme las prerrogativas Decreto 1794 de 2000, considerando que se causó el derecho en vigencia de dicha norma, atendiendo la nulidad del Decreto 3770 de 2009.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

- ❖ Se remitió constancia de 1.º de marzo de 2019, por parte de la sección atención al usuario DIPER folio 43, índice 01, expediente digital-, con la cual se acredita que el señor Luis Gabriel Gazabón Contreras ha prestado el siguiente servicio:

- Servicio militar: De 12/04/2004 a 13/08/2005.
- Soldado Profesional: De 14/08/2005 a 1/03/2019.

- ❖ El señor Luis Gabriel Gazabon Contreras contrajo matrimonio con la señora Karen Katerine Pérez Arias el 19 de noviembre de 2010, de acuerdo con la copia del folio del registro civil de matrimonio nro. 05350364. -Folio 45, índice 01, expediente digital-.

- ❖ Obra nómina del señor Gazabon Contreras folio 47, índice 01, expediente digital-, con la cual se acredita que para el mes de marzo de 2019 le reconocieron los siguientes valores:

| | | |
|---------------------------------|--|---------------|
| Sueldo básico: | | \$ 1.159.363 |
| Seguro de vida: (0) | | \$ 14.318.00 |
| Devolución partida alimentación | | \$ 20.736 |
| Subsidio Familiar: (25) | | \$ 289.840,75 |
| BONORDPUPF (25) | | \$ 289.850,75 |
| PRSOLVOL: (58.5) | | \$ 678.227,85 |

- ❖ El 13 de marzo de 2019 el señor Luis Gabriel Gazabon Contreras solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar con fundamento en el Decreto 1794 de 2000, y mediante el Oficio nro. 20193110515901: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 19 de marzo de 2019 la oficina sección Ejecución presupuestal DIPER, informó que mediante Orden Administrativa de Personal nro. 2053 de 30 de septiembre de 2014, con novedad 13 de julio de 2014, y Orden Administrativa de Personal nro. 1406 de 30 de abril de 2015, novedad fiscal 27 de enero de 2015, le fue reconocido subsidio familiar, en cuantía del 25% folios 49 a 56, índice 01, expediente digital-, discriminados de la siguiente manera:

- 20 % por matrimonio.

- 03% por primer hijo.
- 02% por segundo hijo.

Y con base en ello, negó el reconocimiento del mencionado subsidio familiar, argumentando que la situación del señor Luis Gabriel Gazabon Contreras, es una situación consolidada bajo el Decreto 1161 de 2014.

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

❖ Presunción de legalidad de los actos administrativos

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en la actualidad¹:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decreta la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso Administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que los actos administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

❖ Fundamento legal en materia salarial y prestacional de los soldados profesionales.

Conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. De ahí que, el legislador quedó habilitado para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada norma constitucional.

El Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales, hoy denominados riesgos laborales, y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley 100 de 1993. No obstante, en su artículo 279² dispuso la inaplicabilidad de esta respecto de

¹ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

² Artículo 279. «Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.».

los miembros de la Fuerza Pública, quienes se encuentran cobijados por uno exceptuado cuyo fundamento reside en la naturaleza de las competencias, funciones y riesgos que asumen en la prestación del servicio que tienen a su cargo.

Mediante el Decreto 1793 de 2000, "*Régimen de carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*", que estableció la vinculación de los soldados profesionales, ordenando al gobierno Nacional a expedir el régimen salarial y prestacional, así:

"ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas. (...)

*ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.
(...)*

ARTÍCULO 42. AMBITO DE APLICACION. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales".

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 38, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 "*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*", en el cual se distingue claramente dos grupos de soldados profesionales: aquellos vinculados a partir del 31 de diciembre de 2000, quienes tienen derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un porcentaje del 40%, y los que tenían vinculación como voluntario y luego pasaron a ser soldados profesionales con derecho a devengar por disposición legal un salario mínimo más un incremento del 60% sobre el mismo salario. Esto señaló el artículo 1.º de la mencionada norma:

"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)" (Subrayado del despacho).

Norma que cobija al señor Luis Gabriel Gazabón Contreras, teniendo en cuenta que ingresó al servicio del Ejército Nacional, directamente en calidad de soldado profesional, el 12 de abril de 2004.

❖ Fundamento legal del subsidio familiar

El subsidio familiar es una prestación propia del régimen de seguridad social, la cual ha sido definida por la Corte Constitucional³, como una prestación social legal de carácter laboral⁴. Para el empleador es una obligación que la ley le impone, que busca beneficiar las necesidades básicas del grupo familiar del trabajador en relación con la alimentación, vestuario, educación y alojamiento, es decir es un mecanismo de redistribución del ingreso.

3 Sentencia C-508 de 1997

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

La Ley 21 de 1982 definió el subsidio familiar como "*una prestación social pagadera en dinero, en especie y en 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 nivel básico de la sociedad*"⁵.

Dicha normatividad dispuso que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de realizar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios y que dicho beneficio opera como un mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores que cuentan con menos recursos⁶.

En el caso específico de los soldados e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, el régimen salarial y prestacional es de carácter especial y se encuentra regulado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, así:

"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, fue expedido el Decreto 3770 de 2009, el cual derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000, dejando el subsidio familiar vigente solo 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 mencionado es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual, es decir únicamente quedó vigente para aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales que al 30 de septiembre de 2009 lo estuvieren percibiendo.

Finalmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se trae 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, en los siguientes términos:

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

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica para la cónyuge 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.

5 Artículo 1 de la Ley 21 de 1982.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-440 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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: Par 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 para este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARAGRAFO 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.

PARAGRAFO 2. Para los efectos 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 párrafo siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago).

PARAGRAFO 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".

Posteriormente, el Consejo de Estado mediante sentencia de 8 de junio de 2017 declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tunc*, y señaló que las disposiciones contenidas en el mencionado decreto, que eliminaban el subsidio familiar para los soldados profesionales eran 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, así mismo afectaban el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social. Esto señaló:

"(...) la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto carente de legalidad, al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica, toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática".

De esta manera, desde el momento en que se encuentra en firme la providencia proferida por la Alta Corporación, que anuló el Decreto 3770 de 2009, se entiende vigente el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir que 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.

Por otro lado, los 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.

TERCERA: Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Descendiendo al caso en estudio, recordemos que el demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual, se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, bajo el amparo del Decreto 1794 de 2000.

Por su parte, el Ejército Nacional se opuso a tal declaración señalando que la situación del señor LUIS GABRIEL GAZABÓN CONTRERAS es una situación jurídica consolidada, ya que le fue reconocido el subsidio familiar conforme el Decreto 1161 de 2014, y por ello, no es dable la aplicación de la norma anterior.

En este contexto pasamos a decidir.

Con base en las pruebas oportunamente recaudadas, se acreditó que el señor Luis Gabriel Gazabón Contreras ingresó a las filas del Ejército Nacional inicialmente en la prestación del servicio militar obligatorio, desde el 12 de abril de 2004 hasta el 13 de agosto de 2005; posteriormente, en calidad de soldado profesional, desde el 14 de agosto de 2005 a la actualidad.

Contrajo matrimonio con la señora Karen Katherine Pérez Arias el 19 de noviembre de 2010, de acuerdo con la copia del folio del registro civil de matrimonio nro. 05350364. Y tiene 2 hijos: Luis David Gazabón Pérez y Kataleya Gazabón Pérez.

Se remitió certificado de nómina del accionante, en el cual se observa que para el mes de marzo de 2019, devengó los siguientes haberes:

| | | |
|---------------------------------|--|---------------|
| Sueldo básico: | | \$ 1.159.363 |
| Seguro de vida: (0) | | \$ 14.318.00 |
| Devolución partida alimentación | | \$ 20.736 |
| Subsidio Familiar: (25) | | \$ 289.840,75 |
| BONORDPUPF (25) | | \$ 289.850,75 |
| PRSOLVOL: (58.5) | | \$ 678.227,85 |

Adicionalmente, se encuentra acreditado que el señor Luis Gabriel Gazabón Contreras devenga subsidio familiar en el porcentaje del 25 %, que corresponde al 20 % por su esposa, 3 % por su primer hijo y 2 % por su segunda hija.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera, se encuentra probado que la vinculación del actor como soldado profesional ocurrió a partir del año 2005, es decir, en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 del año 2000, razón por la cual, su asignación salarial mensual equivale a un salario mínimo incrementado en un 40 %, como lo prevé el artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, como efectivamente lo viene devengando.

Teniendo en cuenta que, para la fecha a partir de la cual se señala que el actor contrajo matrimonio, es decir, en **noviembre de 2010**, se encontraba vigente el Decreto 3770 de 2009, era esta norma la que gobernaba el subsidio familiar reclamado por el señor Luis Gabriel Gazabón, sin embargo, como se señaló *ut supra*, el Consejo de Estado mediante sentencia del 8 de junio de 2017 derogó tal disposición normativa, con efectos *ex tunc*, de manera que se habilitó nuevamente a favor del actor el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y por tanto, en principio tendría derecho al reconocimiento de esa partida dentro de sus haberes.

Ahora, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 impone una carga al militar, a efectos del reconocimiento del 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". (Subrayas del despacho).

Por su parte, el párrafo 2 del art 1 del Decreto 1161 de 2014⁷ dispuso:

"ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

(...)

⁷ "Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones."

PARÁGRAFO 2. Para los efectos 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 párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago". (Subrayas del despacho).

Y los literales a y c de la mencionada norma, señalan:

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

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

(...)

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. (...)"

Teniendo en cuenta las mencionadas normas y que el señor Luis Gabriel Gazabon Contreras devenga un subsidio familiar equivalente a 25 % del salario básico, se encuentra debidamente acreditado que fue liquidado con base en lo establecido en el Decreto 1161 de 2014, que establece el equivalente al 20 % para la esposa, el 3 % adicional por el primer hijo y el 2 % adicional para el segundo hijo.

Entonces, de acuerdo con el material probatorio que reposa en el expediente, se observa que no hay evidencia alguna que acredite la fecha en la cual el soldado profesional GAZABON CONTRERAS haya notificado el reporte del cambio de su estado civil ante la entidad, pese a que se afirma en la demanda que hizo el trámite en el mes de diciembre de 2010 sin que le fueran recibidos los documentos. Sin embargo, conforme a la copia del folio del registro civil de matrimonio con indicativo serial nro. 05350364, se acredita que desde el mes de noviembre de 2010 contrajo matrimonio con la señora Karen Katherine Pérez, por lo tanto, aunque el reporte de la misma se hubiera presentado en vigencia del nuevo decreto del año 2014, la norma aplicable al soldado profesional es la prevista en el Decreto 1794 de 2000.

Además, en el caso del señor GAZABON CONTRERAS se debe tener en cuenta que no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del Decreto 1794 de 2000, por lo que presentándose el supuesto de hecho que autoriza el reconocimiento y pago del subsidio familiar en vigencia de dicha norma, conforme a lo indicado en la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, resulta procedente concluir que es la normativa del año 2000 la que se encuentra llamada a regir el reconocimiento solicitado.

Por lo anterior, se considera que le asiste derecho al señor Luis Gabriel Gazabon Contreras a que su subsidio familiar sea reconocido conforme el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

De acuerdo con lo expuesto, las excepciones de LEGALIDAD NORMATIVA DEL ACTO IMPUGNADO e IMPROCEDENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, propuestas por la defensa técnica de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional no prosperan, dado que el actor tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000.

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas por concepto de subsidio familiar, es necesario recordar que, mediante sentencia del 8 de junio de 2017, el Consejo de Estado declaró la nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 del 2009, dejando entonces vigente la aplicación del Decreto 1794 de 2000 a situaciones consolidadas a partir del año 2000 y hasta antes de la vigencia del Decreto 1161 de 2014.

De esta manera, como quiera que solamente a partir de la citada decisión judicial que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 el actor tuvo una expectativa real frente al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por cuanto solo hasta ese momento dicha normativa cobró nuevamente vigencia luego de haber sido derogada 4 años atrás, y comoquiera que la petición que dio origen a la actuación administrativa data del 13 de marzo de 2019 y la demanda se puso en marcha el 26 de abril de 2019, debe concluirse que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Por lo antes expuesto y en conclusión, este Despacho declarará la nulidad del oficio nro. 20193110515901: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 19 de marzo de 2019, en razón a que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme lo señalado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, norma destinada a regular la situación jurídica particular y concreta presentada a partir del 19 de noviembre de 2010.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional que proceda a reconocer y pagar a favor del actor, la partida de subsidio familiar a partir del 19 de noviembre de 2010, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, descontando de este valor, las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto al señor Luis Gabriel Gazabon Contreras, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le viene reconociendo la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1. °.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas, de igual manera tales diferencias serán objeto de los descuentos de ley en materia de salud, pensión y demás que sean pertinentes.

4. COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, 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 General del Proceso.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se realizará por secretaría del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa prosperó.

Sentencia NREDE núm. 150 de 31 de octubre de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008-2019-00181-00
Accionante: LUIS GABRIEL GAZABÓN CONTRERAS
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se fijarán agencias en derecho teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 del Acuerdo n. ° PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, así como al numeral 3 del artículo 366 del CGP. Agencias en derecho que se fijarán en el equivalente al 0.5 % del monto reconocido como condena.

5. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar NO probadas las excepciones denominadas LEGALIDAD NORMATIVA DEL ACTO IMPUGNADO e IMPROCEDENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, propuestas por la defensa técnica de la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional conforme lo señalado en precedencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio nro. 20193110515901: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 19 de marzo de 2019, mediante el cual se negó al señor LUIS GABRIEL GAZABON CONTRERAS el reconocimiento del subsidio familiar bajo el amparo del Decreto 1794 de 2000, por lo expuesto.

TERCERO: En virtud de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL a:

- Reconocer y pagar el subsidio familiar del señor LUIS GABRIEL GAZABON CONTRERAS, a partir del 19 de noviembre de 2010, en cuantía establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
- Descontar las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto al señor LUIS GABRIEL GAZABON CONTRERAS, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le viene reconociendo la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1. °.

Los valores resultantes serán indexados conforme la fórmula establecida en la parte motiva de la presente providencia.

La Nación– Ministerio de Defensa– Ejército Nacional deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás descuentos a que haya lugar, siempre y cuando sobre este no se haya efectuado la deducción legal.

CUARTO: Condenar en costas a la parte demandada- Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. Líquidense por secretaría.

Se FIJAN las agencias en Derecho en la suma equivalente al 0.5 % del monto reconocido como condena, las que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas.

QUINTO: Se dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: mapaz@procuraduria.gov.co; sarayabogada2015@gmail.com; notificaciones.popayan@mindefensa.gov.co; claudia.diaz@mindefensa.gov.co;

Sentencia NREDE núm. 150 de 31 de octubre de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008-2019-00181-00
Accionante: LUIS GABRIEL GAZABÓN CONTRERAS
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En firme esta providencia entréguese copia de la misma con constancia de ejecutoria a la parte interesada para los efectos pertinentes, ello a la luz del artículo 114 del Código General del Proceso, y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:

Zuldery Rivera Angulo

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

008

Popayan - Cauca

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: **cec93e949a77683943d97bb747682c9e4187911528078303d43695cad4549a18**

Documento generado en 31/10/2022 04:03:11 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>