



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, primero de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2019-00235-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: YONEY ALBERTO PENAGOS BUSTAMANTE
DEMANDADO: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por YONEY ALBERTO PENAGOS BUSTAMANTE en contra de la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, radicado con el No. 73-001-33-33-004-**2019-00235-00**.

1. PRETENSIONES.

La parte actora pretende que se declare la nulidad del oficio **20183112502701 del 20 de diciembre de 2018**, y en consecuencia que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago a su favor, del reajuste del subsidio familiar, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2010, equivalente al 4% de su salario básico más la prima de antigüedad.

Igualmente, que se dé aplicación a los artículos 189, 190, 191 y del CPACA.

2. HECHOS

1. Que el actor es soldado profesional al servicio del Ejército Nacional.
2. Que el actor convive en unión libre con la señora LUZ DARY GARCES CAJAS desde el 25 de agosto de 2009, razón por la cual tiene derecho a que se le reconozca el subsidio familiar, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
3. Que en virtud de lo anterior, así lo solicitó a la entidad accionada, la cual lo denegó, mediante el oficio demandado.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

La entidad demandada en su contestación de la demanda adujo que se oponía a las pretensiones incoadas y que el acto demandado se ajustaba a la normatividad vigente a la fecha de su expedición.

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 31 de mayo de 2019 (fol. 1), correspondió por reparto a este Juzgado, el que mediante auto de fecha 9 de julio de 2019, admitió la demanda (fls. 22 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 30 y ss) dentro del término de traslado de la demanda, la demandada contestó y allegó las respectivas pruebas que pretendía hacer valer (fls 47 y ss).

Luego, mediante providencia del 14 de febrero de 2020 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 77), la cual no se pudo celebrar debido a la situación de confinamiento surgida por la pandemia del Covid-19.

Sin embargo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 que estableció la posibilidad de dictar sentencia anticipada en asuntos como el *sub lite*, mediante auto de fecha 22 julio de 2020, se dejó sin efecto el referido auto y en su lugar, se ordenó incorporar las pruebas documentales allegadas por las partes dentro del *sub lite* (fol. 79 y ss). Posteriormente, a través de auto de fecha 31 de julio de 2020 se ordenó a las partes presentar por escrito sus correspondientes alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto (fol. 117), habiendo hecho uso de este derecho exclusivamente la parte demandada, quien solicitó la denegación de las pretensiones de la demanda, dado que su petición no se encuentra cobijada por la Ley. (Fls. 91 y ss).

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

¹ Fls. 31 y ss

2. Problema Jurídico.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si *el demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reconozca y pague el subsidio familiar, conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2010 o si por el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta pretensión se encuentra ajustado a derecho.*

3. Acto Administrativo Demandado

Se demanda el **Oficio 20183112502701 del 20 de diciembre de 2018** por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento del subsidio familiar, con base en el Decreto 1794 de 2000.

4. Tesis del Juzgado.

El Despacho considera que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar, en su calidad de soldado profesional, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, en virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, con efectos ex tunc.

5. Fundamentos de la Tesis del Despacho.

5.1. Subsidio familiar como partida computable para los soldados profesionales

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

“ARTICULO 1. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano 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. Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”

“ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia”.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C-508 de 1997, sostuvo que el Subsidio Familiar ostenta una triple condición: i) la de prestación legal de carácter laboral, ii) la de mecanismo de redistribución del ingreso y iii) la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Se tiene entonces, que se trata

de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El Decreto 1794 del 2000 reguló la asignación básica de los **soldados profesionales** y en su artículo 11, estableció que tendrían derecho a devengar un subsidio familiar, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares CASADO O CON UNIÓN MARITAL DE HECHO VIGENTE, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente **al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.** Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”*

Posteriormente, con la expedición del Decreto 3770 de 2009 se derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000 **y con ello, los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar.** Sin embargo, la mentada norma contempló un régimen de transición en materia de subsidio familiar, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.”(Subrayas del despacho)

En aras de eliminar la situación de desigualdad creada en contra de los Soldados Profesionales con la norma previamente referida, el gobierno nacional expidió el **Decreto 1161 de 2014**, mediante el cual, se crea nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y se establece además, **que dicha partida será tenida en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro**, así:

“Artículo 1°. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1° de julio de 2014, para los Soldados

*Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, **que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:***

- a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;*
- b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo;*
- c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.*

Parágrafo 1°. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

Parágrafo 2°. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1° de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

Parágrafo 3°. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)” (Negrilla y Subrayado del Juzgado)

5.2. Sentencia del 8 de junio de 2017 del H. Consejo de Estado, mediante la cual se declaró con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009.

Efectivamente, a través de sentencia del 8 de junio de 2017, el H. Consejo de Estado declaró con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, por el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en el cual se establecía el subsidio familiar para los soldados profesionales.

Para arribar a tal conclusión efectuó el siguiente análisis:

“...la Sala encuentra además que la medida contenida en el decreto 3770 de 2009 encarna en sí misma un acto discriminatorio. Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas: (i) respecto de los soldados profesionales que dentro del término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 hubieren adquirido el derecho subjetivo al subsidio familiar por haber contraído matrimonio o constituir unión marital de hecho, frente a los soldados profesionales que teniendo el reconocimiento al derecho objetivo no hubieren alcanzado el expreso reconocimiento al derecho subjetivo, existiendo la probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, dentro del lapso en el que el artículo 11 ibídem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) en relación con los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, como respecto de los suboficiales y oficiales a quienes se les reconoce dicho derecho objetivo.

En efecto, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no solamente estipuló un derecho objetivo con vocación de subjetivación en cabeza de quienes contraigan matrimonio o constituyan una unión marital del hecho, sino que también reconoció este derecho a todos los soldados profesionales en servicio activo, por cuanto que al ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y ser titulares del derecho a la familia tienen la probabilidad cierta de consolidar en el futuro el correspondiente derecho a la prestación del subsidio familiar.

Ahora bien en relación con la segunda hipótesis normativa mencionada, esta Corporación ha precisado anteriormente que existe un trato discriminatorio entre los miembros efectivos del ejército nacional con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009, en la medida en que subsiste el reconocimiento de la prestación social del subsidio familiar a los suboficiales y oficiales del ejército y no a los soldados profesionales. De manera que el Consejo de Estado ha inaplicado, con efectos interpartes, disposiciones contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal y abstracto, por considerar que conllevan a privilegiar un tratamiento desigual entre iguales, en relación con la inclusión de la prestación del subsidio familiar como factor prestacional al momento de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, toda vez que por mandato del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, solo se reconoce dicha posibilidad cuando quien se retira del ejercicio ha prestado servicios como suboficial u oficial de las fuerzas militares.

Fue así como el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia del 27 de octubre de 2016, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Gabriel Valbuena Hernández, dijo lo siguiente:

“De la norma transcrita se deduce que el subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mas no en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, como el demandante; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado sin justificación razonable que redundaría en una flagrante violación del principio de igualdad. (...)”

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

(...) si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial” (Subrayado ajeno al texto original)

En relación con estas hipótesis normativas la Sala no encuentra justificación alguna que motivara la decisión del Gobierno Nacional para imponer arbitrariamente una medida regresiva que como se dijo destroza de tajo una garantía fundamental anteriormente reconocida a los soldados profesionales. Sin embargo, para proseguir en el análisis y advirtiendo que de las contestaciones de la demandas como de los alegatos de conclusión presentados por las entidades del Gobierno Nacional, no es posible advertir los fundamentos, en cuanto objetividad, razonabilidad y relación de proporcionalidad, sobre los que se sustentara la derogatoria del reconocimiento del derecho objetivo a la mencionada prestación social; se tendrá en cuenta para el efecto la consideración realizada por el demandante en el sentido de señalar que la medida derogatoria adoptada en el acto administrativo acusado bien puede obedecer a razones de índole presupuestal, frente a la sostenibilidad financiera del sistema.

Sin embargo, una medida regresiva como la estudiada tampoco resulta ser idónea y necesaria a la luz de la satisfacción de mayores requerimientos presupuestales de las Fuerzas Militares, por cuanto que bien pudo haberse realizado una reducción en los gastos de funcionamiento del sector defensa o acudirse a una adición presupuestal con recursos propios del alto gobierno, medidas que bien hubieran podido evitar el sacrificio mayor del derecho prestacional al subsidio familiar de los soldados profesionales, como en efecto sucedió.

Finalmente, no es posible considerar que una medida regresiva de tal entidad pueda ser proporcional entre el objetivo que perseguía y el medio final empleado, debido a que la previsión no es de aquellas que limita o restringe un derecho y por tanto permita tener un punto de comparación para la aplicación del test de proporcionalidad, toda vez que como se dijo la decisión gubernamental implicó el cercenamiento total del derecho mencionado. Incluso, tal despropósito, carácter desproporcionado de la medida, y afectación al principio de confianza legítima, fue reconocido posteriormente por el

Gobierno Nacional al intentar enmendar el exabrupto constitucional con la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual “se crea” el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales.

En conclusión, 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.”

5.3. Caso concreto

De lo probado en el proceso

- El demandante se vinculó al servicio del Ejército Nacional como Soldado Voluntario a partir del día 1° de agosto de 2000 y hasta el 31 de octubre de 2003, y, como soldado profesional desde el 1° de noviembre de 2003 hasta el 31 de marzo de 2019. (fol. 64)
- Que desde el 31 de marzo y hasta el 30 de junio de 2019, corrieron los 3 meses de alta, habiendo completado el actor, un total de 20 años 4 meses y 23 días de servicio en el Ejército Nacional. (Fl. 63).
- Que de conformidad con la hoja de servicios visibles a folio 64 del expediente y el acto acusado, se evidencia que al actor se le reconocía una partida de subsidio familiar equivalente al 23%, conforme a lo normado en el Decreto 1161 de 2014. (Fls. 65).
- Que según escritura pública del 6 de noviembre de 2014, de declaración de unión marital de hecho, los señores YONEY ALBERTO PENAGOS BUSTAMANTE y LUZ DARY GARCES CAJAS, declararon que desde el 25 de agosto de 2009, han conformado unión marital de hecho.
- Que según el acto demandado y la hoja de servicios visible a folio 64, mediante oficio OAP EJE 1425 del 30 de abril de 2015, al actor se le reconoció subsidio familiar en cuantía del 23%, conforme al decreto 1161 de 2014.
- Que mediante petición del 25 de octubre de 2017, el demandante solicitó al Ejército Nacional, el reajuste y pago debidamente actualizado, de la partida subsidio familiar, desde el día que constituyó unión marital de hecho, conforme al Decreto Ley 1794 de 2000 (Fls. 12 y ss), lo cual fue denegado mediante el acto administrativo acusado. (Fls. 16 y ss).

Pretende en el presente asunto el demandante que a partir del 25 de agosto de 2009, fecha en la que según la escritura pública antes reseñada, constituyó unión marital de hecho con la señora GARCES CAJAS, se le aplique lo previsto en el Decreto 1794 de 2000, que en su artículo 11 establecía el subsidio familiar para los soldados profesionales, ello con fundamento en que si bien es cierto con el Decreto 3770 de 2009, se derogó el precitado artículo, y solamente con la expedición del Decreto 1161 de 2014, se volvió a crear el mentado subsidio para estos, lo cierto es que con la sentencia del H. Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, mediante la cual se declaró con efectos ex tunc la nulidad total del Decreto 3770, automáticamente quedó vigente el artículo 11 del Decreto 1794, como si nunca hubiera salido del ordenamiento jurídico.

Desde ya ha de advertir el Despacho, que razón le asiste a la parte demandante, pues efectivamente, mediante providencia aclaratoria de la sentencia reseñada en el párrafo anterior, calendada el 8 de septiembre de 2017, el H. Consejo de Estado precisó con relación a los efectos ex tunc de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, lo siguiente:

*“...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 legalidad².***

*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 tome³. 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 inmediata⁴.*

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

² 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.

³ 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.

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

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”⁵.

De acuerdo con la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esa penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos jurídicos legales⁶.

La nulidad de ese tipo de actos puede generar un aparente vacío normativo en la medida en que se anule un acto general que reguló una materia determinada derogando la regulación preexistente.

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.

El efecto de la sentencia de nulidad de los reglamentos y actos generales frente a las normas derogadas por el propio acto o reglamento que se anula es el de, en principio, revivir la vigencia de la norma derogada siempre que haya vacío normativo, vacío que entorpecería la acción de la administración.

Así, el efecto de esa declaratoria es que el acto derogatorio pierde validez y, por ende, las normas que fueron derogadas recuperen sus efectos jurídicos. Salvo cuando se presenten situaciones individuales consolidadas, evento en el cual le corresponderá al juez de conocimiento analizar los efectos de la nulidad, atendiendo las circunstancias particulares y concretas de cada caso.

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

⁵ 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.

⁶ Jaime Orlado Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Página 327, Universidad Externado de Colombia, 4 ed, 2007.*

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.

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...". (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior es dable colegir entonces, que al declararse la nulidad del Decreto 3770 de 2009, mediante el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794, hay dos consecuencias inmediatas: de un lado, que ese acto derogado cobra de nuevo vigencia y, de otro lado, que comoquiera que la situación jurídica del actor, en relación con el reconocimiento del mentado subsidio familiar, no se encontraba consolidada, sobre la misma, la sentencia de nulidad con efectos ex tunc, tuvo efectos inmediatos.

En efecto, en el presente asunto debemos tener en cuenta que el demandante no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del mentado 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 a la que se hizo alusión en líneas precedentes, resulta meridiano concluir que es dicha normatividad la que se encuentra llamada a regir el reconocimiento solicitado.

Por lo anterior, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, pues se itera, al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar, conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, norma destinada a regular la situación jurídica particular y concreta presentada a partir del 25 de agosto de 2009, como se señaló en precedencia.

En consecuencia, se ordenará a la demandada Nación- Ministerio de Defensa-Ejército Nacional que proceda a reconocer y pagar a favor del actor, la partida de subsidio familiar, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 25 de agosto de 2009 y hasta la fecha de su retiro del servicio, pudiendo descontar de este valor, las sumas que ya le fueran canceladas por este concepto al señor PENAGOS BUSTAMANTE habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le reconoció hasta la fecha de su retiro, la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.

En igual sentido, resulta procedente ordenar la liquidación de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 25 de agosto de 2009 y en adelante.

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.**

PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente:

1. Que mediante sentencia judicial del 8 de junio de 2017, se declaró la nulidad con efectos ex tunc, del Decreto 3770 del 2009.
2. Que mediante petición del 25 de octubre de 2018, el actor solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, conforme al Decreto 1794 de 2000.
3. Que la demanda fue presentada el día 31 de mayo de 2019.

Así las cosas, como quiera que solamente a partir de la 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 solamente 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 se presentó el 25 de octubre de 2018 y la demanda el 31 de mayo de 2019, deberá concluirse que en este caso, no operó el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia a la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, incluyendo en la liquidación el valor de \$ 722.000.00, equivalente al 4% de lo pedido, por concepto de agencias en derecho,

de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo distinguido como **Oficio Nº. 20183112502701 del 20 de diciembre de 2018**, proferido por la Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional que proceda a reconocer y pagar a favor del actor, YONEY ALBERTO PENAGOS BUSTAMANTE, la partida de subsidio familiar, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 25 de agosto de 2009 y hasta la fecha, pudiendo descontar de este valor, las sumas que ya le fueran canceladas por este concepto al señor mismo, habida consideración que a partir de la vigencia del Decreto 1161 de 2014, al mismo se le reconoció hasta la fecha de su retiro, la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en su artículo 1°.

TERCERO: CONDENAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a pagar a favor del actor, las diferencias a que haya lugar, con ocasión de las prestaciones sociales que para su liquidación dependan del subsidio familiar, en los términos del Decreto 1794 de 2000, desde el 25 de agosto de 2009 y en adelante.

CUARTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera, sobre las diferencias liquidadas deberán efectuarse los descuentos legales en materia de salud y pensión y demás que sean procedentes.

QUINTO: CONDENAR en costas a la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor de la parte accionante, la suma de \$ 722.000.00. Por Secretaría, líquídense.

SEXTO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas las anotaciones del caso y la comunicación de la presente a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza

