REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No. 023

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: **11001-33-35-009-2022-00131-00**
NATURALEZA: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
DEMANDANTES: **CARLOS ALBEIRO HOYOS OCAMPO**
DEMANDADO: **NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL**

Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por **Carlos Albeiro Hoyos Ocampo,** en contra de la **Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional.**

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

Según el líbelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad del Oficio N° 20220423330075231 del 23 de febrero de 2022, suscrito por el Oficial jefe de la División de Nóminas -Armada Nacional, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita:

i) pagar a favor del demandante por concepto de subsidio familiar el 4% del salario básico más la prima de antigüedad, de conformidad con el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

ii) pagar todas las sumas reconocidas debidamente indexadas conforme al IPC certificado por el DANE.
iii) pagar los intereses de qué trata el numeral 3° del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.
v) al pago de costas, gastos procesales y agencias en derecho, en caso de oposición a la presente demanda.

1.1.2. Fundamentos fácticos

Carlos Hoyos Ocampo narró que, ha prestado sus servicios en la Armada Nacional como infante de Marina Regular, posteriormente como alumno Infante de Marina Profesional y finalmente como Infante de Marina Profesional.

Señaló que, contrajo matrimonio el día 08 de junio de 2013, con la señora Johanna Maritza Agudelo como lo indica el Registro Civil de Matrimonio con Indicativo serial No. 5785520.

Teniendo en cuenta lo anterior, en julio de 2013, solicitó ante la oficina de personal de la unidad en la que trabajaba, el reconocimiento del subsidio familiar establecido en el Decreto 1794 de 2000, articulo 11, empero el funcionario encargado le informó que no era posible recibirle los documentos debido a que la citada norma había sido derogada por el Decreto 3770 de 2009.

Adujo que, en el mes de julio de 2014, solicitó nuevamente el reconocimiento del subsidio familiar, siéndole reconocida dicha prestación, pero según lo establecido en el Decreto 1161 de 2014.

Arguye que, el día 18 de febrero de 2022, radicó derecho de petición ante la entidad demandada, por medio del cual solicitó el reconocimiento del subsidio familiar establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, la expedición de las certificaciones de tiempo, nómina y del último lugar geográfico donde prestó o debió prestar sus servicios. Y, mediante el acto administrativo relacionado en la pretensión primera el Oficial jefe División Nóminas Armada Nacional, negó la solicitud realizada.

Manifiesta el apoderado que el último lugar de prestación de servicios fue el Comando de Infantería de Marina - CIMAR ubicado en la ciudad de Bogotá D.C., tal y como se evidencia en el certificado de tiempo y servicio aportado.

Normas Violadas y Concepto de Violación

Como normas violadas la parte actora invoca las siguientes:

- Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 216 y 217 de la Constitución Política.
- Artículo 2° de la ley 4ª de 1992.
- Artículo 38 del decreto 1793 y 1794 de 2000.
- Artículo 1° de la ley 21 de 1982.
- Articulo 3 y siguientes de la ley 789 de 2002.

En torno al concepto de violación argumentó que, el acto administrativo que negó el pago del subsidio familiar es violatorio de las normas constitucionales y legales.

Señala que el subsidio familiar debe ser reconocido a los trabajadores de medianos y menores ingresos, como es el caso de los Soldados e infantes de marina profesionales, con el fin de aliviar las cargas económicas de la familia y para reforzar su argumento citó la sentencia C-508 de 1997, proferida por la Corte Constitucional y la sentencia de fecha junio 08 de 2017, dentro del radicado 11001-03-25-000-2010-00065-00, proferida por el Consejo de Estado, en las que se indicó que el subsidio familiar ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, convirtiéndose en un mecanismo de redistribución del ingreso.

Resalta que el acto administrativo acusado conlleva a una vulneración del derecho a la igualdad por cuanto el subsidio familiar fue creado por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del 1° de enero de 2001 y el actor ingresó a la institución en calidad de Infante de Marina Profesional el día 17 de enero de 2008, por lo que se encuentra dentro de las previsiones de tal normativa, y a pesar de que el demandante devenga el subsidio familiar establecido en el Decreto 1161 de 2014, es contrario a derecho toda vez que, los soldados e infantes de marina que ingresaron a la institución del Decreto 1793 de 2000 y contrajeron matrimonio o declararon la existencia de la unión marital de hecho desde el momento de ser enlistados hasta la promulgación del Decreto 3770 de 2009, devengan el beneficio del subsidio familiar del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Expone que quienes ingresaron al servicio militar profesional en calidad de Soldados e Infantes de Marina consideraban que al momento de ingresar a las filas militares tenían unas prerrogativas salariales en cuanto al subsidio familiar y al momento de legalizar su vida marital tenían la expectativa de que se les reconocería este beneficio

en la magnitud del decreto 1794 de 2000, no obstante, al momento de reconocerle al actor un subsidio familiar diferente al que devengan otros Soldados e Infantes de Marina Profesionales, como es el establecido en el decreto 1161 de 2014, se está ante la violación directa de normas constitucionales como es el artículo 13, violación que lleva aparejada una desmejora salarial y prestacional frente al principio de regresividad, discriminación y expectativa legitima de los derechos.

Argumenta que el acto administrativo atacado es violatorio de los derechos adquiridos y expectativas legitimas del actor, al no obtener el beneficio que en principio se le prometía con el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se le reconociera un beneficio inferior establecido en el decreto 1161 de 2014, en relación con los Soldados e Infantes de Marina Profesionales que si devengan el subsidio de la norma anterior.

Refiere que es procedente declarar la nulidad del acto atacado y en consecuencia el reconocimiento del derecho debe ordenarse desde el momento en que el actor contrajo vida marital, de conformidad con la fecha de matrimonio, atendiendo a que cuando el actor constituyo legalmente su vida marital fue a solicitar a la institución demanda por intermedio de la sección de personal el reconocimiento del subsidio familiar establecido en el decreto 1794 de 2000 artículo 11, sin embargo no le fue reconocido; toda vez que el artículo en mención había sido derogado por el decreto 3770 de 2009, hasta el año 2014 donde le fue reconocido el subsidio establecido en el decreto 1161 de 2014.

Considera que se debe inaplicar por vía de excepción de inconstitucionalidad las normas relativas al subsidio familiar consagradas en el decreto 1161 de 2014, a su vez; porque, en primer lugar, los Soldados e Infantes de Marina Profesionales que contrajeron matrimonio o declararon la existencia de la unión marital de hecho en vigencia del artículo 1 del decreto 1794 de 2000, devengan como subsidio familiar el 4% del salario básico más la prima de antigüedad. Mientras que, los Soldados e Infantes de Marina Profesionales que legalizaron su vida marital en vigencia del decreto 1161 de 2014, devengan por la esposa o compañera permanente el 20%, por el primer hijo el 3%, por el segundo hijo el 2% y por el tercer hijo el 1% del salario básico como subsidio de familia, entonces; mientras que unos devengan como máximo un 26% de subsidio familiar, otros pueden alcanzar un tope máximo de 58.5%; lo que constituye una violación clara y tangible del derecho a la igualdad.

1.1.3. Escrito de contestación

El apoderado de la entidad demandada en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones, precisa que de conformidad con el SIATH, le fue reconocido al IMP Carlos Albeiro Hoyos Ocampo el 23% de subsidio familiar por el matrimonio con la señora Johanna Maritza Agudelo y el nacimiento de su hijo Miguel Ángel Hoyos Agudelo Orden Administrativa de personal No. 985 del 27 de noviembre de 2014, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1161 de 2014, acto administrativo que se encuentran en firme y ejecutoriado.

Como argumentos de fondo expuso que existe ausencia de falsa motivación del acto administrativo demandado, toda vez que, el mismo se expidió en cumplimiento de las normas que regulan el asunto como lo es el Decreto 1161 de 2014, "*Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones*", situación que, además, hace que el acto sea legítimo y carezca de vicios de nulidad.

Realiza un recuento histórico sobre la naturaleza del subsidio familiar, y explica que su origen se remonta al artículo 66 del Decreto 3220 del 9 de diciembre de 1953; que estableció que los oficiales de las fuerzas militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos tendrán derecho a una prima mensual de alojamiento, y el artículo 122 del artículo en mención señalo la misma prima para los oficiales retirados en goce de asignación de retiro.

Para sustentar su dicho, cita los artículos 65 y 103 del Decreto 501 de 1955, así como los artículos 3° y 5° del Decreto 032 del 5 de febrero de 1959, la Ley 126 del 18 de diciembre de 1959, el Decreto 1794 de 2000, el decreto 4433 de 2004, el Decreto 1161 de 2014, los cuales regulan el tema salarial de los saldados. Igualmente, trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre esas la sentencia a C- 654/97 del 3 de diciembre de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonel y la Sentencia C-888/02, Referencia expediente D-3971.

Por último, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda en atención a que no se encuentra desvirtuada por parte del demandante la presunción de legalidad que ampara a todo acto administrativo. Por el contrario, señala que la administración actuó apegada a las facultades conferidas en la ley y la jurisprudencia y no se ha vulnerado ningún derecho de orden constitucional, convencional, legal o jurisprudencial, razón por la cual las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 02 de mayo de 2022 y repartida el mismo día a este juzgado; mediante auto del 12 de julio de la misma anualidad, se admitió en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional; y con auto del 20 de junio de 2023, se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas documentales; y se corrió traslado para alegar de conclusión.

1.2.1. Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho, sólo la parte demandante rindió escrito de alegaciones finales. Por su parte, la entidad demandada no alegó de conclusión y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

1.2.1.1. Alegatos de la parte actora

En esta oportunidad, el apoderado de la parte actora reiteró los hechos y pretensiones de la demanda y precisó que a su juicio, la sentencia del Consejo de Estado - Sección Segunda, de fecha junio 08 de 2017, dentro del radicado N° 11001032500020100006500, que declaró la nulidad del decreto 3770 de 2009, con efectos ex tunc, revivió el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, el cual, hasta la fecha se encuentra vigente, con efectos al pasado, presente y futuro y que el derecho debe reconocerse desde el momento en que el demandante legalizó su vida conyugal, es decir, desde el 08 de junio de 2013.

Advierte que si bien, no fue posible demostrar que el demandante haya reportado el cambio de su estado civil a la Armada desde el momento en que legalizó su vida marital, no debe tomarse este requisito de manera literal teniendo en cuenta que la armada no recibió las solicitudes, bajo el argumento que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, había sido derogado y posteriormente fue posible reclamar desde la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 20 de junio de 2023, el problema jurídico se contrae a determinar si el demandante tiene derecho a que la

Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional, le reconozca y pague por concepto de subsidio familiar el 4% del salario básico más la prima de antigüedad, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Certificacion de tiempos servidos y ultimo lugar de servicios del señor Carlos Albeiro Hoyos Ocampo (archivo 04 folio 1).

2.2.2. Certificación de nómina mensual "activos ABRIL de 2022, del señor Carlos Albeiro Hoyos Ocampo (archivo 04 folio 02).

2.2.3. Registro Civil de Matrimonio No. 5785520 con fecha de matrimonio 8 de junio de 2013, entre el señor Carlos Albeiro Hoyos Ocampo y Johanna Maritza Agudelo (archivo 04, folios 3 y 4)

2.2.4. Petición Radicado No. 20220041320056352 del 18 de febrero de 2022, por medio de la cual el demandante solicita el reconocimiento y pago del subsidio familiar del Decreto 1794 de 2000. (archivo 04 fl.5 y 6)

2.2.5. Oficio No. 20220423330075231/MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 del 23 de febrero de 2022, por medio del cual la entidad demandada niega el reconocimiento del subsidio familiar establecido en el Decreto 1794 de 2000. (archivo 04 fl. 9).

2.2.6. Cédula de ciudadanía del demandante Carlos Albeiro Hoyos Ocampo (archivo 04 fl. 10).

2.3. 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. Bajo ese derrotero el subsidio familiar 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. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.*
> *PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.*
>
> *PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual".(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) 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)***

2.4 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 que se estableció 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, C. P. 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 redunda 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."

3. Análisis de los medios de prueba y caso concreto

Del acervo probatorio se establece que:

- El demandante se vinculó a la Armada Nacional en Servicio Militar desde el 26 de junio de 2006 al 31 de octubre de 2007, luego, como alumno Infante Profesional desde el 1° de noviembre de 2007 al 16 de enero de 2008 y como Infante de Marina Profesional desde el 13 de septiembre de 2006 y hasta el 03 de diciembre de 2015 y como dragoneante profesional desde el 17 de enero de 2008 y hasta el momento de presentar la demanda. (archivo 04 fl. 1).
- Que de conformidad con la certificación de haberes del último mes devengado en actividad visible en el archivo 04 fl. 02 del expediente digital se observa que al demandante se le reconoce una partida de subsidio familiar del 23%, conforme a lo normado en el Decreto 1161 de 2014.
- Que de conformidad con el Registro Civil de Matrimonio No. 5785520, los señores Carlos Albeiro Hoyos Ocampo y Johanna Maritza Agudelo, contrajeron matrimonio el 8 de junio de 2013 (archivo 04, folios 3 y 4).
- Que mediante petición con radicado No. 20220041320056352 del 18 de febrero de 2022, el demandante solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, desde el día que contrajo matrimonio, el cual fue negado por la entidad.

Pretende en el presente asunto el demandante que, a partir del 8 de junio de 2013, fecha en la que contrajo matrimonio con la señora Johanna Maritza Agudelo, se le aplique lo previsto en el Decreto 1794 de 2000, que en su artículo 11 establecía un subsidio familiar correspondiente al cuatro (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Desde ya ha de advertir el Despacho que, de conformidad a la normatividad y jurisprudencia anteriormente citada, le asiste razón a la parte demandante, pues efectivamente, mediante providencia aclaratoria de la sentencia 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 legalidad[1] .***

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 tome[2]. 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[3]*

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"[4]*

(…)

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

---

[1] 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

[2] 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.

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

[4] 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.

reglamentarias para desarrollar su función, todo eso, en virtud del principio de la auto-tutela normativa que se predica de la función administrativa.
(…)
***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".

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…". (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior es dable colegir que 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, así mismo que a lo largo del proceso ha manifestado que cumple con los requisitos para acceder al subsidio familiar, los cuales tanto para el Decreto 1794 de año 2000 y el Decreto 1161 de 2014 son similares, a saber:

- Ser soldado profesional o infante de marina profesional.
- Estar casado o con unión marital de hecho vigente.
- Y, tener hijos (No es un requisito per sé, sino un incremento en el subsidio reconocido).

Conforme al material probatorio allegado al libelo y de lo dicho anteriormente se tiene en cuenta al demandante los siguientes tiempos de servicios:

ARMADA NACIONAL

EL SUSCRITO DIRECTOR DE LA DIRECCIÓN DE PERSONAL ARMADA NACIONAL
HACE CONSTAR

Que revisados los listados del personal de SOLDADO PROFESIONAL figura el Señor(a) HOYOS OCAMPO CARLOS ALBEIRO, identificado(a) con Cédula de Ciudadanía No. 1087993349 de DOSQUEBRADAS, con Código Militar No. 1087993349, con el grado de DRAGONEANTE PROFESIONAL, en la actualidad labora en COMANDO DE INFANTERIA DE MARINA, le figura la siguiente información:

SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES

NOVEDAD	DISPOSICIÓN				FECHAS		TOTAL
					DE	A	AA-MM-DD
SERVICIO MILITAR	ARC	OAP-ARC	137	08-AGO-2006	26-JUN-2006	31-OCT-2007	01-04-05
ALUMNO INFANTE PROFESIONAL	ARC	OAP-ARC	573	19-DIC-2007	01-NOV-2007	16-ENE-2008	00-02-15
INFANTE PROFESIONAL	ARC	OAP-ARC	020	16-ENE-2008	17-ENE-2008		14-03-11
Total tiempos reconocidos en ARMADA NACIONAL							15-10-01

Pues bien, en la imagen anterior se aprecia que se desempeñó como infante de marina profesional desde el 17 el enero de 2008, con lo cual se estaría dando cumplimiento al primer requisito para ser beneficiario del subsidio familiar.

Así mismo se encuentra probado que desde el 08 de junio de 2013, contrajo matrimonio con la señora Johanna Maritza Agudelo, estado civil conocido por la demandada.

Asunto: Respuesta solicitud reconocimiento y pago subsidio familiar Decreto 1794/00

En atención a su oficio sin número ni fecha, radicado el día 18 de febrero de 2022 en el Sistema de Gestión Documental bajo número 20220041320056352, por medio del cual solicita el reconocimiento y pago de subsidio familiar en favor del Infante de Marina Profesional CARLOS ALBEIRO HOYOS OCAMPO, identificado con el número de cédula número 1.087.993.349 en aplicación de lo establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado correspondiente al radicado 11001-03-25-000-2010-00065-00 NI 0686-2010; respetuosamente me permito informarle que verificado el Sistema Integrado para la Administración del Talento Humano (SIATH), se evidenció que a su poderdante mediante Orden Administrativa de Personal número 0985 del 27 de noviembre de 2014, le fue reconocido el 23% de subsidio familiar por el matrimonio con la señora JOHANNA MARITZA AGUDELO y el nacimiento de su hijo MIGUEL ANGEL HOYOS AGUDELO, en atención a solicitud elevada previamente por aquel.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en providencia de fecha 08 de septiembre de 2017, conceptuó que la declaratoria de Nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009, revivió las disposiciones contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de la promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014.

Como quiera que en el caso de su poderdante, el acto administrativo enunciado se encuentra en firme y ejecutoriado, tiene la situación jurídica consolidada, no resulta viable realizar el reconocimiento y pago por usted solicitado, resolviéndose desfavorablemente su solicitud dentro de los términos legales.

En este orden de ideas, surge para el actor el derecho al reconocimiento del subsidio familiar en la forma prevista en el artículo 11 del mentado Decreto 1794 de 2000, equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

En este punto, resulta importante precisar que si bien en el en el acto acusado - Oficio No. 20220423330075231/ MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 del 23 de febrero de 2022, - relacionado anteriormente, la entidad demandada manifiesta

que del matrimonio entre el actor y la señora Johanna Maritza Agudelo nació un hijo (Miguel Ángel Hoyos Agudelo), lo cierto es que al proceso no se aportó Registro Civil de Nacimiento del menor, por tanto no se tendrá como probado este suceso, en la presente litis, por lo tanto, no ordenará el incremento correspondiente por el hijo .

Cabe aclarar que, aunque la entidad ha venido liquidando y pagando el subsidio familiar aplicando el Decreto 1161 de 2014 y en cuantía equivalente al 23%, es claro que tal determinación se adoptó teniendo en cuenta la vigencia del Decreto 3770 de 2009, por cuanto la situación concreta del accionante es que inicialmente no pudo acceder al subsidio familiar consignado en el Decreto 1794 de 2000: Toda vez que, para el momento en el que contrajo matrimonio, esa norma había sido derogada.

Por lo que no es de recibo el argumento de la entidad demandada en virtud del cual se indica que el accionante ya goza del subsidio familiar en virtud del Decreto 1161 de 2014 y que por tanto no es aplicable el Decreto 1794 de 2000, toda vez que, el matrimonio del actor, se dio con antelación a la fecha de expedición del mencionado decreto, esto es, **8 de junio de 2013**; por lo que la norma aplicable es el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que se reitera recobró su vigencia con la declaratoria de nulidad de la norma que lo había derogado.

De acuerdo con lo anterior, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia se ordenará a la demandada Nación- Ministerio de Defensa- Armada Nacional que proceda a pagar a favor del actor, el subsidio familiar conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del **8 de junio de 2013**, y hasta la fecha de retiro de la institución, pudiendo descontar de este valor las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto.

En igual sentido, resulta pertinente 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 **8 de junio de 2013**, y en adelante.

3.1. Indexación

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

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

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Con relación al pago de intereses moratorios, los mismos quedan supeditados a los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

3.1 De la prescripción

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas se encuentra que:

3.1.1. El 08 de junio de 2017, a través de sentencia judicial se declaró la nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009.
3.1.2. El actor el 18 de febrero de 2022, solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme al Decreto 1794 de 2000.
3.1.3. La demanda fue presentada el día 02 de mayo de 2022.

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 y como quiera que la petición que dio origen a la actuación administrativa se presentó el **18 de febrero de 2022**, deberá concluirse que en este caso operó el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, pues el actor reclamó con posterioridad a los cuatro años desde que tuvo la expectativa del derecho, es decir, hasta el 8 de junio de 2021, por tanto, los efectos fiscales de los valores a reconocer serán a partir del **18 de febrero de 2018**.

3.2. De la condena en costas

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA[9], en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo pasivo y aun cuando la parte activa solicitó en sus pretensiones que se le condene en costas, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP[10] y el numeral 8° del artículo 365[11] del mismo estatuto, estas deber ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan**

causadas y en la medida de su comprobación, y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022[12], en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

> *<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación", requisito que no se cumple en este asunto>>.*

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,** D.C, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo No. 20220423330075231/ MDN-COGFM-COARC-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 del 23 de febrero de 2022, expedido por la entidad demandada, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA ARMADA NACIONAL**, que proceda a reconocer y pagar a favor del demandante Carlos Albeiro Hoyos Ocampo**,** la partida de subsidio familiar conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1974 de 2000, a partir del 8 de junio de 2013, pero efectos fiscales de los valores a reconocer serán a partir del **18 de febrero de 2018**, por operar el fenómeno prescriptivo previsto en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, y hasta la fecha, pudiendo descontar de este valor las sumas que ya le fueron canceladas por este concepto al señor demandante, habida cuenta 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 el artículo 1°.

TERCERO: la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL pagará** 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 18 de febrero de 2018 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: NO CONDENAR EN COSTAS de esta instancia, conforme a las consideraciones expuestas.

SEXTO: REMÍTASE copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:
germanlojedam@gmail.com;
notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co;
carlosahoyos88@gmail.com;
vannesagutierrez.abogada@gmail.com;

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

OCTAVO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO
Juez

KTMC