

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2019-00105-00
DEMANDANTE: ÓSCAR DE JESUS MESA NIETO
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Óscar de Jesús Mesa Nieto, identificado con C.C. N°. 16.231.511, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se extraen las siguientes:

1. Que se declare la nulidad del Oficio No. 201831111860891 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1. 10, proferido el 28 de septiembre de 2018, por medio del cual se negó al demandante el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los términos previstos en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000.
2. Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a reajustar, reconocer y pagar a favor del demandante el subsidio familiar desde el 08 de mayo de 2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
3. Que se disponga el reconocimiento y pago del retroactivo salarial que se genere con fundamento en el reajuste del subsidio Familiar.
4. Que se reajusten las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra acreencia laboral a que tenga derecho el demandante con fundamento en el reajuste reclamado.
5. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores reconocidos en favor del demandante.
6. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores reconocidos al demandante.
7. Que se condene en costas al demandado.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se exponen en forma abreviada:

1. El señor Óscar de Jesús Mesa Nieto ingresó a prestar el servicio militar en calidad de Soldado Regular en el Ejército Nacional desde el día 03 de junio de 1996.
2. El demandante fue dado de alta el 01 de noviembre de 2003, en calidad de Soldado Profesional.
3. El día 08 de mayo de 2012, el señor Óscar de Jesús Mesa Nieto contrajo matrimonio con la señora Adriana Patricia Clavijo Ordoñez.
4. Fruto de la relación marital citada anteriormente, nació el menor Yojhan Camilo Mesa Clavijo, el día 07 de julio de 2011.
5. El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional hasta el 31 de marzo de 2015.
6. El día 24 de septiembre de 2018, mediante derecho de petición, el demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.
7. Mediante Oficio No. 201831111860891 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 librado el 28 de septiembre de 2018, la entidad demandada negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar solicitado.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política.

De orden Legal y reglamentario: Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículos 206 a 214; Ley 4ª de 1992, artículo 10; Decreto 1211 de 1990, Decreto 1793 de 2000, Decreto 1794 de 2000, Decreto 1794 de 2000 y Decreto 4433 de 2004.

1.1.4 Concepto de violación¹.

¹ Folios 2-3.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse. Como fundamento de lo indicado, sostiene que, al demandante, respecto del régimen del subsidio familiar, debe aplicársele lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. En consecuencia, el acto administrativo acusado desconoció el derecho a la igualdad, toda vez que a un grupo de soldados profesionales goza del subsidio familiar y otro grupo de soldados no tiene dicha prestación.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional - no contestó la demanda.

1.2.2 Audiencia Inicial²

En audiencia inicial, el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. En tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y, en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibidem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda. En consecuencia, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Ministerio Público: Realizó un estudio fáctico y normativo del asunto objeto de debate. De acuerdo a ello solicitó al despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

² Folios 43-47.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer: Por ende, el **litigio** pretende establecer: Si el señor Óscar de Jesús Mesa Nieto tiene o no derecho a que se le reajuste el subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Igualmente, deberá determinarse si en el presente asunto operó el silencio administrativo respecto de los recursos interpuestos por el demandante contra el acto demandado.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- El señor Óscar de Jesús Mesa Nieto prestó sus servicios personales al Ejército Nacional, desempeñándose como Soldado Profesional desde el 21 de noviembre de 1994 hasta el 31 de marzo de 2015 (folio 14).
- El demandante presentó derecho de petición ante la entidad demandada. A través de aquel solicitó que le fuera reajustado el Subsidio Familiar en los términos fijados en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 (folios 13-14).
- La entidad demandada, mediante Oficio N°. 20183111860891 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1. 10 de 28 de septiembre de 2018, resolvió negar el reconocimiento y pago del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 (folio 12).

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso

concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1 Subsidio familiar

A través del Decreto 1794 de 2000, se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales. En efecto, el artículo 11 del referido decreto contempla el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales casados o con unión conyugal vigente, en proporción equivalente al 4% del salario básico más la prima de antigüedad. Dicha norma impuso el deber al soldado profesional de informar al comando de la fuerza el cambio de estado civil.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3770 de 2009, a través del cual suprimió el Subsidio Familiar reconocido a los soldados en virtud del Decreto 1794 de 2000. Allí se previó que solo podría seguirse reconociendo el Subsidio Familiar a quienes les estuviera reconocido, precisando que aquel solo podría devengarse hasta el retiro del servicio.

Empero, el Consejo de Estado³, mediante sentencia de 08 de junio de 2017, declaró la nulidad, con efectos *ex tunc*, del Decreto 3770 de 2009, por considerar que la norma en mención era regresiva, en tanto, que suprimió, sin justificación alguna, el Subsidio Familiar a los Soldados Profesionales. Por ello el Decreto 1794 de 2000 se entiende vigente desde el 01 de enero de 2001 y en adelante, respecto de los soldados que hubieren consolidado el derecho en vigencia de aquel.

Ahora bien, el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014⁴, creó el Subsidio Familiar para Soldados Profesionales que no lo percibieran de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, en los siguientes términos:

"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

³ CE, SCA, S2, SS "B", Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-2010), Actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales "Sedesol", Demandado: Gobierno Nacional.

⁴ "Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones".

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.”

Lo expuesto, permite concluir que tendrían derecho al reconocimiento y pago del Subsidio Familiar, según lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, quienes hubieren consolidado el derecho con anterioridad a la vigencia del Decreto 1161 de 2014 (25 de junio de 2014); mientras que los que lo hubieren consolidado después de aquella data deberán regirse por las reglas previstas en esta última disposición.

Y en términos de la reciente sentencia de unificación⁵, de fecha 25 de abril de 2019 se sentó como regla jurisprudencial respecto del reconocimiento del subsidio familiar lo siguiente:

“185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁶, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009⁷, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.⁸

186. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo

⁵ Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)

⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

⁷ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁸ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

En conclusión, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%⁹ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁰ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. (...)"

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se encuentra que el demandante prestó sus servicios en el Ejército Nacional desde el 21 de noviembre de 1994 (folio 19). De igual manera, se observa que el señor Óscar de Jesús Mesa Nieto, el día 08 de mayo de 2012, contrajo matrimonio con la señora Adriana Patricia Clavijo Ordoñez (folios 16).

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que el señor Óscar de Jesús Mesa Nieto, por haber contraído nupcias el día 08 de mayo de 2012, tiene derecho a que se le reconozca el Subsidio Familiar de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de del Decreto 1794 de 2000.

Sobre el particular, ha de precisarse que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 impone como carga al soldado profesional anunciar o comunicar al estado mayor el cambio de estado civil, deber este que no cumplió el actor durante la vigencia del referido decreto. Sin embargo, ello obedeció a la imposibilidad jurídica, por cuanto, para la fecha que el demandante contrajo nupcias se encontraba vigente el Decreto 3770 de 2009.

De manera que, a pesar de haber cumplido los requisitos para que le fuera reconocido el subsidio familiar, al señor Óscar de Jesús Mesa Nieto solamente le fue posible presentar la comunicación de cambio de estado civil al comando una vez quedó ejecutoriada la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 3370 de 2009.

⁹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁰ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

En consecuencia, el señor Óscar de Jesús Mesa Nieto tiene derecho a que se le reconozca y pague el subsidio familiar de acuerdo a las reglas previstas en el Decreto 1794 de 2000, toda vez que consolidó su derecho el día 08 de mayo de 2012, estando en vigencia dicha norma, por virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

Decisión.

Atendiendo a lo acreditado en el expediente, se concluye que se accederá e a las suplicas de la demanda. En consecuencia, se declarará la nulidad del Oficio N°. 20183111860891 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1. 10 de 28 de septiembre de 2018. A título de restablecimiento se ordenará el reajuste del subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir, el 4% del salario más la prima de antigüedad.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, pagará al demandante las sumas que resulten a favor de éste, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada reajuste salarial y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Prescripción

El Decreto 1794 de 2003 no contempló la figura la prescripción de derechos, sin embargo, el artículo 10 del Decreto 2728 de 1968¹¹, determinó que “El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años”, razón por la cual se aplicará dicho término prescriptivo.

No obstante, como se indicó con anterioridad, al demandante solamente le estuvo permitido reclamar el reconocimiento del Subsidio Familiar a partir de la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, razón por la cual no hay lugar a declarar la prescripción de derecho alguno.

COSTAS

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”¹².

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia precisó que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida

¹¹ “Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares”.

¹² Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. (...)

por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...*en que haya controversia...*” y “...*sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”.

En el presente caso, no es procedente imponerlas a la parte vencida, toda vez que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que, aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del Oficio N°. 20183111860891 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1. 10 de 28 de septiembre de 2018, por medio del cual se negó el reajuste del Subsidio Familiar al señor Óscar de Jesús Mesa Nieto, identificado con C.C. N°. 16.231.511, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** deberá reajustar y pagar al señor Óscar de Jesús Mesa Nieto, identificado con C.C. N°. 16.231.511, el Subsidio Familiar en un porcentaje

equivalente al 4% de la asignación básica más la prima de antigüedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, a partir del **08 de mayo de 2012**.

CUARTO. La entidad demandada deberá pagar la diferencia causada entre el salario percibido y el incremento aquí ordenado, según la formula expuesta en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

OCTAVO. Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez