

Cartagena de Indias D.T y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-001-2016-00095-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JAIRZINHO EDUARDO OROZCO</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<i>Reclamo de intereses moratorios por pago tardío de la reliquidación de las mensualidades pagadas por concepto de subsidio familiar, años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 18 de enero de 2018 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual declaró probada la excepción de prescripción y denegó las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1 LA DEMANDA<sup>2</sup>.

A través de apoderado judicial, el señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

<sup>1</sup>Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Folios 1-10 cdno 1

### 3.1.1 Pretensiones<sup>3</sup>

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo expreso contenido en el Oficio No. 20150423330358771/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha del 15 de octubre de 2015, notificado de forma personal el día 03 de noviembre de la misma anualidad, mediante el cual se da respuesta desfavorable a la petición radicada por el actor, consistente en el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio devengó el actor, durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento de derecho se condene a la accionada a lo siguiente:

- i. Efectuar el reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios a favor del actor, causados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó, en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desde que cada uno se hizo exigible hasta cuando se realizó su pago total el 12 de septiembre de 2012.
- ii. Reconocer al actor los perjuicios morales y materiales generados por el retardo injustificado en el pago de la reliquidación sobre cada una de las mensualidades que por concepto de subsidio familiar devengó, en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.
- iii. Que se indexen las sumas reconocidas conforme al art. 187 del CPACA.
- iv. Que se condene al pago de costas y agencias en derecho.

### 3.1.2 Hechos<sup>4</sup>

Como soporte fáctico de la demanda se expone que el señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO, ingresó a las fuerzas militares en el año 2000, a prestar sus servicios en calidad de soldado voluntario, en vigencia y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, y su último lugar de trabajo fue el Batallón de fusileros de I.M. No. 2 en Cartagena.

---

<sup>3</sup> Folio 1 cdno 1

<sup>4</sup> Folio 1-3 ibídem

**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

Que laboró bajo el régimen de la Ley 131 de 1985 hasta el año 2003, cuando fue incorporado como Soldado Profesional/Infante de Marina, en virtud del Decreto 1793 de 2000, a partir del 1 de noviembre del 2003, se hizo acreedor del salario y prestaciones sociales de esta categoría de soldados, principalmente, del subsidio familiar.

Explica, que durante los años 2003 a 2007 al actor se le pagó de forma errada el subsidio en mención, pues se aplicó equivocadamente la fórmula para su liquidación (se le pagaba el 4% de la asignación básica y la prima de antigüedad). Posteriormente, en el año 2009, el Ministerio de Defensa corrigió el error, y reliquidó la prestación en mención de manera adecuada (4% de la asignación básica + prima de antigüedad), conforme la aclaración hecha en el Decreto 3770/2009.

En noviembre del año 2011, se inició el pago de las acreencias adeudadas, en el caso del accionante, se le pagó el 29.4%; y el saldo restante, 70.6% el 12 de septiembre de 2012, recibiendo un total de \$13.572.124; ello, se llevó a cabo sin que previamente se expidiera y notificara acto administrativo alguno.

Afirma, que no se le pagó ningún valor por concepto de indexación de las sumas, ni por intereses moratorios por el capital adeudado desde los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, desde que cada uno se hizo exigible, hasta que se pagó efectivamente la deuda, el 12 de septiembre de 2012. Que, en razón de lo anterior, se presentó un derecho de petición el 9 de septiembre de 2015, solicitando el pago de los intereses moratorios por el retardo en el pago de los valores ya referenciados; sin embargo, la entidad dio respuesta negativa a dicha solicitud, conforme se observa en el Oficio 20150423330358771/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha del 15 de octubre de 2015.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

A juicio del apoderado del accionante, con la expedición del acto acusado se transgredieron las siguientes disposiciones:

- Constitución política de Colombia, artículos 2, 13, 53, 58 y 90.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 24.
- Código Civil artículo 1617
- Código de Comercio, artículo 844
- Ley 21 de 1982



Sostiene que la Nación- Ministerio de Defensa – Armada Nacional, vulneró sus derechos y su dignidad humana al liquidar de forma errada el subsidio familiar durante un largo tiempo, error que quiso emendar pagando las sumas de dinero correspondientes, pero sin incluir en las mismas los intereses moratorio o indemnización por el yerro cometido.

Sostiene que el hecho anterior, produce una desigualdad entre las relaciones ciudadano –Estado, puesto que al primero se le obliga a pagar los tributos siempre indexados y con intereses, mientras que el Estado aun estando obligado a ello, no lo hace.

Indica que existe nulidad por falsa motivación del acto, por desconocer lo establecido en los artículos 1608 y 1617 del Código Civil Colombiano, que establece la mora como una indemnización por el retraso en el pago de una obligación. Afirma, que se viola la Ley 21 de 1982 que creó el subsidio familiar como una prestación social en favor de los trabajadores de medianos y menores ingresos en proporción al número de personas a cargo; sin embargo, en esta oportunidad, debido a la indebida liquidación de este subsidio, el mismo no tuvo la virtualidad de cumplir con el fin que lo originó.

### **3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL<sup>5</sup>**

Manifiesta que se opone a las pretensiones del actor, por carecer éstas de fundamento legal y de respaldo probatorio, toda vez que el acto administrativo acusado que le niega los intereses moratorias por el pago retardado del subsidio familiar fue expedido con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales, por tanto, está amparado de presunción de legalidad, del cual no se advierten causal de nulidad como abuso de poder, desviación de poder, falsa motivación, o violación de normas de carácter constitucional, legal o reglamentario; ninguna de las cuales se encuentra probada, siquiera en forma sumaria.

Sostiene que, el subsidio familiar reconocido a los Infantes de Marina Profesionales se liquidaba conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en un equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Luego, el Ejecutivo derogó el mencionado artículo

---

<sup>5</sup> Folio 56-68 Cdno 1



**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

11 del Decreto 1794 de 2000 y redactó con claridad el verdadero espíritu de la norma, expidiendo para tales efectos el Decreto 3770 de 2009, el cual señala de manera clara y diáfana la forma de liquidar dicha prestación, aplicando el 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad. Por tal razón, el Ministerio de Defensa Nacional, al percatarse que venía realizando incorrectamente la liquidación y pago del subsidio familiar al demandante, sin mediar solicitud del interesado, de manera oficiosa, procedió a cancelar el retroactivo del subsidio familiar, de conformidad con la disponibilidad presupuestal dada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cancelando dichos valores en los meses de octubre de 2011 y septiembre de 2012.

Explica que, el demandante se allanó a la mora, pues nunca requirió a la demandada para constituirla en mora, por cuanto creyó que la obligación se estaba pagando correctamente, conforme lo ordenaba el Decreto 1794 de 2000; por tal razón, no se pueden causar intereses moratorios.

Afirma, que está demostrado que la falta de pago total del subsidio familiar al demandante no obedeció a la mala fe de la Armada Nacional, por el contrario dicha omisión obedeció al convencimiento razonable que tenía la entidad demandada de que la liquidación y pago del subsidio familiar, se estaba realizando conforme lo ordenaba el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; dicho de otra manera, la demandada actuó de buena fe, ya que siempre estuvo atenta a cumplir con sus deberes y obligaciones frente a su empleado. Por consiguiente, el pago del retroactivo del subsidio familiar no puede dar lugar a intereses moratorios.

Indica que, si en gracia de discusión el demandante tuviera derecho a los intereses moratorias por el retraso en el pago del subsidio familiar de los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, ellos se encontrarían prescritos, dado que en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles los subsidios familiares, el demandante jamás presentó reclamación alguna ante la entidad, por el pago de dicha prestación y menos por el pago intereses moratorios. El actor solo presenta solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de los intereses moratorios causados por el retardo en el pago de la reliquidación del subsidio familiar devengado en los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, hasta el 09 de septiembre de 2015, fecha para la cual ya se encontraban prescritos sus derechos.



13-001-33-33-001-2016-00095-01

Añade que, de las pruebas allegadas al proceso se vislumbra que el acto que ordenó el pago de las diferencias dejadas de percibir, con el cual nacen los perjuicios que aquí se reclaman, se expidió y ejecutó hace más de 4 años, lo que excede el término para acudir a la jurisdicción de lo contencioso, razón por la cual el presente asunto se encuentra incurso en la excepción previa de caducidad de la acción.

Adicionalmente, propuso las excepciones de: i) caducidad de la acción; ii) presunción de legalidad; iii) cobro de lo no debido; iv) prescripción de derechos laborales; v) buena fe, e innominada.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

Con providencia calendada el 18 de enero de 2018, el Juez Primero Administrativo de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia declarando probada la excepción de prescripción.

*“PRIMERO. - Declarar probada la excepción de prescripción del derecho propuesta por la entidad demandada.*

*SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior se dispone la terminación del proceso.*

*TERCERO. - Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente previa cancelación de su radicado”.*

Adujo que, de encontrarse probada la excepción de prescripción planteada por la parte demandada, daría lugar a la terminación del proceso por extinción del derecho. En ese sentido, manifestó que, en el presente caso se reclama el derecho al pago de los intereses generados por el pago tardío de las sumas originadas en la reliquidación que de manera oficiosa efectuó la entidad demandada respecto de la partida correspondiente al subsidio familiar que devengaba la parte actora, como soldado profesional, concretamente los causados durante los años 2003 a 2007.

Así las cosas, partiendo de la naturaleza de los derechos reclamados y de la calidad de quienes lo reclaman, concluyó el A-quo que efectivamente la norma aplicable en materia de prescripción es el artículo 174 del decreto 1211 de 1990, invocado por el accionante, dado que el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares no contempla un término prescriptivo especial. En cuanto a la aplicabilidad de esta disposición, el despacho se apoyó en el criterio expuesto en la

<sup>6</sup> Folio 90-95 Cdno 1



13-001-33-33-001-2016-00095-01

sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, con ponencia de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, proferida dentro expediente identificado con el radicado interno: 342020152, la cual dispuso que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenderse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente."

Indicó que, debía determinar la fecha a partir de la cual se hizo exigible el derecho a los intereses que se reclaman, como quiera que es éste el punto de partida a partir del cual debe computarse el término prescriptivo, afirmando que, que a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000 surgió para los soldados profesionales el derecho a percibir mensualmente el subsidio familiar, cuando se configuraran los supuestos previstos en tal disposición. Conforme a lo antes expuesto y siguiendo la regla de prescripción contenida en el artículo 174 ya mencionado se tiene que la parte actora para efectos de interrumpir la prescripción de esta prestación mensual, debió presentar la reclamación respectiva dentro de los cuatro años siguientes a su exigibilidad, la cual surge mes a mes atendiendo a la forma de su causación. En efecto, teniendo en cuenta que el subsidio familiar se causa mensualmente, su exigibilidad se surge igualmente mes a mes y a partir del tal evento comienza a computarse el término para reclamar cualquier derecho derivado de esta prestación.

Conforme al anterior consideró que en el presente caso la reclamación encaminada al reconocimiento de los intereses por las diferencias en el pago del subsidio familiar debió ser presentada respecto del año 2003 a más tardar al año 2007, del año 2004 hasta el año 2008; del año 2005, hasta el año 2009; del año 2006 hasta el año 2010 y respecto del año 2007 hasta el año 2011, así las cosas, advirtió la extemporaneidad de la reclamación presentada el 9 de septiembre de 2015 (fi. 13), configurándose la prescripción del derecho. Por lo antes expuesto, el A-quo adujo que en el presente caso la fecha en que se efectuó el reconocimiento y pago de las diferencias prestacionales — septiembre de 2012- no puede tenerse en cuenta para computar el término de prescripción.

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>**

El recurso de alzada fue sustentado en la audiencia inicial celebrada el 18 de enero de 2018, en la misma la apoderada de la parte accionante expuso que,

<sup>7</sup> Fol. CD audiencia inicial Min: 18:50 Cdo 1.

**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

el Decreto 3370 de 2009 ratificó el artículo 11 del Decreto 1074 de 2000, donde el Ministerio de Defensa liquidó el retroactivo de la diferencias generadas por la corrección de las sumas efectuadas sobre el subsidio familiar dejados de pagar entre los años 2003, a 2007, pero que este pago solo se realizó el 29.4% de lo adeudado, se pagó el mes de noviembre de 2011, y el 70,6% hasta el 12 de septiembre de 2012.

Afirmó que la normatividad administrativa no regula los intereses moratorios por el pago injustificado del subsidio familiar, en virtud a la jurisprudencia y los principios de igualdad y equidad se ha crecer las obligaciones que asumen las entidades públicas, tienen el mismo alcance jurídico que la están a cargo de las personas privadas, debido a que, sufrió un daño económico al no cancelársele la prestación en los tiempos estipulados en la norma.

Como sustento de su recurso, trajo a colación la sentencia C-188/1999 del 2 de marzo, en donde la Corte Constitucional hace referencia a los principios de igualdad y equidad.

Solicita finalmente, la aplicación de las normas civiles para resolver su pretensión, teniendo en cuenta que no hay norma expresa para ello.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 02 de marzo de 2018<sup>8</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 16 de agosto de 2018<sup>9</sup>; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 08 de abril de 2019<sup>10</sup>.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante:** no presentó escrito de alegatos.

**3.6.2. Parte demandada:** alegó de conclusión, ratificándose en los argumento de la contestación de la demanda<sup>11</sup>.

**3.6.3 El Ministerio Público** no presentó concepto.

---

<sup>8</sup> Folio 3 c. de apel.

<sup>9</sup> Folio 5 c. de apel.

<sup>10</sup> Folio 9 c. de apel.

<sup>11</sup> Folio 11-15 c. de apel.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1 Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

##### **5.2 Problema jurídico.**

De acuerdo con el planteamiento hecho en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

*¿El señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO tiene derecho a que se le reconozca y paguen los intereses moratorios por el retardo en el pago del retroactivo por la reliquidación del subsidio familiar devengado en los años 2003 a 2007?*

##### **5.3. Tesis de la Sala**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que el actor no demostró tener derecho a lo reclamado por medio de esta demanda, teniendo en cuenta que de las pruebas allegadas, se avizora que, la entidad demandada realizó la debida reliquidación de las acreencias adeudadas desde 2006 hasta el año 2007, tal y como lo certifica en el proceso, sin que esté demostrada cuáles fueron los valores cancelados en octubre del 2011 y septiembre de 2012 (a efectos de hacer el cálculo de real de los posibles intereses causados).

##### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

###### **5.4.1 Subsidio familiar para soldados profesionales.**

De acuerdo con la Ley 131 de 1985 se tiene que, quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio, tuviesen el deseo de vincularse al servicio militar voluntario, debían manifestar tal decisión ante la autoridad respectiva; y, una vez aceptados, quedarían sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e



**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley.

De igual forma, devengarían una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, sin sobrepasar el salario de un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto. Adicionalmente, se les reconocía una bonificación de navidad por cada año de servicio o proporcional.

Por otra parte, la Ley 21 de 1982, reguló lo relacionado con el subsidio familiar, definiéndolo en su artículo 1º como "*...una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad*".

En los artículos 5º y 7º de la norma citada se plasmó quienes son los beneficiarios y los obligados a su pago:

*"Artículo 5º. El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios en dinero especie o servicios de conformidad con la presente ley. Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que se dé derecho a la prestación. Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta ley. Subsidio en servicio es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito en la ley.*

*Artículo 7º. Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA): 1º. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias. 2º. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios. 3º. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de las órdenes nacional, departamental, Intendencias, distrital y municipal. 4º. Los empleados que ocupen uno o más trabajadores permanentes."*

En ese sentido, se concluye que es la Nación, a través del Ministerio de Defensa Nacional, la encargada de proporcionar el pago del subsidio familiar a los miembros de las Fuerzas Militares, a quienes cobija lo dispuesto en el artículo 13:



**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

*“Artículo 13°. El Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos, descentralizados adscritos o vinculados a dicho Ministerio, continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas entidades, pero los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), escuelas industriales e institutos técnicos, se continuarán pagando de acuerdo con las normas generales.”.*

A su turno, el Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares” estableció, en el artículo 11, a partir de la vigencia de ese decreto, **el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendría derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.**

Ahora bien, la anterior disposición fue derogada por el Decreto 3770 de 2009, que, además estableció lo siguiente:

**Artículo 1°.** Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

**Parágrafo 1°.** 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 2°.** 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.

Finalmente se expidió el Decreto 1161 de 2014, por el cual se creó el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, a partir del 1° de julio de 2014, en el cual estableció:

*“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;*



**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

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."

#### **5.4.2 De la indexación y pago de intereses moratorios**

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado sostuvo en sentencia del 13 de julio de 2006<sup>12</sup>, lo siguiente:

*"Conforme lo ha sostenido esta Corporación «no existe normatividad alguna que establezca la actualización de las sumas que en vía gubernativa paga la administración a sus administrados en forma morosa. Y si bien, la administración no está facultada para sufragar sumas adicionales a las que por ley le corresponde, no pueden desconocerse mandatos preconizados en la Constitución de 1991, contenidos en el artículo 53, al tenor del cual dentro de los principios mínimos fundamentales del derecho al trabajo se encuentran la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. Ello es entonces una expresión de equidad que impone que el pago del salario debe ser oportuno, dada la inflación y la consecuente pérdida del poder adquisitivo, que hace imperioso el pago del salario en forma concomitante con el desarrollo de la relación laboral, dentro de los períodos concebidos para tal fin».*

*Lo anterior quiere decir que la Constitución Política consagra el principio de la equidad como criterio auxiliar en la actividad judicial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la justicia es un valor supremo en esta delicada función y que existen en el ordenamiento jurídico, disposiciones de orden legal que autorizan la indexación o revalorización de las condenas impuestas por esta jurisdicción (artículo 178 del CCA).*

*Por lo tanto, el reajuste que implique la indexación no hace la deuda más onerosa, ya que solo mantiene su valor económico real frente a la progresiva devaluación de la moneda; es decir, la obligación no se modifica, sino que se establece el quantum en cantidad equivalente al momento del reconocimiento efectivo del derecho que se traduce en el valor real de la moneda para la época; lo antes dicho porque no es justo que el trabajador reciba un valor devaluado con respecto a lo que tenía el derecho a percibir, pues ello traslada el riesgo de la depreciación al trabajador."*

<sup>12</sup> Con ponencia de la dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicación: 7300123310002002 0072001(5116-05)



13-001-33-33-001-2016-00095-01

Este criterio fue reiterado en decisión más reciente<sup>13</sup>, en la que se expuso que si bien es cierto no hay norma expresa que contemple la actualización de las sumas de dinero y los intereses en vía gubernativa, no es menos cierto que la devaluación de la moneda en Colombia es un hecho notorio, por lo que de acuerdo con el principio de equidad y los derechos a la dignidad humana y al trabajo, es procedente indexar las sumas que hayan sido reconocidas a los servidores públicos y trabajadores.

## **5.5. Caso concreto**

### **5.5.1. Hechos probados**

Los hechos relevantes para resolver la apelación presentada por la parte actora, son los siguientes:

- Por medio de petición del 9 de septiembre de 2015, el señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO, solicitó al Ministerio de Defensa el pago de los intereses moratorios generados por el pago tardío del retroactivo del subsidio familiar (fl. 13-14).
- Acto administrativo expreso, contenido en el Oficio No. 20150423330358771/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM.10, de fecha del 15 de octubre de 2015, mediante el cual se da respuesta desfavorable a la petición anterior (fl. 12)
- Certificado expedido por la entidad demandada, en el que se hace constar el valor adicional liquidado, por concepto de subsidio familiar a favor del señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO, por los años 2006 y 2007; lo cual dio como valor final una suma de \$10.300.530,24 (fl. 15).
- Certificado expedido por la entidad demandada, en el cual se hace constar que la División de Nómina de la Armada Nacional fue la encargada de realizar la liquidación del retroactivo de subsidio familiar del actor, correspondiente a los años 2004-2007, que los mismos se pagaron en las nóminas de octubre de 2011 y septiembre de 2012 (fl. 16).

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

En el caso bajo estudio, se impugna la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20150423330358771/MD-CGFM-

<sup>13</sup> Con ponencia del Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, 23 de marzo de 2017. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00329-01(2284-13).



**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM.10, de fecha del 15 de octubre de 2015, mediante el cual se da respuesta desfavorable a la petición radicada por el actor, consistente en el reconocimiento y pago de los intereses moratorios causados por el retardo injustificado en la cancelación de la reliquidación del subsidio familiar desde la fecha en la que se hizo exigible en cada uno de los años 2003 a 2007 hasta el momento en que se realizaron los pagos.

En la sentencia de primera instancia, la Juez A Quo decidió declarar probada la excepción de prescripción planteada por la entidad demandada, toda vez que a su juicio, la reclamación encaminada al reconocimiento de los intereses por las diferencias en el pago del subsidio familiar debió ser presentada respecto del año 2003 a más tardar al año 2007, del año 2004 hasta el año 2008; del año 2005, hasta el año 2009; del año 2006 hasta el año 2010 y respecto del año 2007 hasta el año 2011, así las cosas, advirtió la extemporaneidad de la reclamación presentada el 9 de septiembre de 2015.

Por su parte, el actor manifiesta que, no es cierto que la entidad accionada haya actuado de buena fe, puesto que desde el año 2008 corrigió la forma de liquidar el subsidio familiar y solo hasta el año 2012 pagó el retroactivo.

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que, se debe verificar si al actor en realidad le asiste razón en lo que reclama.

Sobre este aspecto es importante resaltar que, en efecto, en el proceso quedó demostrado que al señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO se le liquidó en forma errada el subsidio familiar que devengaba en cumplimiento del Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, por la indebida interpretación que el pagador hizo de la norma, la cual fue aclarada por medio del Decreto 3770 de 2009.

Que, en virtud de lo anterior, el Ministerio de Defensa – Armada Nacional, realizó la debida reliquidación de las acreencias adeudadas desde 2006 hasta el año 2007, tal y como lo certifica en el proceso, sin que esté demostrada cuáles fueron los valores cancelados en octubre del 2011 y septiembre de 2012 (a efectos de hacer el cálculo de real de los posibles intereses causados), y tampoco se expuso a qué meses correspondieron dichas reliquidaciones, o si las mismas fueron pagadas de manera indexada o no. Por el contrario, el certificado que obra a folio 15 del expediente, lo único que relaciona son unas liquidaciones de las que no se sabe de dónde provienen, ni se acompañó al proceso la prueba que permitiera verificar cuánto ganaba el demandante a



**13-001-33-33-001-2016-00095-01**

partir del año 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, a efectos de calcular el valor que debía pagársele por subsidio familiar.

Así las cosas, esto sería suficiente para negar el derecho pretendido por el accionante, respecto a lo anterior, advierte esta Judicatura que, las normas que consagran el régimen prestacional de los soldados profesionales no establecen de forma expresa la existencia de una sanción moratoria o la cancelación de intereses moratorios por el pago tardío de alguna prestación de tipo laboral. Ahora bien, ello no implica que no se le haya podido causar un daño al actor por el hecho de que se le pagó en forma tardía la mencionada reliquidación, y que, en la misma, no se le reconociera ningún tipo de indemnización por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, debido a la demora en el respectivo pago. Por ello, esta Corporación comparte el hecho de que el pago tardío de las acreencias laborales del actor pudo generarle a éste un daño antijurídico, que debía ser demostrado en el proceso.

A pesar de lo anterior, considera esta Judicatura que el medio pertinente para demandar los hechos que se revelan en este caso, era el de reparación directa, teniendo en cuenta que el daño alegado por la administración no devenía directamente de un acto administrativo, sino de la actuación del Ministerio de Defensa que reliquidó de oficio el subsidio familiar, sin proferir acto administrativo que así lo dispusiera, y no reconoció la actualización o indexación de las sumas adeudadas, causándole al accionante un daño debido a la devaluación de moneda.

En segundo lugar, en lo referente a la pretensión de los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que, para el reconocimiento de los mismos, se requiriere que la prestación (subsidio familiar) sea exigible, presupuesto que no está demostrado en el plenario, toda vez que, según se informa en la demanda y la contestación, entre los años 2004 y 2007, existía un criterio de interpretación diferente del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, para la liquidación del subsidio familiar de los soldados profesionales, y este tipo de situaciones no genera la exigibilidad de una obligación, por lo tanto tampoco genera intereses moratorios; además, el Decreto 3770 de 2009 solo tiene efectos hacia el futuro, lo que implica que solo modifica o aclara la forma de liquidación del subsidio familiar para quienes continuarían percibiendo tal prestación, pero nunca estableció retroactividad en la liquidación de la misma, por lo que no se puede hablar de exigibilidad de la obligación. En ese orden de ideas, el pago realizado por la entidad demandada corresponde a

**Código: FCA - 008**

**Versión: 03**

**Fecha: 03-03-2020**



SC5780-1-9





13-001-33-33-001-2016-00095-01

una obligación natural, por lo que, si el demandante consideraba que se le había ocasionado un daño antijurídico, como lo manifiesta en su concepto de violación y en el recurso de alzada, debió hacer uso del mecanismo de reparación directa.

Además de lo anterior, es necesario exponer que el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017 declaró, con efectos *ex tunc*, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, tras sostener *“las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 resultan ser contrarias a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de raigambre constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992”*. En ese orden de ideas, se tiene que la norma en la cual se fundamentó el pago del retroactivo, desapareció del mundo jurídico, y por el efecto *ex tunc* que se le dio, debe entenderse que el mismo nunca existió, por lo que no es posible exigir intereses de mora por una obligación que no nació.

Por las razones anteriores, se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

#### **5.6. De la condena en costa.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas al señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por él.



13-001-33-33-001-2016-00095-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

## VI. FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

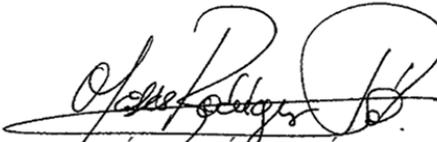
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS**, en esta instancia al señor JAIRZINHO EDUARDO OROZCO de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.006 de la fecha.

## LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ