

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

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

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Medio de control</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>   |
| <b>Radicado</b>           | <b>13-001-33-33-011-2016-00083-01</b>   |
| <b>Demandante</b>         | <b>MARCIAL ENRIQUE GALINDO MORALES</b>  |
| <b>Demandado</b>          | <b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL</b>   |
| <b>Tema</b>               | <i>Reclamo de intereses moratorio 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**

Incumbe a la Sala<sup>1</sup>, dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha del 6 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que 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 MARCIAL ENRIQUE GALINDO MORALES, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en

<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 del C. Ppal No. 1

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

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

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo expreso contenido en el Oficio No. 20150423330358501/MD-CGFM – CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015, 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.
- 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 MARCIAL ENRIQUE GALINDO MORALES, 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 en la Estación Aeronaval de Cartagena.

---

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

<sup>4</sup> Folio 1-3 ibídem

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

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. A partir de esa fecha, 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% del salario 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% del sueldo básico + prima de antigüedad), conforme la aclaración hecha en el Decreto 3770/09.

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.

Afirma, que al señor MARCIAL ENRIQUE GALINDO MORALES no se le pagó ningún valor por concepto de indexación de las sumas, ni por intereses moratorios por el capital adeudado. 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 20150423330358501/MD-CGFM – CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 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.

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.

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

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 aún 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>**

En cuanto a los hechos expuso, que era cierto que la entidad demandada había liquidado en forma errada el subsidio familiar del actor, pero que ello se había debido a la redacción ambigua del Decreto 1794 de 2000, que llevó a equívocos a la Armada Nacional; sin embargo, alega que el interesado en ninguna ocasión requirió a la Nación para constituirlo en mora. Que no está demostrado que la demora en el pago del retroactivo del subsidio familiar le haya causado ningún perjuicio, y que el mismo se canceló en los meses de octubre de 2011 y septiembre de 2012, conforme con la disponibilidad presupuestal con la que contaba la entidad.

Manifiesta que se opone a las pretensiones de la demanda, como quiera que las mismas carecen de soporte legal y respaldo probatorio, en primer lugar, por cuanto el oficio demandado no es el que resolvió de fondo la Litis, y por ello, no es el llamado a ser declarado nulo; afirma, que se 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.

---

<sup>5</sup> Folio 32-38 Cdno 1

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

Sostiene que el oficio mediante el cual se niega el pago de los intereses moratorios se expidió con el lleno de los requisitos legales, por lo que se encuentra amparado de la presunción de legalidad y no se advierte que se encuentre incurso en ninguna causal de nulidad.

Añade, que en este caso el acreedor se allanó a la mora, por cuanto guardó silencio ante la misma, bajo la creencia de que su prestación social se estaba liquidando en debida forma; además, los intereses de mora se causan por acuerdo entre las partes y por ministerio de la ley, sin embargo en esta caso no se presentó ninguna de estas dos condiciones, por lo que era necesaria la interpelación del acreedor hacia el deudor para que éstos se pudieran constituir.

Alega que existe prescripción de los derechos laborales reclamados puesto que el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, establece que la misma es de 4 años, y los intereses por los que se reclama se generaron desde el año 2003 a 2007; mientras tanto, la reclamación solo se presentó el 9 de septiembre de 2015, cuando ya habían transcurrido más del periodo establecido en la ley.

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 6 de julio de 2018, la Juez Décimo Primera Administrativo de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda.

Al respecto expuso, que el derecho para hacer exigible el reclamo del retroactivo, por la indebida liquidación del subsidio familiar, tuvo lugar con la expedición del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009; por lo que, a partir de esa fecha, el actor contaba con 4 años para reclamar los intereses moratorios generados con tal actuación (conforme con el artículo 174 de 1211 de 1990), advirtiéndose que la petición ante la entidad accionada solo fue presentada el 9 de septiembre de 2015, cuando ya se había superado el término de prescripción.

---

<sup>6</sup> Folio 92-96 Cdno 1

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

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Para sustentar lo anterior sostuvo que, la pretensión principal de la demanda está encaminada a obtener la reparación del daño antijurídico sufrido por mi mandante causado por el retardo injustificado en el pago de una prestación social, como es el subsidio familiar, devengado entre los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

Sostuvo, que en la sentencia apelada, el juez declaró probada la prescripción extintiva de todos los valores mayores causados, manifestando que el término para reclamar la reliquidación y pago de Intereses moratones o indexación corrió desde la fecha en que empezó a regir el Decreto 3770 de 2009 expedido por el Gobierno Nacional. Que, el yerro del juez de primera instancia se evidencia en el hecho de no haber realizado un análisis general de todos los elementos facticos y jurídicos expuestos dentro del proceso, toda vez que, la demandada al momento de pagar la reliquidación del subsidio familiar en los años 2011 y 2012 renunció a la prescripción que pudo alegar en ese momento como extinción de sus obligaciones dinerarias, que en efecto, se encontraban prescritas.

Destaca que, se acude a la figura de los intereses moratorio, en busca del resarcimiento del daño antijurídico que cesó solo cuando se generó la cancelación total de la reliquidación del subsidio familiar, y es desde allí, que se hace exigible su reparación, en cuanto al daño antijurídico que se le generó al actor tiene la calidad de continuado, esto es, que se siguió produciendo en de manera sucesiva en el tiempo hasta que se pagó la reliquidación del subsidio.

Expresa que, del estudio de la normatividad administrativa se concluye que no existe norma expresa que regule la renuncia de la prescripción extintiva de las obligaciones, por lo que resulta pertinente hacer una remisión al artículo 2514 del Código Civil, el cual establece que la prescripción de las obligaciones es renunciable en forma expresa o tácita, solo después de cumplida. Así las cosas, se renuncia tácitamente cuando el

---

<sup>7</sup> Folio 120- 124 Cdno 1.

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

que pueda alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o el acreedor, en el sub-examine la entidad demandada a través de los pagos efectuados reconoce la existencia de la deuda que tiene con el actor, sin alegar la prescripción extintiva de la obligación, por lo que se enciende que renunció a ella.

Afirma que, al pagarse las sumas de la reliquidación de dicha prestación social no solo se renunció a la prescripción extintiva, sino que también, junto con estas, debió reconocerse algún tipo de indemnización por el retardo injustificado en el pago de la obligación, y la administración no lo hizo. Añade que el daño por la el no pago en tiempo del subsidio familiar era continuado, por lo que, como quiera que este cesó en el año 2012, era a partir de esa fecha en la que se podía iniciar a contar el término prescriptivo de los derechos aquí esgrimidos.

Por último, solicita que se revoque la condena en costas, alegando que en el proceso no se ha realizado obras o maniobras dilatorias ni tampoco se ha actuado con temeridad, motivo por el cual no se debió procederse con dicha condena.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

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

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1** La parte demandante no alegó de conclusión.

**3.6.2** La parte accionada– Ministerio de Defensa – Armada Nacional 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 2 c. de apel.

<sup>9</sup> Folio 4 c. de apel.

<sup>10</sup> Folio 8 c. de apel.

<sup>11</sup> Folio 11-14 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 MARCIAL ENRIQUE GALINDO MORALES 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?*

Para resolver el problema jurídico anterior, se hace necesario desatar los siguientes sub-problemas:

*¿Qué medio de control es el adecuado para reclamar el pago de intereses moratorios por el retardo en el pago del retroactivo por la reliquidación del subsidio familiar devengado en los años 2003 a 2007?*

*¿Existe prescripción de los derechos reclamados?*

*¿La condena en costas, en la Ley 1437 de 2011, es objetiva o subjetiva?*

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

La Sala confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que el actor no demostró tener derecho a lo reclamado por medio de esta demanda.

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

Además, el medio de control procedente para elevar sus reclamaciones era el de reparación directa, sin embargo en esta oportunidad se acudió a la administración de justicia a través de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para luego, en el recurso de alzada, alegar que lo pretendido era la responsabilidad del Estado. Lo anterior, deviene en una falta de congruencia entre lo pretendido en la demanda y lo argumentado en segunda instancia como fundamento del recurso de apelación.

En lo que se refiere a la prescripción, el actor planteó que la exigibilidad de la obligación iniciaba desde el mes de enero del 2003 (puede verificarse en el acápite de cuantía de la demanda), así las cosas, le asiste razón a la demandada cuando propone la excepción de prescripción, puesto que la demanda debía ser presentada dentro de los 4 años siguientes a cada uno de los periodos reclamados, so pena de que operara dicho fenómeno prescriptivo.

Por otro lado, este Tribunal acoge la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de costas, que concluye que estas son de carácter objetivo, y no subjetivo, por lo que no se revocará la decisión del a quo en este aspecto.

## **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 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.

**Código: FCA - 008**

**Versión: 02**

**Fecha: 18-07-2017**



SC5780-1-9



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:

*"Artículo 13º. 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."*



Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

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

**Parágrafo 1º.** 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 2º.** 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 1º 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;

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;



Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

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."*

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

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

<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).

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

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.

### **Prescripción de los derechos laborales de los Soldados Profesionales.**

Como se expuso en el acápite anterior, la norma que regula la temática de las prestaciones sociales de los soldados profesionales, en principio, fue la Ley 131 de 1985, y posteriormente el Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, sin embargo, ninguno de los anteriores estatutos expone de forma expresa, cuál es el término con el que cuentan los interesados, para realizar las reclamaciones de sus derechos laborales.

Por lo anterior, la norma aplicable por analogía, es el Decreto 1211 de 1990 que establece lo siguiente:

***“ARTICULO 174. Prescripción.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.*

## **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 MARCIAL ENRIQUE GALINDO MORALES, solicitó al Ministerio de Defensa el pago de los intereses moratorios generados por el pago tardío del retroactivo del subsidio familiar (fl. 12-13).
- Acto administrativo expreso, contenido en el Oficio No. 20150423330358501/MD-CGFM – CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 15 de octubre de 2015, mediante el cual se da respuesta desfavorable a la petición anterior (fl. 14)

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

- 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 MARCIAL GALINDO MORALES, por los años 2004, 2005, 2006 y 2007; lo cual dio como valor final una suma de \$13.752.123,84.<sup>14</sup>
- 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, y que los mismos se pagaron en las nóminas de octubre de 2011 y septiembre de 2012<sup>15</sup>.

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

En el caso bajo estudio, se impugna la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20150423330358501/MD-CGFM – CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10, de fecha 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 negar las pretensiones de la demanda toda vez que a su juicio, los derechos solicitados se encuentran prescritos, toda vez que no fueron reclamados dentro de los 4 años posteriores a su exigibilidad, la cual tuvo ocurrencia el 30 de septiembre de 2009. Por su parte, el actor manifiesta que, no es cierto que exista prescripción, toda vez que el la Armada Nacional renunció a ella cuando realizó el pago de las acreencias adeudadas; además, los intereses moratorios son periódicos, por lo que la prescripción debe contarse desde la fecha en la que se realizó el pago de la obligación (año 2012); de igual forma se expone que la pretensión principal de la demanda es la declaratoria de responsabilidad de la Armada Nacional por los perjuicios generados por el no pago oportuno del reajuste del subsidio familiar; daño éste que debe ser indemnizado.

---

<sup>14</sup> Folio 15

<sup>15</sup> Folio 16

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

De acuerdo con lo anterior, considera la Sala que, antes de entrar a estudiar la prescripción del derecho reclamado, debe ésta Corporación verificar si al actor en realidad le asiste razón en lo que reclama, y si para ello, ejerció el medio de control correspondiente.

Sobre este aspecto es importante resaltar que, en efecto, en el proceso quedó demostrado que al señor MARCIAL GALINDO MORALES 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 2004 hasta el año 2007, tal y como lo certifica en el proceso, sin que esté demostrada cuales fueron los valores cancelados en octubre del 2011 y septiembre de 2012, y a qué meses correspondieron dichas reliquidaciones, o si las mismas fueron pagadas de manera indexada o no. El certificado que obra a folio 15, lo único que relaciona son unas liquidaciones las cuales no se sabe de donde provienen, ni se acompañó al proceso la prueba que permitiera verificar cuanto ganaba el demandante a partir del año 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, a efectos de calcular el valor que debía pagarse por subsidio familiar.

Así las cosas, esto sería suficiente para negar el derecho pretendido por el accionante; sin embargo, la Sala quiere hacer unas precisiones frente al recurso impetrado por el actor, pues es éste el que determina la competencia del Tribunal.

En primer lugar, en la alzada se viene reclamando un daño antijurídico, no derivado del acto administrativo demandado, sino del hecho del no pago de la reliquidación del subsidio familiar del periodo 2003 a 2007, de manera actualizada o indexada, o con reconocimiento de intereses moratorios. Sea lo primero indicar, que el fundamento del recurso es el artículo 90 de la Constitución Política, lo que significa que existe una incongruencia entre el recurso presentado, y la pretensión perseguida en la demanda, puesto que no estamos frente al medio de control de reparación directa, que es el que debió ser utilizado para la pretensión de este asunto, ni tampoco frente a la figura de la acumulación de pretensiones, pues dicho aspecto nunca se ventiló en la demanda. A pesar de lo anterior, esta Corporación no va a declarar la excepción de uso inadecuado o indebido del medio de control,

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

sino que, por el contrario, declarará probado la falta de congruencia entre lo decidido por el Juez de primera instancia, y el recurso que llevaría a la confirmatoria del proveído apelado.

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.

Evidencia esta Sala, que la parte actora también presenta este tipo de argumentos como soporte de sus pedimentos en el libelo demandatorio, sin embargo, si eso era lo realmente pretendido, debió hacerse ese mismo planteamiento en las pretensiones de la demanda y no en la alzada; puesto que, si bien es cierto que el Juez Contencioso tiene la facultad de interpretar la demanda, no le está permitido, en la sentencia, cambiar el medio de control con el que se ha iniciado la misma, toda vez que violaría el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

Ahora bien, es preciso aclarar que, en el evento en el que se pretendiera hacer uso del medio de control de reparación directa, ésta estaría caducado, puesto que el daño se configuró en la fecha en la que se generó el derecho a obtener el pago del reajuste al subsidio familiar y la entidad no lo hizo, es decir, **el 30 de septiembre de 2009**, así las cosas, atendiendo el presupuesto del artículo 164 del CPACA, tendríamos que la demanda debía presentarse a más tardar el **30 de septiembre de 2011**. Por otra parte, si partimos del hecho de que el daño se generó cuando al actor se le cancelaron los valores adeudados, sin que se le reconozca la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, en **septiembre de 2012**, tendríamos que la demanda debía ser prestada hasta **septiembre de 2014**, sin embargo, ello no ocurrió, pues la misma solo se llevó a cabo el **2 de mayo de 2016** y la conciliación solo se convocó el 26 de febrero de 2016.

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

En ese orden de ideas, las pretensiones correspondientes al medio de control de reparación directa no podían ser estudiadas por esta Jurisdicción, como quiera que se encontraban caducadas. 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 requiere 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, y 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 tanto no se puede hablar de exigibilidad de la obligación. En ese orden de ideas, el pago realizado por la entidad demandada corresponde a 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.

En lo que se refiere a la prescripción, el actor planteó que la exigibilidad de la obligación iniciaba desde el mes de enero del 2003 (puede verificarse en el acápite de cuantía de la demanda), así las cosas, le asiste razón a la demandada cuando propone la excepción de prescripción, puesto que la demanda debía ser presentada dentro de los 4 años siguientes a cada uno de los periodos reclamados, so pena de que operara dicho fenómeno prescriptivo.

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

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

### **5.5.2.1 Sobre la condena en costas impuesta en primera instancia.**

Para la Sala no es de recibo el argumento de la parte demandante, de acuerdo con el cual se debe revocar la condena en costas proferida en primera instancia, por haber utilizado un criterio objetivo que desconoce la necesidad de atender la existencia de mala fe o temeridad, como presupuesto de dicha condena.

En efecto, este Tribunal ha venido acogiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, en particular la sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, donde explicó la evolución normativa de la condena en costas y realizó unas conclusiones para su aplicación, que se transcriben así:

*"El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*

*a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" –CCA- a uno "objetivo valorativo" –CPACA-.*

***b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.***

***c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.***

*e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

*f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

*g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

Este Tribunal acoge y prohíja los criterios expuestos en la sentencia transcrita, los cuales, en la medida que adoptan un criterio objetivo para decidir la

Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

condena en costas procesales, desvirtúan los argumentos de la parte demandada, orientados a demostrar que la imposición de costas procesales depende de que haya obrado de mala fe o con temeridad o, en general atendiendo criterios subjetivos.

Se advierte que el juez condenó en costas con base en un criterio objetivo – valorativo, pues no condicionó la condena al pago de expensas a la conducta procesal de la parte vencida, y al ordenar que se liquidarán por Secretaría condicionó la condena a su demostración; por lo tanto, se confirmará también esta decisión.

### **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 MARCIAL GALINDO MORALES, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por él.

En mérito de lo expuesto, el 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 MARCIAL GALINDO MORALES 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.

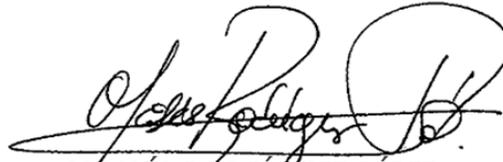


Rad: 13-001-33-33-011-2016-00083-01

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 045 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN