

1 2

SEÑORES JUECES
DISTRITO JUDICIAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
Circuito Judicial Administrativo DE POPAYAN
Sección Segunda (Reparto)

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

DEMANDANTE: PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ

DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

I. DEMANDA

ÁLVARO RUEDA CELIS, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en nombre y representación del señor Soldado Profesional **PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ**, igualmente mayor de edad y domiciliado en esta ciudad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No **1.045.487.441 DE TURBO** conforme al poder que me ha sido conferido y en ejercicio del medio de control DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, ante su despacho presento esta demanda contra el MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, representado legalmente por su director, señor Mayor General **NICACIO DE JESUS MARTINEZ**, mayor de edad y domiciliado en la ciudad de Bogotá, o quien haga sus veces, para que por los trámites del proceso ordinario, se profiera sentencia sobre las siguientes pretensiones:

II. PRETENSIONES

- 1) Se declare la nulidad del Acto Administrativo No. **20193111630411 DE FECHA 24 DE AGOSTO DE 2019**, expedido por la DIRECCIÓN DE PERSONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL, mediante el cual se negó a mi poderdante el reconocimiento y pago del subsidio familiar de acuerdo al artículo 11° del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000.
- 2) Como consecuencia de la anterior declaración y en calidad de restablecimiento del derecho, se ordene al MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a que de conformidad con lo establecido en el artículo 11° del decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 se reconozca y pague al **soldado profesional PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ**, el Subsidio familiar a partir del 13 DE SEPTIEMBRE DE 2008.
- 3) Se ordene al Ejército Nacional adicionar la hoja de servicio de mí representado con el reconocimiento del subsidio familiar, tal y como se establece en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000. Y se ordene él envió de la misma a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para que dicha prestación sea incluida como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro.
- 4) Que, como consecuencia del reconocimiento solicitado, se ordene el pago indexado los valores correspondientes al subsidio familiar, desde el 13 DE SEPTIEMBRE DE 2008 hasta el 30 DE ENERO DE 2015, fecha de retiro de mi poderdante del servicio activo.
- 5) Se ordene el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento, los cuales fueron dejados de pagar desde el mismo instante en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 Y 195 CPACA (Sentencia C- 188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

- 6) Se ordene a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.
- 7) Se ordene al **MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** a dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

III. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

- 1. El **señor, PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ**, prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional como soldado regular.
- 2. Una vez terminado el periodo reglamentario como soldado regular, mi poderdante fue incorporado como soldado voluntario de conformidad con lo establecido en la ley 131 de 1985.
- 3. A partir del 01 de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército Nacional, de conformidad a lo establecido en el decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000, mi poderdante fue promovido a soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de las Fuerzas Militares.
- 4. El Gobierno Nacional en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4ª. de 1992, mediante decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, expidió el **“Régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”**.
- 5. En artículo 11 del decreto 1794 de 2000 el Ejecutivo creó la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales que conformarán un núcleo familiar ya sea por matrimonio o por unión marital de hecho, en los siguientes términos:

“Artículo 11. SUBSIDIO FAMILIAR: A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad”
- 6. Sin embargo, con posterioridad se expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, mediante el cual el Gobierno Nacional derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, suprimiendo de esta forma el subsidio familiar para los soldados profesionales.
- 7. Mi poderdante a partir del 13 DE SEPTIEMBRE DE 2008, encontrándose activo en el Ejército Nacional conformó unión marital de hecho con la señora BRILLITH PAOLA LOPEZ MOLINA, sin embargo, para esta fecha mi poderdante no solicito el subsidio familiar en razón al desconocimiento de las normas que rigen la materia y a las condiciones propias de la modalidad laboral que adelanta sus labores en las áreas rurales y al momento de su retiro del servicio **no pudo solicitar** ante el Comando del Ejército, en razón a que éste había sido derogado del régimen prestacional de los soldados profesionales, con la expedición del **Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009¹**.
- 8. Mi representado en actividad no percibió el subsidio familiar debido a la expedición del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009.
- 9. Mediante sentencia proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección

¹ “DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DECRETO 3770 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2009, Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”

4

“B” de fecha 8 de junio de 2017², se decretó la **NULIDAD** del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, por el cual se derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Dicha declaratoria de nulidad fue concedida con efectos **“EX TUNC”**.

10. Al ser declarada la nulidad del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 con efectos **“EX TUNC”**, esto es con efectos retroactivos, por parte del Consejo de Estado, el artículo **11 del Decreto 1794 de 2000**, surge nuevamente a la vida jurídica manteniendo su aplicación desde la fecha de su vigencia, esto es 1 de enero de 2001.
11. Ante el restablecimiento de la vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, mi poderdante solicitó mediante derecho de petición, al Comando del Ejército Nacional el reconocimiento y pago del subsidio familiar al que tiene derecho por llenar los requisitos exigidos en el artículo anteriormente nombrado, a partir del **13 DE SEPTIEMBRE DE 2008**, fecha en la que constituyó su núcleo familiar.
12. El **COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL**, dio respuesta al derecho de petición presentado por mi poderdante, siendo esta petición negada mediante acto administrativo No. **20193111630411 DE FECHA 24 DE AGOSTO DE 2019**, cumpliendo así con la actuación administrativa inicial.
13. Con fecha **08 de octubre de 2019**, mi poderdante a través de apoderado presentó ante la Procuraduría General de la Nación solicitud de audiencia de conciliación prejudicial, convocando para ello al Comando General de la Nación y cumpliendo con el requisito de procedibilidad.
14. Con fecha **26 de noviembre de 2019**, en la Procuraduría 40 Judicial II para asuntos administrativos, se llevó a cabo audiencia de conciliación con el **COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL**, en la cual al no presentar ánimo conciliatorio de la parte convocada fue declarada fallida, agotándose de esta forma el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 de la ley 1437.

IV. NORMAS VIOLADAS

Considero que con el desconocimiento del mandato constitucional y de normas legales que protegen la seguridad social, el **COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL** ha trasgredido nuestra Constitución Política en su preámbulo de los artículos 1º, 4º, 13º, 42, 48 y 53, y los artículos 2 y 2.7 de la ley 923 de 2004, ARTICULO 11 del decreto 1794 de 2000, artículos 2 y 5 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, artículo 1º de la ley 21 de 1982, artículo 26 de la convención americana de derechos humanos.

V. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Al tratarse de la impugnación de un acto administrativo se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Código que de ahora en adelante se identificará como: CPACA.

Presento ante el señor Juez la siguiente litis a resolver: Se reconozca al señor Soldado **PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ**, el subsidio familiar como parte de su salario desde la fecha en que se originó su núcleo familiar hasta la fecha de su retiro del Ejército Nacional, de conformidad a lo estipulado el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, el cual surgió a la vida jurídica nuevamente con plenos efectos legales, desde la fecha de vigencia debido a la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, nulidad ordenada

² El CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SENTENCIA PROFERIDA POR LA SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “B” del ocho (8) de junio de 2017 radicado N° 11001-03-25-000-2010-00065-00 Magistrado Ponente CESAR PALOMINO CORTES

por el Consejo de Estado y conferida con **efectos EX TUNC**, sentencia proferida día 8 de junio de 2017.

Lo anterior sin desconocer las demás pretensiones que se solicitan en el acápite de la demanda.

Señor Juez, me permito presentar el concepto de violación fundado en el vicio del acto administrativo que se acusa, OFI No 20193111630411 DE FECHA 24 DE AGOSTO DE 2019, en virtud a que **fue expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, esto es un desconocimiento de normas Constitucionales y legales.** Lo anterior de conformidad a lo establecido en el artículo 137 del CPACA.

Concepto de violación que fundamento en el siguiente orden: **1. Naturaleza Jurídica del Subsidio Familiar, Desarrollo legal y jurisprudencial del subsidio familiar para los soldados de las Fuerzas Militares y planteamiento jurídico del derecho que le asiste a mí representado 2. Desconocimiento del Estado Constitucional del Derecho 3. Vulneración al Derecho fundamental de la Igualdad 4. Protección especial a la Familia. 5. La seguridad Social como un derecho fundamental irrenunciable- Prohibición de regresividad.**

1. El subsidio familiar, naturaleza jurídica, desarrollo legal y jurisprudencial en las Fuerzas Militares – soldados profesionales de las Fuerzas Militares-. Nulidad del Decreto 3770 de 2009 decretada por el Consejo de Estado.

El subsidio familiar tiene como naturaleza jurídica ser una prestación laboral que se le paga a los trabajadores con el fin de atender las contingencias propias del matrimonio y la crianza de los hijos, prestación que es reconocida de acuerdo con las normas laborales a los trabajadores de bajos ingresos.

De igual forma, se ha establecido el subsidio familiar como una prestación social destinada a aquellas personas con medianos y menores ingresos para que con el auspicio de dicho sistema puedan asegurar una existencia en condiciones dignas de la familia que tienen a su cargo y lograr una plena realización personal. Léase sentencia C-337 del 4 de mayo de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretel

Sobre el tema los órganos de Cierre tanto Constitucional, como de lo Contencioso Administrativo, han sido muy asiduos en su reconocimiento, léase sentencia C-508 de 1997, entre otras. Y en reciente pronunciamiento el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SENTENCIA PROFERIDA POR LA SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “B” del ocho (8) de junio de 2017 radicado N^o 11001-03-25-000-2010-00065-00 Magistrado Ponente CESAR PALOMINO CORTES, en relación con el subsidio familiar afirmó:

“3.1.2.La prestación del subsidio familiar

El subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social. La Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 1997, puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal de carácter laboral³ y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

³La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.

Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

El sistema de subsidio familiar fue definido en la Ley 21 de 1982, con los siguientes componentes centrales: En primer término, como "una prestación social pagadera en dinero, en especie y en 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".⁴

(...) Las disposiciones antes puestas de presente, que establecen la regulación ordinaria de esta prestación social, no resultan ser aplicables respecto de los integrantes de la **Fuerza Pública, pues como ya se ha explicado, el régimen salarial y prestacional de los soldados e infantes de marina profesionales es de carácter especial, requiriendo, por ende, para la implementación del subsidio de una normativa particular, como en efecto se consagró en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.** Sin embargo, las consideraciones efectuadas respecto de la naturaleza, principios, teleología, propósito y objetivos que persigue esta prestación social desde su creación hasta nuestros tiempos son perfectamente observables y atendibles tratándose de analizar su alcance frente a su reconocimiento para con estos servidores públicos del Estado."

Así las cosas, tal como se expuso en la sentencia citada, al tratarse del subsidio familiar para la fuerza pública se requiere de una normatividad especial, la cual debe contemplar la naturaleza jurídica y generalidades de dicha prestación. Régimen especial que obedece a la necesidad de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de sus integrantes, a quienes se protege constitucionalmente por razón y con ocasión del riesgo latente que involucra la actividad pública que desarrollan.

De esta forma el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el subsidio familiar a los soldados profesionales, bajo el siguiente texto:

"DECRETO NUMERO 1794 DE 2000 (septiembre 14)

Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. El presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª. de 1992,

(...)

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente".

Norma que permaneció vigente desde el 1 de enero del 2001 hasta el 30 de septiembre de 2009, fecha para la cual el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3770, cuyo contenido legal establece:

**"DECRETO 3770 DE 2009
(septiembre 30)**

**Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones,
EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, en desarrollo de las normas generales
señaladas en la ley 4 de 1992,**

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

⁴ Artículo 1 de la Ley 21 de 1982.

8

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

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

ARTÍCULO 2°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 179 de 2000."

El Gobierno Nacional al expedir el decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 mediante el cual deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, relegó a los soldados profesionales como los únicos trabajadores colombianos que no recibían este beneficio credo por la ley para todos los asalariados de bajos ingresos. Esta situación llevo a que los soldados profesionales que conformaron su núcleo familiar; ya sea por matrimonio o mediante la unión marital de hecho, **no pudieran solicitar el reconocimiento y pago del subsidio familiar quedando así en una situación de desigualdad con los soldados profesionales que sí lo pudieron hacer antes de ser derogada dicha prestación.**

Decreto 3770 de 30 de septiembre de 2009 tuvo una vigencia hasta el día 8 de junio de 2017, fecha en la cual el **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA – SUBSECCION "B" del ocho de junio de 2017 radicado N° 11001-03-25-000-2010-00065-00 Magistrado Ponente CESAR PALOMINO CORTES⁵**, mediante la cual se declara la nulidad de esta norma con efectos **EX TUNC** en los siguientes términos:

"DECISIÓN

"Como corolario de lo argumentado, la Sala estima que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 resultan ser contrarias a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulnera 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 mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

DECLARAR, con efectos ex – tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, "*por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones*", expedido por el Gobierno Nacional.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE".

Obsérvese que la máxima autoridad en materia Contencioso Administrativo decretó la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, con efectos **EX TUNC (desde entonces) "esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado que se encontraban antes de la expedición del acto."**⁶

⁵ Con auto de aclaración y adición de sentencia de fecha 08 de septiembre de 2017.

⁶ Sentencia Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, MP. Ruth Estella Correa Palacio, 5 de julio de 2006. Exp- 25000-23-26-000-1999-00482-01.

Ver sentencia: 24 de agosto de 1998, rad, 13685, CP. Daniel Suárez Hernández y de abril 1 de 2002, Rad. 26903.

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA – SUBSECCION "B" del ocho de junio de 2017 radicado N° 11001-03-25-000-2010-00065-00 Magistrado Ponente CESAR PALOMINO CORTES: Sin embargo, la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado,

Sin embargo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de su representante, solicitó la adición de la providencia de 8 de junio de 2017, considerando que en la Sentencia no se advierte un pronunciamiento sobre las situaciones particulares o concretas, que al momento de expedición del acto declarado nulo no se encontraban consolidadas y sobre las cuales se debía determinar que los efectos son *ex tunc* respecto de las consolidadas y *ex tunc* respecto de las situaciones no consolidadas.

Solicitud que fue resuelta por el Consejo de Estado mediante auto de fecha 8 de septiembre de 2017, bajo el siguiente análisis:

1. EL CASO CONCRETO

(...)

De otro lado, es importante precisar que el *petitum* central de las solicitudes de aclaración de la providencia citada tiene génesis en los efectos de nulidad que esta acarrea, **insistiendo, la parte demandante, en que esta subsección defina el sentido de haberle dado a su fallo el carácter de ex tunc.** (Resaltado fuera del texto)

Precisamente para evitar una controversia en este sentido, que dificultara al interprete desentrañar el alcance del fallo producido el 8 de junio de 2017 por esta Subsección, fue que se incluyó en la parte resolutive de la providencia, de manera explícita y precisa, que la nulidad declarada produciría efectos *ex tunc*. Pretender ahora que se aclare lo que está claro, es decir, que se explique el alcance de una Sentencia que declara la nulidad con efectos *ex tunc*, no solamente nos pondría en los terrenos de Perogrullo, sino que conllevaría a un despropósito sin igual, pues sería tanto como que se solicitara aclarar el significado de un *habeas corpus* o de la aplicación del principio de supremacía de la Constitución.

Sin embargo, la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, **es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado, por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto.** Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad⁷. (Negrilla y subrayado es propio)

Sobre los efectos de los fallos de nulidad, también ha sido abundante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que, **en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son ex tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome⁸. Es así que respecto de las situaciones jurídicas no consolidadas, se reitera, las sentencias de nulidad de actos de carácter general tienen efecto inmediato, es decir, sobre aquellas que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante esta jurisdicción; por lo tanto, las “afecta”, de manera inmediata⁹.** (Negrilla y subrayado propio)

Lo dicho quiere significar que solo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de debate en sede

por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad⁶. (Negrilla y subrayado propio)

⁷ Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 41001-23-33-000-2012-00238-01(0798-14). M.P. William Hernández Gómez.

⁸ Consejo de Estado. expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

⁹ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

administrativa, ora porque estuvieren demandadas o pudieren serlo ante la jurisdicción contencioso administrativa entre el momento de la expedición del acto y la sentencia proferida. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta que *“la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”*¹⁰.

De acuerdo con la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se concreta esa penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos jurídicos legales¹¹.

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

En estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo puede proveer en el sentido de entender que la nulidad del acto general implica el recobro de la vigencia de las normas que se derogaron por el acto anulado. Esta conclusión tiene por objeto, en primer lugar, evitar el eventual vacío normativo que quedaría sobre la materia regulada por el acto anulado y, en segundo lugar, propender por la seguridad jurídica que implica que la administración siempre debe contar con normas legales o reglamentarias para desarrollar su función, todo eso, en virtud del principio de la auto-tutela normativa que se predica de la función administrativa. (Negrilla y subrayado propio)

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

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

Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”¹².

De acuerdo con lo dicho, la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.” (Negrilla y subrayado propio).

Así las cosas, al decretarse la Nulidad del Decreto 3770 de 2009 y revivir el artículo **11 del Decreto 1794 de 2000**, le surge el derecho a mí representado de reclamar su subsidio familiar, desde la fecha en la que cumplió con el requisito de matrimonio o unión marital de hecho.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de abril de 1991. Rad. 3151. Sentencia del 23 de marzo de 2001. Rad. 11598. M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

¹¹ Jaime Orlado Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Página 327, Universidad Externado de Colombia, 4 ed, 2007.

¹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 28 de enero de 2015. Expediente: 11001-03-06-000-2015-00002-00(2243): M.P. Álvaro Namen Vargas.

2. DESCONOCIMIENTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO

Señor Juez, en el momento en que el COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL mediante acto administrativo le reconoce y paga el subsidio familiar a los soldados profesionales que solicitaron su reconocimiento antes de la entrada en vigencia el decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, el cual derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Y lo niega para aquellos soldados que estando en igual condición pero que ante la derogatoria del mismo artículo no lo pudieron solicitar y que ahora en razón a la declaratoria de la nulidad del decreto 3770 de 2009 por parte del Consejo de Estado lo están solicitando, como es el caso de mi poderdante. Contraviene los principios fundamentales propios de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental dos principios fundamentales: **EL Primero:** La protección de los derechos económicos de todos los colombianos. **EL Segundo:** La obediencia a las normas con el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general.

En este sentir la Corte Constitucional en sentencia SU-747 de 1998, definió el Estado Constitucional de Derecho de la siguiente manera:

“La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se cife al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

De lo anterior, no es dable pretender que la concepción de Estado Constitucional de Derecho sea una noción totalmente independiente del Estado Social de Derecho, por cuanto a que no son materias disyuntivas que se yuxtapongan, dado que el concepto y la finalidad de este último está orientada para que el mismo Estado le garantice a todas las personas condiciones de vida dignas, es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado, no se reduce a exigir de éste la no interferencia o el recorte las libertades individuales, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para poder superar las urgencias que el Estado como garante pueda auxiliar¹³.

Todo Estado Social de Derecho se erige sobre valores tradicionales como son la libertad, la igualdad y la seguridad, que tiene como gran propósito, el procurar las condiciones materiales generales para lograr la efectividad y la adecuada integración del bienestar social; por lo que a la luz de esta finalidad, no podrá reducirse el Estado Social de Derecho a una mera instancia prodigadora de bienes y servicios, ya que al ser un defensor de los derechos, le es inaceptable que los funcionarios que hacen parte de sus instituciones como son los directores y asesores de las Cajas de Retiro, procedan a liquidar las pensiones y asignaciones de retiro omitiendo los principios rectores de nuestra Constitución Política como es el caso del derecho a la igualdad.

Es por ello que en la consolidación del Estado Social de Derecho, no es dable concebir el desconocimiento de las garantías constitucionales como lo son los derechos económicos, sociales y laborales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social y los beneficios que este mismo arroja. Es así como dentro del grupo de la seguridad social, encontramos el derecho de adquirir una pensión digna en igualdad de condiciones, dado a que ésta es una de las prerrogativas constitucionales consideradas como personalísimas y de índole patrimonial, que al cumplir con los requisitos exigidos, constituye un derecho adquirido que no podrá ser desconocido en el marco de los principios del citado Estado Social de Derecho, que busca darle al ciudadano una protección conforme a los principios de favorabilidad y progresividad”

Por lo anterior, solicito a su señoría declare la nulidad del acto que se acusa y restablezca el derecho que le asiste a mí representado, esto es, se reconozcan sus salarios incluyendo el subsidio familiar.

¹³Sentencia SU-747 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3. VULNERACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad es uno de los principios fundantes del constitucionalismo moderno que incidió de manera directa en la estructuración del derecho laboral, el cual encuentra su sustento en los artículos 13 y 53 de la Constitución y en los convenios 111 y 95 de la OIT. De esta manera y en nuestro sentir, la reafirmación del principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano, en especial por las condiciones de vida pretendidas por los trabajadores con relación a las expectativas que desarrollan en sus actividades laborales. El principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano.

En la litis que se presenta, esto es, el derecho a reconocerse el subsidio familiar al que tiene derecho mí representado, y no darse por parte de la Administración- Comando General del Ejército-, se incurre en una flagrante violación del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 superior. Toda vez que se le reconoció el subsidio familiar a los soldados profesionales que solicitaron su reconocimiento antes del 30 de septiembre de 2009, en virtud de la vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; sin embargo se niega a aquellos soldados como mí poderdante, quien sostiene matrimonio/unión marital de hecho con posterioridad al año 2009 y a la vigencia del Decreto 3770 de 2009. Desconociendo que al ser decretado nulo el referido Decreto, y recobrar vigencia el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, queda en igualdad de condiciones fácticas que el primer grupo de soldado.

Por lo que es necesario señalar que el derecho a la igualdad alude a la obligación de otorgar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en una situación análoga, de forma tal que todos ellos puedan gozar de unos mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión política o filosófica¹⁴.

Es de anotar al Despacho, que el subsidio familiar es una prestación que se le reconoce y paga a los soldados profesionales, con el fin de atender las contingencias propias de matrimonio y del nacimiento y crianza de los hijos. Igualmente está establecido en los decretos 1794 de 2000, 1161 y 1162 de 2014 que el subsidio familiar será reconocido a los soldados profesionales que conformen un núcleo familiar ya sea por matrimonio o por la constitución de unión marital de hecho, requisito que cumple mi poderdante y por ello no hay razón para que el Comando del Ejército Nacional le niegue su reconocimiento.

Cuando el COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL en el acto administrativo objeto de estudio y sustento de esta demanda, negó a mi poderdante el reconocimiento del subsidio familiar generó un tratamiento desigual entre iguales, discriminatorio y sin justificación legal. Afectando de forma directa el patrimonio de mi poderdante, ya que, a pesar de tener los mismos derechos por el tratamiento dado, recibe una mesada de menor valor.

Es claro que no toda desigualdad genera necesariamente una discriminación, ya que la igualdad sólo se vulnera en la medida en que la diferenciación no encuentre respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada, es decir una relación de

¹⁴ Sentencia No. C-007 de 1996, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

11 12

proporcionalidad¹⁵, y al no evidenciar razonabilidad ni mucho menos la razonabilidad de las medidas optadas por el COMANDO DEL EJERCITO, toda vez que no constituyen una decisión amparada por las garantías de nuestra carta de derechos al evidenciarse que de manera regresiva se efectúan liquidaciones al personal de la fuerza pública sin la inclusión de la partida subsidio familiar en las asignaciones de retiro.

Para el Honorable Consejo de Estado, el no reconocerse el subsidio familiar a los soldados profesionales constituye un tratamiento discriminatorio, como lo afirma en sentencia¹⁶ del 8 de junio de 2017 en los siguientes términos:

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

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

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

Ahora bien, acorde con las anteriores consideraciones, no es posible inferir una autorización jurídica para que el Comando del Ejército Nacional, pueda establecer unas diferenciaciones entre los soldados profesionales que encontrándose en igualdad de condiciones fácticas adquirieron unos el derecho al reconocimiento de la prestación laboral, subsidio familiar y otros no, como es el caso de mi poderdante.

Con base en estos postulados y al no encontrar un fundamento constitucional que legitime la postura asumida por el COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL, se ratifica que el derecho fundamental de la seguridad social es un beneficio de carácter público del cual su aplicación se circunscribe al ámbito territorial del Estado, que deberá necesariamente

¹⁵ Sentencia No. C-590 de 1995, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “B” Magistrado Ponente Dr. Cesar Palomino Cortes, sentencia del 8 de junio de 2017, radicado N° 11001-03-25-000.2010-00065-00. Providencia que decreto la nulidad del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009.

responder a la aplicación íntegra de los mandatos constitucionales esbozados por la Constitución Nacional, sin que sea posible contemplar la alternativa de excluir a quienes encontrándose en igualdad de condiciones tengan accedan a menores beneficios.

Analizado el contenido y la abundante jurisprudencia emitidas por los órganos de cierre sobre la vigencia del derecho a la igualdad, en el presente caso no existe fundamento alguno que permita concluir con base en el test de proporcionalidad aplicado, la validez de un trato discriminatorio en la liquidación de las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, y por el contrario en razón a la vigencia del derecho de igualdad el Comando General del Ejército emplee un criterio uniforme en la aplicación de la partida del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

4. PROTECCIÓN ESPECIAL A LA FAMILIA.

La Constitución Nacional estableció una protección reforzada y proteccionista sobre la familia, es así como en el artículo 42, establece:

“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable”.

Igualmente, el Legislador en la ley 21 del 22 de enero de 1982 estableció el reconocimiento y pago de un subsidio familiar a los trabajadores como una manera de protección a la familia.

ARTICULO 1o. El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. (negrilla y subrayado es nuestro)

Señor Juez, al negársele a mi poderdante por cuenta del COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL el reconocimiento y pago del subsidio familiar, se está atentando contra la institución familiar, que por mandato constitucional es el núcleo fundamental de la sociedad.

Es de resaltar que mi poderdante hace parte de ese pequeño grupo de trabajadores que requieren de mayor protección legal, al ser la base de las fuerzas militares, sin embargo al haberse derogado el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, quedaron sin el derecho constitucional de percibir un subsidio familiar, dinero que contribuía al sostenimiento de la familia, afectando el mínimo vital necesario para brindarle unas condiciones dignas a su núcleo familiar.

La protección a la familia y el mínimo vital son dos derechos que están relacionados para garantizar el mandato constitucional de protección a una vida digna en especial a los trabajadores de más bajos ingresos como en este caso lo son las familias de los soldados profesionales.

En el caso de las miembros de las Fuerzas Militares, el subsidio familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador, como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales, agentes de policía y civiles al servicio del Ministerio de Defensa, en servicio activo, casados o viudos con hijos. Como puede observarse, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los precisos términos concebidos en las disposiciones anteriores, no se hallaba supeditado a que los miembros de las Fuerzas Militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado,

esto es, como Oficial o Suboficial, pues el legislador no hace por lo menos hasta el momento distinción alguna entre el personal de las Fuerzas Militares.

La H. Corte Constitucional en Sentencia No. **C-508 de 1997** Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, fija en torno al subsidio familiar la siguiente posición:

"...es por eso que el subsidio familiar en Colombia ha buscado un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Por eso los principios que inspiraron la partida del Subsidio Familiar y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social, estipulado en nuestra constitución nacional. Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue para beneficio de los menos favorecidos".

Las anteriores son razones jurídicas suficientes para que se reconozcan los derechos que le asisten a mí representado.

5. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE- Prohibición de regresividad-

El principio de progresividad de los derechos sociales está establecido en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y desarrollado en numerosos instrumentos internacionales, el cual, a consideración de nuestra Corte Constitucional consiste básicamente en que el Legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo.

De conformidad con el artículo anteriormente citado, la seguridad social goza de una doble naturaleza; de una parte, es un servicio público que debe ser prestado de manera obligatoria por parte del Estado y de los particulares autorizados para para ejercer el mismo fin, y de otra, es un derecho que debe ser garantizado a todos los habitantes de manera progresiva y generalizada.

El reconocimiento del subsidio familiar para los trabajador de bajos ingresos hace parte de los derechos de la protección y seguridad social, y no reconocerlo a los soldados profesionales como es del caso a mi poderdante, es violatorio a este derecho fundamental estatuido por el constituyente primario en el artículo 48 de la constitución policitita, tal como lo afirma el Honorable Consejo de estado en sentencia¹⁷ que decretó la nulidad del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, en los siguientes términos:

"En conclusión, la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados

¹⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "B" Magistrado Ponente Dr. Cesar Palomino Cortes, sentencia del 8 de junio de 2017, radicado N° 11001-03-25-000.2010-00065-00. Providencia que decreto la nulidad del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009.

profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto carente de legalidad, al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, **sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica, toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática.** (negrilla y subrayado es nuestro)

Además del análisis efectuado fundado en el juicio de razonabilidad de la medida regresiva cuestionada, esta Subsección considera que con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiendo a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, *in dubio pro justitia socialis*, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.

4. TRASGRESION DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL DECRETO 3770 DE 2009

4.1 - DESMEJORA SALARIAL Y PRESTACIONAL FRENTE AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y LA EXPECTATIVA LEGITIMA DE LOS DERECHOS

En anteriores pronunciamientos esta Corporación ha aceptado la procedencia de la acción de nulidad tratándose de actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional, cuyos efectos han generado una desmejora de las condiciones salariales y prestacionales de los sujetos activos de la regulación, al considerar que de esta manera se ha vulnerado el mandato de progresividad de los derechos de contenido prestacional aparejada a la trasgresión de la prohibición de no regresión; sometiéndolos a condiciones de desigualdad frente a quienes ostentan situaciones jurídicas paritarias.

4.1.1. Principios de Progresividad, prohibición de Regresividad y Discriminación¹⁸

La Constitución Política al establecer en su artículo 48 que *"El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social"* ha consagrado el principio de progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales (en adelante DESC) y la concomitante proscripción de la regresividad de estos derechos.

De la misma forma, los Principios de Progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC hacen parte del bloque de constitucionalidad, el cual incorporó distintas normas de derecho internacional que rigen la materia, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht de 1997, las Observaciones Generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José¹⁹.

(...)

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también ha estipulado el principio de progresividad, derivado del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al señalar que:

"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados". (Cursiva y subrayado ajeno al texto original)

¹⁸ ¹⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección "B" Magistrado Ponente Dr. Cesar Palomino Cortes, sentencia del 8 de junio de 2017, radicado N° 11001-03-25-000.2010-00065-00. Providencia que decreto la nulidad del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009.

¹⁹ Ver por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 30 y 32.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 5.1, 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.3 y 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 4; Protocolo de San Salvador, artículo 5. Ver también dos instrumentos internacionales de soft law específicos, los denominados "principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, UN Doc. E/CN.4/1985/4, Annex, 1985) y los ya mencionados Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De otro lado, el artículo 4 del Protocolo de San Salvador, al disponer que "No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el Presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado", reconoce expresamente la proscripción de regresividad de los derechos de contenido prestacional.

La prohibición de regresividad no es ajena a nuestro derecho constitucional, que en buena parte ha construido una jurisprudencia y doctrina a partir del derecho constitucional comparado. Constitucionalistas como Konrad Hesse han propuesto la teoría de la irreversibilidad en materia de derechos sociales, argumentando que una vez que el legislador o la Administración han regulado los diferentes campos mandados por la constitución, toda medida regresiva que afecte el contenido esencial de las regulaciones establecidas es inconstitucional.²⁰

(...)

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido prolija al reconocer el principio de progresividad de los derechos sociales, determinando que hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos, lo cual implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido²¹.

(....)

"El deber de respetar la prohibición de discriminación introduce considerables límites al margen de discreción que tienen los Estados para adoptar medidas regresivas conforme al Pacto. En concordancia con estas obligaciones, si un Estado Parte implementa medidas regresivas que afecten solo a un segmento de la población en detrimento de otro, deberá demostrar que la medida no es discriminatoria. Siguiendo los estándares generales en derecho internacional, esto significa que el Estado ha de probar que la medida: a) ha sido objetiva; b) razonable; y c) que existe una relación de proporcionalidad entre el objetivo buscado y los medios empleados. Si el Estado no logra probar que se ha respetado el principio de no discriminación, la medida resultará contraria al Pacto"²². (Cursiva ajena al texto original)

En suma, la constatación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los manifiestamente censurados. Acarreando preliminarmente una presunción de ilegalidad de la medida, y conduciendo a la realización de un control judicial más estricto de la razonabilidad, legitimidad y propósito de la norma. Corresponderá, por tanto, al Estado probar su justificación. En caso de duda habrá que resolverse contra la validez de la norma regresiva."

De conformidad a lo transcrito anteriormente se pudo llegar a concluir que, al negar el derecho del subsidio familiar a mi poderdante, se constituye una medida regresiva en razón a que esta prestación estaba y está establecida como una protección a la familia y al mínimo vital.

DE LA NO PRESCRIPCION DE LOS VALORES RECLAMADOS- SALARIOS-

Mi poderdante de conformidad a lo establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, adquirió el derecho al reconocimiento y pago de la prestación subsidio familiar a partir del 13 DE SEPTIEMBRE DE 2008, fecha en la que constituyó el núcleo familiar, **y ante la imposibilidad de reclamar su derecho por la modalidad en la prestación de su servicio en zonas apartadas y posteriormente al estar vigente el decreto 3770 de 2009 mi poderdante no le era posible reclamar este derecho**, por lo que no se puede invocar la prescripción de los dineros adeudados, teniendo en cuenta que el derecho surge a la vida jurídica solo a partir de la fecha de la sentencia que decretó la nulidad del decreto 3770 de 2009, esto es 8 de junio de 2017.

²⁰ Hesse, Konrad. Grunzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. CF Müller. Heidelberg y Karlsruhe. 1978. Páginass 86-87, citado por Parejo Alfonso, Luciano. Estado social y administración pública. Civitas, Madrid, 1983. Páginas 53-54.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también sentencias T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-840 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-772 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda.

²² Sepúlveda, Magdalena. El Comité DESC y la expresión "progresivamente". En: "Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales". Compilación. Buenos Aires, CELS, 2006. Páginas 138 y 139.

Asóciese lo anterior con los efectos **Ex- tunc** concedidos por el Consejo de Estado frente a la nulidad del Decreto 3770 de 2009.

Obsérvese lo reiterado por el Consejo de Estado:

“CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “B” del ocho de junio de 2017 radicado N° 11001-03-25-000-2010-00065-00 Magistrado Ponente CESAR PALOMINO CORTES: Sin embargo, la Sala considera prudente reiterar que conforme con su inveterada y pacífica jurisprudencia, es claro que la nulidad de un acto administrativo produce efectos *ex tunc*, es decir, se retrotrae la actuación desde el momento en que se profirió el acto administrativo anulado, por consiguiente, queda la situación jurídica en el estado en que se encontraban antes de la expedición de dicho acto. Por lo tanto, si se declara la nulidad de un acto administrativo que había derogado o revocado otro acto administrativo, la consecuencia es que el acto revocado o derogado cobra nuevamente vigencia, incluida su presunción de legalidad”.

(Negrilla y subrayado propio)

De conformidad a lo anterior no le es dable a mí representado la aplicación de la prescripción, toda vez que el derecho al reconocimiento de sus salarios surge o revive debido a la declaratoria de nulidad del Decreto que le había cesado dicho derecho.

ADICIÓN DE LA HOJA DE SERVICIOS- INCLUYENDO EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO FACTOR PRESTACIONAL Y PARTIDA COMPUTALBE EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE MÍ REPRESENTADO.

El subsidio familiar por ser un factor salarial conforma una de las partidas computable para la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante, puede reclamarla en cualquier tiempo, de conformidad con la nueva posición jurisprudencial de la Honorable Corte Suprema de Justicia, fijada en la sentencia del 15 de junio de 2016, Magistrada Ponente **CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO** SL 8544-206 RADICACION 45050 Acta 21, que me permito transcribir a partes de la misma.

“Para ese propósito, es conveniente empezar por recordar que, de acuerdo con el art. 48 de la C.P., la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable. Esto quiere decir que, en tanto derecho subjetivo, es exigible judicialmente ante las personas o entidades obligadas a su satisfacción y, en cuanto irrenunciable, es un derecho que no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular, como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por imposición de las autoridades.

Ahora bien, la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado *en todo tiempo*, sino también el derecho a obtener su *entera satisfacción*, es decir, a que el reconocimiento del derecho se haga de forma íntegra o completa.

En efecto, el calificativo irrenunciable de la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción *in toto*, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección, sean reales, efectivos y practicables.

En este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.

Por esto, la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habilita a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado social de Derecho.

Aunque podría sostenerse que al prescribir los derechos crediticios que emanan de las relaciones de trabajo, éstos desaparecen del mundo jurídico y, por ello, no pueden ser tenidos en cuenta para otros efectos legales, incluidos los pensionales; tal tesis presenta el serio inconveniente de no distinguir y ofrecer un tratamiento particular a dos cuestiones que son bien diferentes: (i) el salario como

retribución directa del servicio en el marco de una relación de trabajo, y (ii) el salario como elemento o factor establecido por la ley para la liquidación de las pensiones.

En la primera hipótesis, es claro que el salario constituye un derecho crediticio sujeto a las reglas generales de prescripción previstas en los arts. 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 41 del D. 3135/1968; en la segunda, el salario se redimensiona y adquiere otra calidad, pues deja de ser un derecho patrimonial y se convierte en un elemento jurídico esencial de la pensión.

Naturalmente, esta reconsideración del salario como elemento jurídico consustancial de la pensión, apareja su imprescriptibilidad, pues ya deja de ser un referente aislado para integrarse en la estructura de la prestación pensional y formar con ella un todo indisoluble”.

Se concluye de lo anterior que al ser el salario un factor prestacional, se tiene derecho a su reconocimiento e inclusión en la hoja de servicios de mí representado, para que sea tenido en cuenta como partida computable en la asignación de retiro.

IX- COMPETENCIA

El Distrito Judicial Administrativo **DEL CAUCA**, es competente para conocer de este asunto en primera instancia por la cuantía y naturaleza del asunto y por factor territorial por cuanto el señor **PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ**, tuvo como último lugar de trabajo en el **BATALLON DE COMBATE TERRESTRE No 102**” ubicado en **POPAYAN**, de conformidad con lo establecido en el artículo 155, 156 Y 157 del CPACA y artículo 20 del CPC.

X- ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

De conformidad con el artículo 157° del CPACA la cuantía de la presente demanda se estima por valor de **VEINTE MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$20.466.350) M/CTE (sin indexación)**; esta cuantía resulta de la liquidación del subsidio familiar a partir de la constitución del núcleo familiar a la fecha de retiro del servicio activo del Ejército Nacional

Con el fin de ilustrar en mejor forma al Señor Juez, a continuación, se presenta el cuadro demostrativo de este análisis:

AÑO RECLAMACION	ASIGNACION SALARIAL MENSUAL	SUBSIDIO FAMILIAR 62,5%	MESADAS	SUMATORIA ANUAL	No. De MESADAS	ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTIA
2012	\$ 906.720	\$ 566.700	10	\$ 5.356.000	11	\$ 5.356.000
2013	\$ 943.200	\$ 589.500	12	\$ 7.074.000	12	\$ 7.074.000
2014	\$ 985.600	\$ 616.000	12	\$ 7.392.000	12	\$ 7.392.000
2015	\$ 1.030.960	\$ 644.350	1	\$ 644.350	1	\$ 644.350
					TOTAL	\$ 20.466.350

A- EXPLICACIÓN DEL CUADRO

- **Primera columna:** Relación de los años en reclamación.
- **Segunda columna:** Asignación Salarial mensual
- **Tercera columna:** Monto mensual del subsidio familiar que se le ha debido cancelar a mi poderdante en un porcentaje del **62,5% de la asignación Salarial mensual.**
- **Cuarta columna:** Número de mesadas recibidas en el respectivo año
- **Quinta columna:** Consolidado los valores anuales dejados de cancelar, que resulta

de la sumatoria de la suma mensual que representa el subsidio familiar multiplicado por el número de salarios recibidos en el respectivo año.

- **Sexta columna:** Número de mesadas para el cálculo de la estimación cuantía
- **Séptima columna:** la estimación razonada de la cuantía tomando para ello los últimos tres años del valor de las pretensiones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 157 de CPACA.

XI- ANEXOS

Solicito que se tengan como pruebas, la documentación aportada:

1. Poder legalmente conferido por el SLP **PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ**, con expresas facultades para Demandar.
2. Fotocopia de la cedula de ciudadanía.
3. Original del Memorial contentivo del derecho de petición elevado ante la entidad demandada radicado el **22 DE AGOSTO DE 2019**.
4. Acto Administrativo Oficio No **20193111630411 DE FECHA 24 DE AGOSTO DE 2019**, emitido por el COMANDO DEL EJERCITO NACIONAL en respuesta del Derecho de Petición motivo de esta litis, con el cual se agotó la actuación administrativa.
5. Certificación expedida por el Ministerio de Defensa Nacional Comando Ejercito, donde certifica el último lugar geográfico donde laboro el SLP PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ.
6. Escritura pública No 1040 DE FECHA 16 DE ABRIL DE 2016, mediante la cual se declara Unión Marital de Hecho.
7. Copia original de la resolución No 421 DE FECHA 30 DE ENERO DE 2015 , mediante la cual se reconoce pensión de invalidez al señor SLP PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ.
8. Acta de conciliación mediante la cual se da cumplimiento al requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 ley 1437 de enero 18 2011.
9. Solicito respetuosamente a ese despacho que, en el evento de faltar alguna **constancia, certificación o notificación**, que se considere necesaria para el estudio de la presente demanda, se ordene a la demandada allegarlos en su oportunidad.
10. Copias de la demanda con sus respectivos anexos para: archivo, agencia nacional de defensa jurídica del estado, traslado a la entidad demandada y una para el ministerio público.

XII- NOTIFICACIONES

DEMANDADA: Al señor comandante del Ejército Nacional NIT N° 800.130.635 – 4 en la calle 26 N° 52 – 00 Edificio Comando Ejercito de la ciudad de Bogotá, D. C. Tel. 2660280. Correo para notificaciones judiciales ceayp@ejercito.mil.co.

DEMANDANTE: Mi poderdante **PEDRO ELIAS ROJAS SANCHEZ**, las recibirá en la CALLE 62 No 109 A 120 de la ciudad de MEDELLIN.

MINISTERIO PÚBLICO: El señor Procurador delegado ante ese Honorable despacho, puede ser notificado en la secretaría de esa Corporación o en la Carrera. 5 No. 19 -34 Oficina 702 de la ciudad de Bogotá.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, las recibirá en la calle 70 N° 4 – 60 int 312 tel. 2558957 ext. 303 – 305 de la ciudad de Bogotá, email conciliaextrajudicial@defensajuridica.gov.co

EL SUSCRITO APODERADO: Las recibiré en la secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en la calle 73 bis N° 26 - 28, en la ciudad de Bogotá, teléfono 7420825 ext. 101 o 105.

De conformidad con el artículo 205 de la ley 1437 de 2001 AUTORIZO a que la notificación relacionados con el presente proceso se hagan a mi dirección electrónico alvarorueda@arcabogados.com.co

Del Señor Juez,



ALVARO RUEDA CELIS
C.C. No. 79.110.245 de Fontibón.
T.P. No. 170.560 HCSJ.