



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso No.: 11001-33-35-028-2022-00303-00
Demandante: Raúl Jejen Hueso
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional
Asunto: Reconocimiento Subsidio Familiar conforme con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1º del artículo 42¹ de la Ley 2080 de 2021² por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011³, dentro del proceso promovido por el demandante **Raúl Jejen Hueso** identificado con cédula de ciudadanía No. 4.099.929 de Chiscas-Boyacá, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones⁴

La parte demandante, por intermedio de apoderado pretende lo siguiente:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N°20193111651881:DMN-CGFM-COEJEC-SECEJ-GEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 27 de Agosto del 2019, que negó las peticiones solicitadas en el derecho de petición número 201911262468222 de fecha 14 de Mayo del mismo año..

2. Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene la NACION.MINDEFENSA, EJERCITO NACIONAL a reajustar la asignación mensual con aplicación del mayor porcentaje del subsidio familiar, para incrementar la asignación mensual, a partir del 30 de Abril del 2014 hasta la fecha, con fundamento en el artículo 11 del decreto 1794 del año 2000.

3 .En razón de lo anterior se tenga en cuenta la nueva asignación de sueldo reajustado para el cómputo con retroactividad de los valores adeudados

¹ “Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (...)”

² Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

³ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁴ Archiv o Digital No. 1

correspondiente a la aplicación de las otras primas que constituyen parte integral de la asignación de sueldo.

4.. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste demandado y las sumas canceladas por concepto de sueldos desde el año de 2014 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado., año por año y mes por mes.

5. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes mencionados (precitados) en los numerales anteriores a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 187, 188 y 189 del CCA

6. Ordenar a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho”

2. Hechos

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que éste se encuentra vinculado al Ejército Nacional como Soldado Profesional desde el 21 de abril de 2004.

Destaca que el accionante contrajo matrimonio el 30 de abril de 2014, por lo que en el mes julio de 2014, le reconocieron el subsidio familiar con fundamento en el Decreto 1161 de 2014, cuando afirma tener derecho a la prestación pero la que regulaba el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por virtud de la sentencia del Consejo de Estado del 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos extunc.

Posteriormente en el 14 de mayo de 2019, nuevamente solicitó el subsidio familiar pero con aplicación de la referida norma.

Mediante Oficio No. 20193111651881 DMN-C.1GFM-COEJEC-SECEJ-GEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 27 de agosto de 2019, en la que se despacha desfavorablemente la solicitud elevada.

3. Normas violadas y concepto de violación⁵

Cita como normas violadas, los artículos 2, 4, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución de 1991, artículo 2 de la Ley 4ª de 1992, y 2, 8 y 11 del Decreto 1794 de 2000.

Manifiesta el accionante que el acto administrativo atacado comporta un trato discriminatorio respecto de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, que ingresaron al servicio en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

Añade que el Consejo de Estado Sección Segunda mediante sentencia del 8 de junio de 2017 dentro del expediente radicado bajo el No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 número interno 0686-2010, declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 y reconoció que en otros casos ha determinado la existencia de un trato desigual entre los Oficiales, Suboficiales y Soldados, especialmente, en materia del subsidio familiar.

⁵ Fols. 5 a 7

Destacó que esa sentencia invocó otros fallos de la Corte Constitucional para concluir la nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009, por lo que es dable reconocerle al demandante esta prestación social desde la fecha en la que contrajo matrimonio.

4. Trámite

Mediante auto del primero (1º) de septiembre de 2022, se admitió la demanda y se ordenó notificar al extremo pasivo.

5. Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, precisando en términos generales que el accionante adquirió el derecho al subsidio familiar en vigencia del Decreto 1161 de 2014 y no en vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por lo cual no es procedente un reconocimiento como el que reclama pues resalta que la sentencia de unificación no aplica a situaciones no consolidadas.

Vale en este caso aclarar que el Ejército Nacional en la contestación hace referencia al soldado Francisco Javier Guevara, persona distinta al aquí demandante, por lo que en este aspecto no puede tenerse en cuenta.

Con fundamento en lo inicialmente reseñado, propuso la excepción de mérito denominada *“legalidad del acto administrativo”*.

6. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 16 de febrero de 2023⁶, una vez recaudadas unas pruebas documentales requeridas, se corrió traslado común a las partes y al Agente del Ministerio Público, para que presentaran sus alegaciones finales y concepto, respectivamente.

6.1. Parte demandante

Destaca que el accionante contrajo matrimonio el 30 de marzo de 2014, por lo que se encuentra dentro de los presupuestos indicados en la sentencia del Consejo de Estado-Sección Segunda del 8 de junio de 2017 de radicación No. 1100103250000201000065 00, par acceder al subsidio familiar bajo el amparo del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

6.2. Parte demandada

La entidad demandada insiste en la improcedencia del reconocimiento del subsidio familiar al demandante, en la forma que lo solicita, más aún cuando ya cuenta con el reconocimiento de dicha prestación conforme con lo regulado en el Decreto 1164 de 2014, por lo que señala que se trata de una situación

⁶ Archivo digital No. 9

consolidada, a la que no le aplica la sentencia de nulidad que se invocó como fundamento de la demanda.

Con base en lo anterior, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

De otra parte, se advierte que el Ministerio Público dentro de la oportunidad legal guardó silencio.

Conforme con el artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por la Ley 2080 de 2021, procede el Despacho a proferir sentencia teniendo en cuenta las siguientes

II. CONSIDERACIONES.

1. Problema jurídico

Debe resolverse en este caso sobre la nulidad del oficio No. 20193111651881 del 27 de agosto de 2019, mediante el cual la entidad demandada negó el reconocimiento del subsidio familiar al demandante, en aplicación del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y como consecuencia de lo anterior, debe establecerse si tiene derecho o no a que se le reconozca esa prestación con fundamento en la norma anotada y al pago de las diferencias a que haya lugar desde la fecha en la que demuestra haber contraído matrimonio.

2. Marco legal y jurisprudencial

2.1. Del Subsidio Familiar

El subsidio familiar busca beneficiar a los sectores con menores ingresos de los servidores públicos, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que procura la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar, *vr. gr.* En el régimen ordinario el reconocimiento en dinero se encuentra destinado a los trabajadores que devengan hasta 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes⁷ siempre que tengan personas a cargo y el reconocimiento en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación, para atender necesidades básicas de alimentación, vestuario, educación y alojamiento del grupo familiar.

Por lo anterior, se puede concluir, que el **subsidio familiar**, es una prestación social destinada para que aquellos servidores de bajos recursos puedan asegurar una existencia en condiciones dignas de la familia que tienen a su cargo y lograr su plena realización personal, así como también cumplir algunos de los fines impuestos al Estado, entre ellos, el de "promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos".

Ahora bien, en lo que refiere al régimen especial, como es el caso que ahora nos ocupa, el artículo 79 del Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, determinó las

⁷ Artículo 20 de la Ley 21 de 1982.

condiciones en que se debe liquidar el subsidio familiar cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo.

El régimen salarial de los Soldados Voluntarios, se encontraba inicialmente compilado en la Ley 131 de 1985 “*por la cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario*” y en él, se les reconoce una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario, el cual, no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto y una prima de navidad equivalente a la remuneración recibida en el mes de noviembre por haber laborado el año completo o, 1/12 parte de la misma por los meses laborados, cuando sea inferior a un año.

Posteriormente, la Ley 578 de 2000, facultó al Presidente de la República para expedir el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, habilitación que se concretó en el Decreto 1793 de 2000 y permitió la incorporación de los Soldados Voluntarios a la nueva categoría denominada Soldados Profesionales, además de reiterar⁸ el principio según el cual, el régimen salarial del Soldado Profesional de las Fuerzas Militares debe ser expedido con base en los presupuestos contenidos en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.

El cambio de naturaleza de Soldado Voluntario a Soldado Profesional, obedeció a la profesionalización de la carrera de Soldado, en consideración a las especialísimas funciones que ejecutan, como quiera que son titulares tanto de los derechos reconocidos en la Carta Política, como también sujetos sometidos a limitaciones razonables para el ejercicio como consecuencia de las condiciones propias que impone el servicio, bajo imperativos de obediencia según la línea de mando y de la disciplina propia de las Fuerzas Militares, máxime el alto riesgo que comporta su labor.

Consecuentemente, el Decreto 1794 de 2000 reconoció a los Soldados Profesionales el derecho a devengar una asignación salarial mensual (equivalente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40%), las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad y el subsidio familiar.

De manera concreta, el subsidio familiar -en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000⁹-, será reconocido mensualmente al Soldado Profesional de las Fuerzas Militares que estando en actividad se encuentre casado o con unión marital de hecho vigente, en cuantía equivalente al 4% de su salario básico mensual, más la prima de antigüedad.

Dicha prestación fue reconocida a los Soldados Profesionales activos, hasta la entrada en vigencia del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009,¹⁰ en cuanto dispuso la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

⁸ Artículo 38 del Decreto 1793 de 2000.

⁹ “**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.

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.”

Sin embargo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", en sentencia del 8 de junio de 2017, expediente 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-2010), Consejero Ponente Dr. **César Palomino Cortés**, declaró con efectos "ex tunc", la nulidad del Decreto 3770 de 2009 expedido por el Gobierno Nacional, al señalar que *"las disposiciones allí contenidas resultan ser contrarias a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de raigambre constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992"*.

Finalmente, el Decreto 1161 de 2014 reguló nuevamente el reconocimiento y pago del Subsidio Familiar 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 a partir del 1° de julio de 2014.

2.2. Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad

Para dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, se destaca que la misma se desprende del artículo 4° de la Constitución de 1991 y tiene como propósito inaplicar una norma o normas de inferior categoría cuando se logra establecer su oposición con lo regulado por la Constitución Política.

En torno al concepto y alcance de este tipo de excepción, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

"La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que se trata de una facultad, así como de un deber que tienen las autoridades, tanto judiciales como administrativas, para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que «es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política».¹¹

¹⁰ "ARTÍCULO 1°. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

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

PARÁGRAFO SEGUNDO. 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.

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

¹¹ Sentencia SU-132 de 2013.

En este sentido, la excepción de inconstitucionalidad consiste en una eficaz herramienta jurídica de protección a los principios de «aplicación directa de la norma fundamental» y de «supremacía constitucional», garantizando (en el caso concreto) la jerarquía, materialidad y aplicación directa de la Constitución Política dentro del sistema de fuentes normativas.

Así las cosas, la primera nota esencial de la excepción de inconstitucionalidad es que puede ser ejercida de manera oficiosa¹² o a solicitud de parte, y ha dicho la Corte Constitucional, que esta figura procede cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:¹³

- 1) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que «de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado»;¹⁴*
- 2) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso;¹⁵ o*
- 3) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento «iusfundamental»¹⁶. En otras palabras, «puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales».¹⁷*

La segunda característica esencial de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, es que su alcance es inter-partes y, por ende, la norma inaplicada al prosperar la excepción de inconstitucionalidad, no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida.¹⁸ Con lo que se conserva la competencia funcional atribuida por el Constituyente Primario de 1991 en el artículo 241 a la Corte Constitucional para pronunciarse de fondo sobre la materia, siendo esta la instancia última de control de constitucionalidad de las leyes, conforme al referido artículo 241 superior.»¹⁹(Negrillas y subrayas fuera del texto).

Entonces, la excepción de inconstitucionalidad, hace parte del control difuso de constitucionalidad, que puede ser aplicado por los operadores jurídicos de oficio o a petición de parte y opera cuando resulta **evidente** que la norma que debe

¹² Sentencia T-808 de 2007.

¹³ Sistematizadas en la sentencia T-681 de 2016, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio.

¹⁴ Sentencia T-103 de 2010.

¹⁵ En sentencia T-669 de 1996 se desarrolló esta hipótesis, fijando que «en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).»

¹⁶ Sentencia T-103 de 2010.

¹⁷ Sentencia T-331 de 2014. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006.

¹⁸ Sentencias SU-132 de 2013 y C-122 de 2011.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección "B", sentencia del 26 de junio de 2018, con ponencia de la Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 11001-03-25-000-01101 (4970-15). **Los citas 29 a 36 provienen del texto jurisprudencial citado.**

aplicarse al caso concreto se opone a los textos constitucionales o afecta derechos fundamentales, cuya inaplicación solo opera *inter partes*, por lo que la norma permanece vigente, sólo que no aplica al caso concreto.

Cabe precisar que de acuerdo con la jurisprudencia, esta excepción opera en cualquiera de los siguientes eventos: *i*) cuando la norma sea contraria a la constitución y no haya sido retirada del ordenamiento jurídico a través de la acción de constitucionalidad o nulidad (según la categoría de la norma), y deba inaplicarse en caso concreto; *ii*) que la norma reproduzca textos legales que hayan sido objeto de declaratoria de inexecutable o nulidad; y *iii*) cuando la aplicación de la norma en el caso concreto pueda generar un perjuicio, que pese a parecer ajustada a la constitución en el caso que se estudia, su aplicación desconocería normas constitucionales.

3. Caso concreto

Como primera medida se tiene acreditado que el demandante **Raúl Jejen Hueso**, ingresó el 21 de abril de 2004 al Ejército Nacional en calidad Soldado Profesional²⁰ y de acuerdo con el registro civil de matrimonio se tiene que se casó el 30 de marzo de 2014, por lo civil y con la señora **Martha Liliana Puentes Carreño**²¹, de cuya unión nació un hijo, por lo cual se acredita que en la actualidad devenga por concepto de subsidio familiar el 23% del salario de conformidad con el Decreto 1161 de 2014²².

Teniendo en cuenta que el matrimonio del accionante ocurrió con posterioridad a la vigencia del Decreto 3770 de 2009, por medio del cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, norma que el Consejo de Estado, declaró nula con efecto ex tunc, es menester determinar si el reconocimiento del subsidio familiar debió efectuarse en los términos del Decreto 1161 de 2014, o por el contrario, atendiendo los efectos de la sentencia del Consejo de Estado descrita en precedencia, el mismo deberá efectuarse, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por la reviviscencia de las normas.

Para resolver, entonces se tiene que la prenombrada sentencia dispuso lo siguiente:

“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 ibidem 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

²⁰ Archivo Digital No. 2 página 6.

²¹ Ibidem página 12

²² Ibidem páginas 8 y 9.

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”

De la jurisprudencia citada, se desprenden dos situaciones que generó el vacío legal causado por el Decreto 3770 de 2009, respecto de la regulación de subsidio familiar para los Soldados Profesionales en servicio activo, pues se encuentra un grupo de soldados, que tenían una expectativa legítima de recibir dicha prestación y no consolidaron el derecho durante la vigencia de la norma anotada y otro grupo, que consolidó su familia con posterioridad a la vigencia del Decreto 3770 de 2009, siendo relevante en estos casos los efectos “*ex tunc*” que implica la citada sentencia de nulidad.

Debe decirse que el Ministerio de Defensa Nacional, el Departamento de la Función Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitaron adición y aclaración de la aludida sentencia del 8 de junio de 2017, que fue resuelta en providencia del 8 de septiembre de 2017, precisando el alcance de la decisión citada de la siguiente manera:

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

Por consiguiente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que, a su vez, ha derogado expresa o tácitamente otras disposiciones, “revive” los preceptos derogados, es decir, produce el efecto de reincorporar tales normas al ordenamiento jurídico, dejando sin efectos su derogatoria. Esto es lo que se ha llamado “reviviscencia”²³.

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.²⁴ (Negritas y subrayas fuera del texto).

Dicho auto aclara que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, revivió por virtud de lo dispuesto en la sentencia del 7 de junio de 2017 y en esa medida se mantuvo vigente por lo menos hasta la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, con cuya expedición se entiende subrogada la anterior norma.

De otra parte, sobre los efectos “*ex tunc*” de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, la sentencia T-121 de 2016, precisó:

²³ 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 Namén Vargas.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto del 8 de septiembre de 2017, con ponencia del Consejero Dr. Cesar Palomino Cortes, dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10).

“2.2.2 A diferencia de la inexecutable, salvo que el fallo de la Corte expresamente disponga lo contrario, la anulación de un acto administrativo produce efectos ex tunc, es decir, se entiende retirado del mundo jurídico desde el nacimiento, razón por la cual se retrotraen las cosas al estado anterior, esto por cuanto el estudio de su legalidad se remite al origen de la decisión. El Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ha adoctrinado que la diferencia entre la declaración de nulidad, y la de inexecutable, parte del supuesto que la norma viciada no ha tenido existencia jamás, por lo cual todo debe volver al estado anterior a su vigencia.[15]

Ahora bien, los efectos ex tunc no generan un inmediato restablecimiento de las situaciones que se hayan causado en vigencia de la norma retirada del ordenamiento jurídico, en cada caso, debe examinarse si se encuentran situaciones jurídicas consolidadas, las cuales, en atención al principio de seguridad jurídica, no pueden alterarse.[16]” (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, sobre los efectos de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, también sentencia de unificación sobre el subsidio familiar, emanada del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del 25 de abril de 2019, consecutivo 85001-33-33-002-**2013-00237**-01 (1701-2016), demandante **Julio César Benavides Borja**, demandado **Caja de Retiro De Las Fuerzas Militares - CREMIL**, Consejero Ponente Dr. **William Hernández Gómez**, se hizo esta breve referencia sobre la comentada sentencia: “182. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 (sic) de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre”.

De tal suerte que, ante la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 expedido por el Gobierno Nacional, con efectos “*ex tunc*”, se produce como consecuencia, la reviviscencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y como quiera que el demandante, Soldado Profesional **Raúl Jejen Hueso** se casó con la señora **Martha Liliana Puentes Carreño** el **30 de marzo de 2014**, de cuya unión nació un hijo, el derecho a percibir el subsidio familiar, se consolidó a partir del día siguiente de la fecha anotada en los términos de la norma mencionada, destacándose entonces que para esa calenda el accionante no tenía posibilidad de presentar una solicitud para el reconocimiento de ese derecho ante el vacío legal que existía, por lo cual no resulta de recibo el argumento de la defensa consistente en que el derecho se consolidó pero en vigencia del Decreto 1161 de 2014, porque los efectos ex tunc de la sentencia de nulidad citada, no son otros que la posibilidad que tienen los soldados que consolidaron su familia entre el **30 de septiembre de 2009 y el 1º de julio de 2014**, para reclamar el reconocimiento del subsidio familiar bajo las condiciones que establecía el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Luego se tiene que si bien es cierto que el subsidio familiar se le reconoció al demandante, de acuerdo con el acto administrativo atacado, con la orden de personal No. 2440 del 30 de diciembre de 2014 con fundamento el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, también lo es, que la parte demandante con la confianza legítima que impone la presunción de legalidad que amparaba al Decreto 3770 de 2009, que retiró del ordenamiento jurídico la posibilidad de reclamar la

prestación y debió esperar a la nueva creación de la prestación para presentar la solicitud.

En consecuencia distinto a lo señalado en el Oficio No. 20193111651881/MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10, expedido el 27 de agosto de 2019 por el Ejército Nacional, el accionante consolidó su derecho a acceder al subsidio familiar el 1º de abril de 2014, día siguiente al matrimonio aquí acreditado y por lo tanto bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir el equivalente del 4% del salario más el 100% de la prima de antigüedad, que de acuerdo con el artículo 2, puede llegar al 58.5% del salario, lo que es muy superior al actual 23% del salario que se le viene reconociendo.

En este punto debe tenerse en cuenta que debe reconocerse el subsidio familiar a partir del **1º de abril de 2014** en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y las diferencias de esta prestación a partir del **4 de octubre de 2014**, fecha de efectividad fiscal del reconocimiento de la prestación que se le hiciera anteriormente con fundamento en el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, lo que significa que deberá descontarse los valores ya cancelados para efectuar el pago de diferencias debidas.

Precisa el Despacho que el demandante, solo devengó el subsidio familiar hasta el 4 de octubre de 2014, por lo cual la prestación se reconoce completa en el período comprendido entre el 1º de abril de 2014 y el 3 de octubre de 2014 y a partir del 4 de octubre de 2014, se reconocerán las diferencias entre el subsidio familiar reconocido bajo la vigencia del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014 y el que se reconoce en este fallo.

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda y se declarará la nulidad del Oficio No. 20193111651881/MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10, expedido el 27 de agosto de 2019 por el Ejército Nacional ordenando consecuentemente el reconocimiento de dicha prestación, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y no como se encuentra reconocido actualmente.

Por lo tanto, no prospera la excepción denominada **“legalidad del acto administrativo”**, propuesta por la entidad demandada.

3.1. De la prescripción

Para efectos del restablecimiento, se tiene que en el asunto no operó la prescripción en razón a que la posibilidad de reclamar el derecho que aquí se discute surgió con la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, la cual fue proferida el 8 de junio de 2017, por lo que solicitud del reconocimiento del Subsidio Familiar se presentó el 14 de mayo de 2019²⁵ y la demanda fue radicada el 18 de agosto de 2022²⁶, circunstancia que permite establecer que no ha operado el fenómeno prescriptivo en el asunto.

²⁵ Archiv o Digital No. 2 página 7.

²⁶ Archiv o Digital No. 3.

En este punto se aclara, que el derecho causado a favor del demandante debe reconocerse debidamente indexado, pero descontándose en consecuencia, los valores que se han venido pagando por el concepto de subsidio familiar con base en el Decreto 1161 de 2014.

4. De la condena en costas

Finalmente, no se condenará en costas a la parte vencida, como quiera que no aparece prueba de su causación conforme con el numeral 8° del artículo 365 Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el **Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Bajo las consideraciones que anteceden, el **Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de mérito denominada *“legalidad del acto administrativo”*, propuesta por la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, conforme se expuso.

SEGUNDO: **Declarar la nulidad del Oficio No. 20193111651881/MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10, expedido el 27 de agosto de 2019**, por medio del cual se negó el reconocimiento del subsidio familiar al demandante en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

TERCERO: **Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, a reconocer y pagar el Subsidio Familiar al soldado Profesional **RAÚL JEJEN HUESO** identificado con cédula de ciudadanía No. 4.099.929 de Chiscas- Boyacá, en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, con efectividad a partir del **1° de abril de 2014**, fecha en que cumplió los requisitos de esa norma, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Deberán descontarse los valores reconocidos por subsidio familiar conforme con el Decreto 1161 de 2014, en la forma que quedó indicada en precedencia.

CUARTO: De conformidad con lo ordenado en el numeral anterior, se **condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar las sumas de dinero por subsidio familiar bajo el amparo del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000

entre el **1º de abril de 2014 y el 3 de octubre de 2014** y las diferencias con el subsidio liquidado conforme con el Decreto 1161 de 2014, a partir del **4º de octubre de 2014** que resulten a favor de la parte demandante, sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto del reconocimiento prestacional aquí ordenado, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

- QUITO:** Sin condena en costas ni agencias en derecho en esta instancia.
- SEXTO:** La entidad demandada, deberá dar cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos indicados en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.
- SÉPTIMO:** En firme el presente fallo, expídase las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.
- OCTAVO:** Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado, sin necesidad de desglose, los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b548d4948ffc448bb064e111bad59dcb9686fbc0851ab9077279126b0665ea64**

Documento generado en 23/03/2023 06:58:14 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>