



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Administrativo del Tolima
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente: JOSE ALETH RUIZ CASTRO
Ref. Expediente: 73001-33-33-008-2019-00412-01
Interno: 0797-2021
Medio de Control: RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: JESÚS ANTONIO SUAZA MARTÍNEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA
– EJÉRCITO NACIONAL

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 153 y 247 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por la vocera judicial de la accionada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué el día 29 de junio de 2021, mediante la cual se accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1. Declaraciones y Condenas¹

“Que se declare la nulidad de los actos administrativos identificados con el número de radicado: a) 20183171456591 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 06 de agosto del año 2018 y b) Radicado No 201831118520001 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 27 de septiembre del año 2018, expedido por el Ejército Nacional, por medio del cual negó el derecho solicitado por la demandante.

Referentes al reconocimiento del 20% de sueldo básico

“1. Que se inaplique por inconstitucional el artículo primero, inciso primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 (parcial) el cual edifica la siguiente afirmación:

¹ Ver Expte Juzgado – Archivo 1- fls 3-4

“--- Los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares devengaran (1) salario equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario...”

2. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional-, reliquidar retroactivamente el salario básico que devengaba el soldado profesional Jesús Antonio Suaza Martínez, aumentando el mismo en un 20%, es decir, su salario básico debe ser liquidado bajo la siguiente formula: 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente incrementado en un 60% más la indexación e intereses que en derecho corresponda. Lo anterior desde el 19 de febrero de 2002, fecha en la cual el Soldado profesional Jesús Antonio Suaza ingresó a las Fuerzas Militares

3. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, reliquidar retroactivamente los factores salariales adicionales de liquidación, así como las prestaciones sociales periódicas que devenga el soldado profesional Edison Pino Oliveros, teniendo en cuenta el aumento del salario básico en un 20%, es decir su salario básico debe ser reliquidado bajo la siguiente formula: 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente incrementado en un 60%, y posteriormente reliquidar los factores salariales adicionales de liquidación y las prestaciones sociales periódicas, más la indexación e intereses que en derecho corresponda. Lo anterior desde el 19 de febrero de 2002, fecha en la cual el Soldado Profesional Jesús Antonio Suaza Martínez ingresó a las Fuerzas Militares.

4. Que la Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, efectúe la reliquidación de las pretensiones tercera y cuarta, desde el 20 de mayo de 2002, fecha en la cual el soldado profesional Edison Pinto Oliveros ingresó a las Fuerzas Militares.

6. Que se ordene brindar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 del año 2011.

Referente a la reliquidación del subsidio familiar.

1- Que se inaplique por inconstitucional el artículo primero del decreto 1161 del 24 de junio del año 2014, el cual edifica la siguiente afirmación:

“...a) Para los soldados profesionales e Infantes de Marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el 20% de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más el porcentaje que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo.

b) Para los soldados profesionales e Infantes de Marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el 20 por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente artículo.

c) Para los soldados profesionales e Infantes de Marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2) y el uno por ciento (1) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el Infante de Marina profesional por este concepto podrá recibir más del seis por ciento (6) de su asignación básica.

Parágrafo: El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobre pasar el 26 por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

- 2- A título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, reliquidar retroactivamente el subsidio familiar que devenga el Soldado Profesional Jesús Antonio Suárez Martínez, aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 14 de septiembre del año 2000, pagando las respectivas diferencias con respecto al subsidio familiar que en la actualidad devenga, más la indexación e intereses que en derecho corresponda. Lo anterior desde el 19 de febrero de 2002, fecha en la cual el soldado profesional Jesús Antonio Suárez Martínez ingresó a las Fuerzas Militares.

Generales.

1. Que se ordene brindar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 del año 2011.
2. Que se me reconozca la personería jurídica correspondiente.

2. Fundamentos fácticos.²

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante relacionó los siguientes hechos:

1. Afirmó que el demandante, luego de terminar el respectivo curso de formación, ingresó a las Fuerzas Militares en el año 2002, ostentando la categoría de soldado profesional.
2. El señor Jesús Antonio Suárez Martínez, es casado con la señora Mónica Fernanda García Pineda desde el año 2013 y de dicha unión nacieron sus hijos Samara Isabela Suárez García y Andrés Felipe Suárez García.
3. Indicó que de acuerdo a la composición familiar del demandante se le reconoce por concepto de subsidio familiar en equivalente del 25% de su salario básico de acuerdo con lo establecido en el decreto 1161 de 2014.
4. Relató que el demandante, en su calidad de soldado profesional, desde que ingresó a la institución armada ha percibido como salario básico 1 SMMLV incrementado en un 40%.
5. Mediante petición radicada el 19 de julio de 2018, el demandante, por conducto de su vocera judicial solicitó ante la entidad accionada la reliquidación salarial, para que la misma sea incrementada en un 20%, y la reliquidación del subsidio familiar, con fundamento en lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, peticiones estas que fueron despachadas desfavorablemente, en su orden, a través de los oficios 20188317456491 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 06 agosto de 2018 y 20183111852001 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 27 de septiembre de 2018.

3.- Contestación de la demanda³

² Ver Expediente Juzgado -Archivo 1-fls 5-6

³ Ver Expte Juzgado- Archivo -fls 97-103

Obrando a través de mandataria judicial, y dentro del respectivo término procesal, la entidad accionada presentó escrito de contestación oponiéndose a las declaraciones y condenas deprecadas por el actor, por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho que las hagan prosperar.

Luego de citar las disposiciones normativas que regularon el régimen salarial de los soldados voluntarios, que posteriormente adquirieron la categoría de soldados profesionales, señaló que el acto administrativo demandado se ajustaba a derecho, y que no existía fundamentación jurídica alguna para modificar, corregir o aclarar la decisión emitida por dicha entidad.

Indicó que el demandante no había ingresado al ejercitó en calidad de soldado voluntario, toda vez que su ingreso a la institución se llevó a cabo en el año 2000, es decir, en vigencia de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, ingresando directamente como soldado profesional, razón por la cual no tiene derecho a la reliquidación de su asignación salarial en los términos peticionados en la demanda.

Respecto de la petición reliquidatoria del subsidio familiar, afirmó que el acto administrativo demandado fue expedido conforme a las disposiciones normativas aplicables al demandante, toda vez que el mismo se vinculó al Ejército en calidad de Soldado profesional desde el 19 de febrero de 2002, y el 15 de marzo de 2013 contrajo matrimonio, pero sólo hasta el año 2014 puso en conocimiento de la accionada su nuevo estado civil, por lo cual señaló que no resultaba lógico trasladar a la demandada la carga de reconocimiento de dicho factor de manera oficiosa.

4.- La sentencia apelada.⁴

Lo es la proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Luego de citar las disposiciones legales y jurisprudenciales que regulan la materia, señaló que el demandante se vinculó por primera vez como soldado profesional con posterioridad al 01 de enero de 2000, por lo tanto, su situación salarial no podía estar gobernada por el inciso 2 del artículo 1o del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, dado que no cumplió con los presupuestos normativos de transición dispuesto en dicha disposición normativa.

Adujo que el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% por quien no demuestre que ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de soldado voluntario antes del 30 de diciembre de 2000 como en el *sub examine*, no puede ser factible, por cuanto no se está menoscabando ningún derecho adquirido, ya que la situación salarial de los Soldados Profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto 1793 de 2000, les determinó que devengaran un salario mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 40%, siendo este el devengado por el demandante.

En relación con el reconocimiento del subsidio familiar, señaló que los soldados profesionales a partir del 14 de septiembre de 2000 y hasta el 24 de junio de 2014, su derecho al referido subsidio se rige en un todo por el Decreto

⁴ Ver Expte Juzgado- Archivo 15

1794 de 2000, pues solamente para aquello soldados que contrajeron matrimonio o declararon la unión marital de hecho a partir del 24 de junio de 2014, el citado subsidio será reconocido, liquidado y pagado conforme los estipulado en el Decreto 1161 de 2014.

Precisó que era procedente acceder al reconocimiento del subsidio familiar conforme lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, ya que la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tum*, hacía procedente el reconocimiento y pago de la aludida prestación en los términos previstos en la primera de las normas citadas.

Destacó que si bien al demandante ya se le había reconocido la prestación del subsidio familiar en un 25%, correspondiente a su esposa y sus dos menores hijos bajo el amparo del Decreto 1161 de 2014, lo cierto era, que dados los efectos de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009 era viable concluir que el demandante se encontraba amparado bajo los efectos de dicha declaratoria y por ende era beneficiario de la reviviscencia¹ del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En orden a lo anterior, se decretó la nulidad del acto administrativo que denegó el reconocimiento del subsidio familiar en los términos solicitados en la demanda, ordenándose el reconocimiento y pago de la referida prestación conforme lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde el 13 de marzo de 2013, fecha en que el demandante contrajo matrimonio, descontándose de dicho valor las sumas que ya fueron canceladas al demandante, como quiera que al señor Suaza Martínez, a partir de la vigencia del Decreto 1661 de 2014, se le había reconocido la referida prestación en los términos aludidos en este último Decreto; igualmente se indicó, que por efectos de la prescripción el pago ordenado deberá realizarse a partir del 18 de julio de 2014.

5.- El recurso de apelación⁵

Oportunamente la apoderada judicial de la entidad accionada presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, solicitando sea revocada en lo desfavorable.

En relación con el reconocimiento y pago del subsidio familiar en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, señaló que el demandante no tenía derecho a dicho reconocimiento, pues indicó que éste había contraído matrimonio civil el 15 de marzo de 2013, pero nunca había informado a dicha entidad el cambio de estado civil, allegando los documentos soportes de acuerdo a la reglamentación vigente, pues con dicha información es que la entidad accionada procede a reconocer el subsidio familiar; así mismo señaló que sólo después de que el señor Suaza Martínez puso en conocimiento su estado civil, la accionada consolidó su situación mediante acto administrativo, reconociéndole y pagándole el subsidio familiar conforme lo establecido en el Decreto 1161 de 2014.

Aseveró que al Declararse la nulidad del Decreto 3770 de 2009, mediante el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se presentaron dos consecuencias inmediatas: i) de un lado, que el acto derogado cobró nueva vigencia, y 2) de otro, que la situación jurídica del actor ya se encontraba

⁵ Ver Expte Juzgado -Archivo 9

consolidada a través del Decreto 1661 de 2014, como quiera que para la fecha que puso en conocimiento su cambio de estado civil ya se encontraba vigente este último Decreto.

III- TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 18 de noviembre de 2021 se admitió el recurso interpuesto por el apoderado de la parte accionada, sin que ninguno de los sujetos procesales se hubiese manifestado sobre el mismo, y como quiera que no se requirió la práctica de pruebas, se omitió correr traslado a las partes en los términos señalados en el numeral 5 del Artículo 247 del C.P.A.C.

IV- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Sobre la competencia.

Es competente esta Colegiatura para desatar la impugnación contra la sentencia de primer grado proferida el pasado 29 de junio del año 2021 por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, según voces del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces administrativos.

2.- Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala determinar, si acertó el Juzgado de instancia al sentenciar que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pese a que el mismo le fue reconocido por la entidad accionada de acuerdo a lo preceptuado en el Decreto 1661 de 2014.

Igualmente, resulta pertinente señalar, que en el medio de control invocado por el demandante, se pretendía el reconocimiento y pago de dos prestaciones diferentes, una relacionada con el subsidio familiar, y la otra, con el reajuste salarial en un porcentaje del 20%, sin embargo, esta Colegiatura sólo abordara lo concerniente al tema del subsidio familiar, el cual fue objeto de apelación por parte de la accionada, sin que haga necesario el análisis del aludido reajuste salarial, pues el mismo no fue objeto de inconformidad alguna por parte del accionante, pese a la negación de dicha pretensión en la sentencia de primera instancia materia de esta impugnación.

3. Marco Normativo y jurisprudencial.

3.1. Del subsidio familiar.

En relación con las prestación o partida denominada subsidio familiar para los soldados profesionales, se tiene que el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000⁶ lo estableció a favor de estos como emolumento a devengar en actividad, así

⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

"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."

La precitada disposición normativa fue derogada por el Decreto 3770 del 2009, perdiendo así los Soldados Profesionales su derecho a percibir el subsidio familiar, y estableciendo igualmente un régimen de transición, así:

"Artículo 1. Derogase 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. 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".

Luego, el Gobierno Nacional con el fin de eliminar la situación de desigualdad creada en contra de los Soldados Profesionales con la norma citada en precedencia, expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se creó nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009; la citada norma dispuso:

"ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional

por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobreasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

3.2. De los efectos *ex tunc* de la sentencia del 8 de junio de 2017 que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009.

El H. Consejo de Estado, mediante sentencia expedida el 08 de junio de 2017 declaró con efectos *ex tunc* la nulidad del Decreto 3770 de 2009, a través el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que reglamentaba el reconocimiento del subsidio familiar a favor del Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares

Como fundamentos de dicha declaratoria de nulidad la Alta Corporación sostuvo:

“...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.

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 interpartes, 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

(--)

En relación con estas hipótesis normativas la Sala no encuentra justificación alguna que motivara la decisión del Gobierno Nacional para imponer arbitrariamente una medida regresiva que como se dijo destroza de tajo una garantía fundamental anteriormente reconocida a los soldados profesionales. Sin embargo, para proseguir en el análisis y advirtiendo que de las contestaciones de la demandas como de los alegatos de conclusión presentados por las entidades del Gobierno Nacional, no es posible advertir los fundamentos, en cuanto objetividad, razonabilidad y relación de proporcionalidad, sobre los que se sustentara la derogatoria del reconocimiento del derecho objetivo a la mencionada prestación social; se tendrá en cuenta para el efecto la consideración realizada por el demandante en el sentido de señalar que la medida derogatoria adoptada en el acto administrativo acusado bien puede obedecer a razones de índole presupuestal, frente a la sostenibilidad financiera del sistema.

Sin embargo, una medida regresiva como la estudiada tampoco resulta ser idónea y necesaria a la luz de la satisfacción de mayores requerimientos presupuestales de las Fuerzas Militares, por cuanto que bien pudo haberse realizado una reducción en los gastos de funcionamiento del sector defensa o acudirse a una adición presupuestal con recursos propios del alto gobierno, medidas que bien hubieran podido evitar el sacrificio mayor del derecho prestacional al subsidio familiar de los soldados profesionales, como en efecto sucedió.

Finalmente, no es posible considerar que una medida regresiva de tal entidad pueda ser proporcional entre el objetivo que perseguía y el medio final empleado, debido a que la previsión no es de aquellas que limita o restringe un derecho y por tanto permite tener un punto de comparación para la aplicación del test de proporcionalidad, toda vez que como se dijo la decisión gubernamental implicó el cercenamiento total del derecho mencionado. Incluso, tal despropósito, carácter desproporcionado de la medida, y afectación al principio de confianza legítima, fue reconocido posteriormente por el Gobierno Nacional al intentar enmendar el exabrupto constitucional con la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual “se crea” el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales.

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 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.

(...)

Finalmente, no es posible considerar que una medida regresiva de tal entidad pueda ser proporcional entre el objetivo que perseguía y el medio final empleado, debido a que la previsión no es de aquellas que limita o restringe un derecho y por tanto permite tener un punto de comparación para la aplicación del test de proporcionalidad, toda vez que como se dijo la decisión gubernamental implicó el cercenamiento total del derecho mencionado. Incluso, tal despropósito, carácter desproporcionado de la medida, y afectación al principio de confianza legítima, fue reconocido posteriormente por el Gobierno Nacional al intentar enmendar el exabrupto constitucional con la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual “se crea” el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales.

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 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.”

Dicha decisión fue proferida con efectos *ex tunc* y además aclarada mediante proveído del 08 de septiembre de 2017, en donde se precisó:

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.

*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*

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.

expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome. 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 inmediata⁸.

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 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”⁹.

(...)

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”¹⁰.

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. (Resalta la Sala).

⁸ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

⁹ 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.

¹⁰ 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 Námen Vargas.

Se observa entonces, conforme al criterio jurisprudencial expuesto, que la Alta Corporación, encontró que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 y que eliminaban el subsidio familiar para los soldados profesionales, resultaban ser contrarias a los fines esenciales del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Carta Política, además de vulnerar los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación afectaban el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social, razón por la cual declaró su nulidad total con efectos *ex tunc*.

Dichos efectos, inevitablemente implican la aplicación retroactiva de la sentencia que decreta la nulidad del acto administrativo, es decir, una vez en firme la decisión del Consejo de Estado que anuló el Decreto 3770 de 2009, se entiende vigente y desde el momento mismo en que había sido derogado, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En orden a lo anterior y conforme a lo expuesto por el H. Consejo de Estado, en las providencias precitadas, para los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o declararon su unión marital de hecho a partir del 14 de septiembre de 2000 y hasta antes del 24 de junio de 2014, su derecho al subsidio familiar se rige en un todo por el Decreto 1794 de 2000.

4. Del caso concreto

4.1 Prueba documental allegada

Al expediente fueron allegadas las siguientes pruebas

1. Constancia expedida por la entidad accionada, en donde se certifica que el Soldado Profesional Jesús Antonio Suaza Martínez ha prestado sus servicios para dicha entidad, así: *i*) Servicio militar desde el 06 de junio de 2000 hasta el 29 de diciembre de 2001; *ii*) Alumno Soldado Profesional DIPER, desde el 08 de enero hasta el 09 de febrero de 2002; y *iii*) Soldado Profesional DIPER, desde el 19 de febrero de 2002¹¹.
2. Constancia expedida por la entidad accionada, en donde certifica que el Soldado Profesional Jesús Antonio Suaza Martínez, se encuentra en la nómina de Soldados, y se discriminan los factores salariales devengados por este, dentro de los cuales se encuentra, el subsidio familiar en una proporción del 25%.
3. Petición radicada el pasado 18 de julio de 2018, por medio del cual, la apoderada judicial de la parte actora, solicita a la entidad accionada, entre otros, la reliquidación del subsidio familiar, conforme lo preceptuado en el Decreto 1794 de 2000¹².
4. Oficio No 20183111852011 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGR-COPER-DIPER-1-10, por medio del cual el Ejercito Nacional- Dirección de Personal, resuelve negativamente la petición de reliquidación del subsidio familiar, argumentando, entre otros, que al aquí demandante ya se le había reconocido el subsidio familiar en un porcentaje del 25% correspondiente al 20% por su esposa Mónica Fernanda García Pineda; el 3% por su menor

¹¹ Ver Expediente Juzgado- archivo 7-fl 5

¹² Ver Expediente Juzgado- archivo 2-fls 5-12

hijo Andrés Felipe Suaza García; y el 2%, por su menor hija Samara Isabella Suaza García. Igualmente, en el citado oficio se indicó “*Es de aclarar que le acto administrativo, que ordeno el reconocimiento del subsidio familiar, se expidió bajo el ordenamiento jurídico del Decreto No 1161 de 2014, norma que se encuentra vigente; en tal consideración hasta el momento, el mismo goza de presunción de legalidad*”.¹³

4.2 Análisis sustancial

El apoderado judicial de la entidad accionada, solicita se revoque la providencia censura, en cuanto accedió a la pretensión reliquidatoria del subsidio familiar en los términos estipulados en el Decreto 1794 de 2000, al considerar que la misma no era procedente, pues, señaló, que pese a que el Soldado Profesional Jesús Antonio Suaza Martínez había contraído matrimonio el 15 de marzo de 2013, el mismo no cumplió con la obligación legal de informar a la institución castrense de su cambio de estado civil, pues ello sólo lo comunicó hasta el año 2014, razón por la cual dicha entidad ordenó el reconocimiento de la prestación que se discute en los términos estipulados en el Decreto 1161 de 2014; así mismo señaló que como quiera la situación jurídica del actor ya se había consolidado bajo lo reglado en el último Decreto citado, no era factible su pretensión reliquidatoria.

Tal como se advierte de las probanzas allegadas al expediente y del acto administrativo enjuiciado, el Soldado Profesional Jesús Antonio Suaza Martínez, contrajo matrimonio civil el 15 de marzo de 2013 con la señora Mónica Fernanda García Pineda, unión esta que se dio bajo la vigencia del Decreto 1794 de 2000, pues, como quedó anotado en capítulos precedentes, la sentencia del 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad de Decreto 3770 de 2009, revivió los efectos del Decreto de 1794 de 2000, como si este nunca hubiera sido derogado.

En efecto, y una vez expulsado del mundo jurídico el Decreto 3770 de 2009 y revivido el Decreto 1794 de 2000, es esta última norma la encargada de regular el reconocimiento del subsidio familiar reclamado por el aquí demandante, pues su matrimonio se materializó el 15 de marzo de 2013, es decir que la consolidación de su derecho surgió a partir de la celebración del mismo, el cual se itera, surgió bajo la vigencia del plurimencionado Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, es innegable concluir, que con la declaratoria de nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009, se restituyó al actor el derecho a que el reconocimiento y pago del subsidio familiar opere bajo los parámetros del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, esto es, sobre el 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

De otra parte, alega el apoderado judicial de la entidad accionada en el recurso de alzada, que el Soldado Profesional Suaza Martínez, no tiene derecho a su pretensión reliquidatoria del subsidio familiar conforme lo preceptuado en el tan aludido Decreto 1794 de 2000, al considerar que este no cumplió con el prepuesto legal establecido en dicha disposición, como es el deber de comunicar y aportar la documentación que acredite su cambio de estado civil.

En efecto, el artículo 11 *ibidem*, que regula lo concerniente al subsidio familiar, dispone que “*el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil*

¹³ Ver Expediente Juzgado- archivo 2- fls 19

a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente", es decir, que quien pretenda el reconocimiento de la aludida prestación tendrá la carga de acreditar ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, su cambio de estado civil, sin embargo, dicha exigencia legal en el *sub examine* resultaría absurda exigirla, pues como se ha anotado a lo largo de este proveído, para la época en que el demandante contrajo nupcias - 15 de marzo de 2013, se encontraba vigente el Decreto 3770 de 2009, el cual había derogado el reconocimiento del subsidio familiar establecido en el Decreto 1794 de 2000, es decir, no había norma legal alguna que ordenara el reconocimiento de tal prestación, por lo cual se hacía innecesario que el actor informara o comunicara a la accionada su cambio de estado civil, razón esta por la que el mismo sólo lo comunicó hasta el año 2014, fecha está en donde el legislador creó nuevamente el subsidio familiar bajo unos parámetros disimiles a través del Decreto 1161 de 2014.

Sobre el particular y en un caso de similares contornos facticos, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de tutela, señaló:

"En efecto, lo que se observa es que el estudio del Tribunal demandado concluyó que al actor no le asistía el derecho a que se le reconociera el subsidio familiar desde que contrajo nupcias hasta que se le reconociera su asignación de retiro, con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, sin atender los efectos ex tunc de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, con lo cual se revivió la primera de las normas en cita que le era favorable al accionante, pero que para el momento en el que contrajo nupcias se encontraba derogada por este último decreto.

Por tanto, la Sala no encuentra razonable que la autoridad cuestionada señalara que no procedía tal reconocimiento pues el demandante no había cumplido con uno de los presupuestos contemplados en dicha norma, esto es, el de reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio, precisamente porque solo hasta que cobró ejecutoria la providencia del 8 de junio de 2017, la cual se recuerda fue objeto de solicitudes de aclaración y adición, además de una acción de tutela en su contra, era que el demandante contaba con la certeza de informar a la institución acerca de su estado civil, lo que finalmente ocurrió para el año 2018.

Adicionalmente, se observa que las normas en comento dispusieron para el reconocimiento del subsidio familiar el deber de reportar, informar o de presentar la solicitud; no obstante, para el momento en el que el accionante cambió su estado civil al de casado fue en el año 2013, anualidad para la cual, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 –aplicable para tal partida– se encontraba derogado expresamente por el Decreto 3770 de 2009 y, solo hasta finales del año 2017 fue que cobró firmeza la sentencia que declaró la nulidad de esta última norma.

Por tanto, la autoridad demandada no analizó lo relativo a las particularidades de la situación administrativa del demandante que llevó a que inicialmente no pudiera acceder al subsidio familiar bajo el amparo del artículo 11 del citado Decreto 1794 de 2000, por cuanto para el año 2013 –cuando cambió su estado civil– tal norma había sido derogada.

Sin embargo, con ocasión del fallo que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 30 de septiembre 2009 con efectos retroactivos, aquella recobró su vigencia, por lo que, resultaba necesario verificar si en el periodo comprendido entre la fecha de celebración del matrimonio -20 de marzo de 2013- y la expedición del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014, se debía reconocer y pagar tal prestación.

A su vez, la Sala estima que no resulta de recibo el argumento en virtud del cual se indica que el accionante ya goza del subsidio familiar en virtud del Decreto 1161 de 2014, toda vez que, el hecho que justifica el reconocimiento de la partida se dio con antelación a la fecha de expedición del mencionado decreto, esto es, el 20 de marzo de 2013; por lo que la norma aplicable es el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que se reitera recobró su vigencia con la declaratoria de nulidad de la norma que lo había derogado¹⁴. (Resalta la Sala).

Debe concluir esta Sala, que indefectiblemente el aquí demandante tiene derecho a que se le reconozca el subsidio familiar bajo el amparo de lo normado en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, pues si bien su unión matrimonial surgió bajo la vigencia del Decreto 3770 de 2009, que no contemplaba dicha prestación, el hecho debe haber sido anulada la misma, con efectos *ex tunc*, recobró la vigencia del primero de los decretos que le permite al actor ser beneficiario del subsidio familiar desde el momento en que se verificó su vínculo matrimonial, esto es, desde el 15 de marzo de 2013, por lo tanto, existiéndole el derecho como tal, el hecho de no haberlo reclamado en su oportunidad no implica la negación del mismo, máxime, cuando para dicha época no existía el reconocimiento de tal prestación, por lo que se hacía innecesario que este comunicara tal situación a la entidad accionada.

En orden a lo anterior, la Sala CONFIRMARÁ en su integridad la sentencia objeto de alzada, conforme a las anteriores consideraciones.

5.- Condena en Costas.

El Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 1º que se condenará en ellas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación, o revisión que haya propuesto.

A su turno, la norma en cita, preceptúa.

"En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda", condena que resulta procedente siempre y cuando se hayan causado erogaciones en el trámite de la instancia, y en la medida de su comprobación.

En el presente evento, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia a la parte recurrente, al no advertir actuación alguna ante esta Corporación por parte del apoderado de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de

¹⁴ Consejo de Estado- Sección Quinta-C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad: 11001-03-15-000-2021-04441-01, 27 de octubre de 2021.

Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada, proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha, y se suscribe mediante firma escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 457 de 2020, con el fin de evitar la propagación de la enfermedad Covid-19 – coronavirus- en Colombia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020.

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado

Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibagué - Tolima

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: **bd559250c256b5fa63982fee9308473f0d683f2d661c9e81207c1a7af98c2950**

Documento generado en 25/04/2022 04:52:46 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>