



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, treinta y uno (31) de mayo del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 15759-33-33-002-2019-00167-00.
Demandante: Edin Danilo Tapias Cuyares
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor Edin Danilo Tapias Cuyares por intermedio de apoderado, solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos, mediante las cuales se negó el reconocimiento del subsidio familiar de que trata el artículo 11 de la Ley 1794 de 2000, a saber:

- 1) Contenido en el oficio No. 20125591096081: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-EJP de 11 de octubre de 2012, suscrito por el Suboficial Sección Ejecución Presupuestal del Ejército Nacional
- 2) Acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo, por falta de respuesta a la petición radicada el 13 de marzo de 2019 ante el Ministerio de Defensa - Comando de Personal - Ejército Nacional (*fl.-2 Arch.01*).

Consecuencia de lo anterior, solicita que se reconozca y pague indexado el retroactivo de la diferencia causada entre lo que devenga al momento de demandar correspondiente al 26% y lo que debió reconocerse en el equivalente al 4% del salario básico, más la prima de antigüedad, desde la fecha en que se solicitaron inicialmente y se reliquide y pague las prestaciones sociales con dicho factor.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

El señor Edin Danilo Tapias Cuyares prestó su servicio militar desde el 19 de mayo de 1999 hasta el 18 de noviembre de 2000, se incorporó como Soldado Voluntario desde el 20 de noviembre de 2000 hasta el 31 de octubre de 2003, cuando pasó a denominarse Soldado Profesional a partir del 20 de octubre de 2003 y hasta la fecha continua en el servicio activo.

Expone que el 29 de octubre de 2010 contrajo matrimonio civil con JESSICA TATIANA DIAZ HERNANDEZ, quien ya era su compañera, por lo que solicitó que se le reconociera el subsidio familiar con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, la cual fue negada mediante el acto expreso enjuiciado expedido en

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

octubre 11 de 2012, sustentado en que la derogatorio efectuada con el Decreto 3770 de 2009 sobre el artículo 11 del Decreto 1794 de 2004.

Agrega que el día 13 de marzo de 2019, mediante el servicio de correo certificado de la empresa *INTERRAPIDÍSIMO*, radicó ante el Comando de Personal del Ejército Nacional, petición en la cual solicitó que en cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado, Rad. 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10) de 8 de junio de 2017, se reconozca el subsidio familiar con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, respecto de la cual afirma que transcurridos más de tres meses, no obtuvo respuesta, lo que configuró un silencio administrativo negativo.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

De orden Legal: Los artículos 9, 10, 66, 67, 68, 71, 72, 102, 269 de la Ley 1437 de 2011; artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Argumenta que recientemente el Consejo de Estado², declaró la nulidad total con efectos *EX TUNC* del Decreto 3770 de 2009, "*por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones*", la importancia de tal declaratoria se presenta en primer lugar, por los efectos con los cuales fue reconocida dicha nulidad, esto es, con efectos hacia el pasado, dado que así queda establecido que la norma derogada no produjo efectos desde el momento en que se expidió, dentro de las razones dadas por el alto tribunal, se tiene que en ese lapso en el que la norma estuvo vigente, se vulneraron una serie de derechos a los Soldados Profesionales, entre estos, a la igualdad y al mínimo vital, puesto que por ejemplo, a quienes cumplieron el requisito para que se les reconociera el derecho al subsidio familiar, les era negado con sustento en la ausencia de norma.

En suma considera que está claro que le asiste al demandante el derecho al subsidio familiar el cual debe reconocerse con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, puesto que el derecho se encontraba causado en vigencia de dicha norma, la cual en este momento y en virtud de la sentencia en comento, nunca estuvo por fuera del ordenamiento jurídico, ello además en aras de proteger el derecho a la igualdad del demandante.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó a la demanda dentro de la oportunidad legal (*Arch.08*), en la que se opone a las pretensiones de la demanda, pues considera que para el momento de la solicitud del mencionado beneficio, la norma que se encontraba vigente y aplicable era la contenida en el Decreto 1161 de 2014, en consecuencia, el acto administrativo demandado goza de *presunción de legalidad*.

Manifiesta que dicha presunción refiere que el acto administrativo es obligatorio, mientras no sea suspendido o anulado por la jurisdicción contenciosa. Así pues, concibe que la legitimidad del acto administrativo, se deriva del uso de las potestades de orden público, y protección del interés colectivo que ostenta la autoridad que los expidió, con estricta sujeción a los límites de su competencia y a la normatividad que rige la materia o situación jurídica a dilucidar.

² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, C.P. Cesar Palomino Cortés, 08 de junio de 2017 Rad. 1101-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10)

Resalta la carencia actual de objeto, bajo el argumento que el Art. 13 del decreto 4433 de 2004 señala las partidas computables en la asignación de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia, para el personal de las fuerzas militares, son el salario mensual y la prima de antigüedad y no es procedente incluir el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En el caso concreto indica que el señor EDIN DANILO TAPIAS CUYARES no cumple con este presupuesto y ya se le hizo el reconocimiento del subsidio familiar en un 20% por el matrimonio celebrado con JESSICA TATIANA DÍAZ HERNÁNDEZ, pone de presente que para la fecha en que se conformó esa unión, se encontraba vigente el Decreto 1161 de julio de 2014 "Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones" y atendiendo el artículo 1 del tal precepto normativo se le reconoció y pago el porcentaje del subsidio correspondiente; por lo que no es procedente su reliquidación.

Refiere que existe una situación jurídica consolidada pues al señor EDIN TAPIAS le fue reconocido por concepto de subsidio familiar un 26% de su salario básico atendiendo los preceptos contenidos en el Decreto 1161 del año 2014, que permanece vigente y no ha sido derogado, ni expulsado del ordenamiento jurídico, por lo que considera que el acto administrativo acusado, se encuentra ajustado a la presunción de legalidad contenida en el artículo 88 del CPACA.

Finalmente solicita que en el evento de llegar a prosperar las pretensiones relacionadas con el derecho reclamado, no sea condenada la entidad en costas.

Propone la excepción de "prescripción" cuatrienal establecida en el Art. 174 del Decreto 1211 de 1990

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 09 de octubre de 2019 y este Despacho mediante auto del 05 de noviembre de 2019 la admitió (*Archivo 6*).

Se realiza la audiencia inicial el 29 de octubre de 2020 (*Archivo 17*), diligencia dentro de la cual se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA y el 09 de diciembre de 2020 se realiza la audiencia de pruebas (*Archivo 24*) en la que se incorporaron las documentales y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte **demandante** no presentó alegatos de conclusión y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

La apoderada de la entidad **demandada** presenta alegaciones finales (*Archivo 25*), en las que explica que en el año 2000 producto de la redefinición de importantes aspectos en temas de Seguridad y Defensa Nacional y a la reestructuración que supuso, se dio un desarrollo legal importante que comprendió la expedición de múltiples normas que regularon, entre otras cosas, la carrera y el régimen salarial y prestacional de una nueva categoría de militares: los Soldados Profesionales y los Infantes de Marina Profesionales.

En lo que respecta al derecho al subsidio familiar para esta categoría de militares, fue el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, la norma que lo reconoció en un primer momento y fijó su monto.

Indica que con posterioridad, mediante Decreto 3770 de 2009, el reconocimiento de esta prestación fue revocado para el personal que a partir de su entrada en vigencia ingresara al escalafón de las Fuerzas Militares como Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, respetando el reconocimiento hecho para el personal que venía disfrutando con anterioridad de dicha prestación. De otro lado, mediante sentencia del Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B de fecha 8 de junio de 2017, Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00, se declaró, con efectos *ex tunc*, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009.

Resalta que el Consejo de Estado en la solicitud de aclaración y adición de la sentencia antes referenciada indica que 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 específica respecto a 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 no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.

Arguye que era con aquel acto administrativo que reconoció el *subsidio familiar*, que la parte actora entendía claramente que la administración no le iba a reconocer suma alguna por concepto de dicho reajuste. Indica que no existe duda que el demandante al elevar su petición pretendió revivir una discusión sobre unas decisiones administrativas proferidas unos años antes y que se encuentran en firme.

Expone que el actor no controvertió el procedimiento administrativo, ni demandaron en tiempo el acto que realmente le afectó y por ello la decisión acusada no podía dar lugar a examinar en el fondo decisión administrativa que ha adquirido firmeza y menos declarar su nulidad.

Así mismo, señala que respecto al subsidio familiar debe tenerse en cuenta la situación específica de cada caso en particular, dependiendo desde luego la fecha del matrimonio, pues sólo así se sabrá cuál es el régimen aplicable, a saber:

Soldados profesionales que se casaron entre el año 2000 y el año 2009 no presentaron su solicitud de matrimonio y se les reconoció posteriormente con el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014.

Soldados profesionales que se casaron entre el año 2009 y el 24 de junio de 2014 que no se les reconoció subsidio familiar porque no existía norma y se les reconoció posteriormente con el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014.

Soldados profesionales que se casaron después del 24 de junio de 2014 se les reconoció el subsidio con el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014.

Evento este último, aplicable al demandante, quien pretende el reconocimiento de un subsidio familiar bajo las condiciones de una normativa que para la fecha de los hechos no era la vigente, su situación, por ende no tenía un derecho adquirido.

Finalmente manifiesta que en el caso particular y concreto del demandante no es viable la reliquidación pretendida del subsidio familiar que devenga, pues no es un factor salarial, ni constituye partida computable para efectos prestacionales periódicos, adicionalmente existe una situación jurídica consolidada pues al señor EDIN TAPIAS le fue reconocido por concepto de subsidio familiar un 26% de su salario básico atendiendo los preceptos contenidos en el Decreto 1161 del año

2014, vigente. Considera que el acto administrativo acusado, se encuentra ajustado a la presunción de legalidad contenida en el artículo 88 del CPACA.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si el señor EDIN DANILO TAPIAS CUYARES tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el retroactivo de la diferencia causada por concepto de subsidio familiar que viene devengando mensualmente en el equivalente al 26% de la asignación básica y la diferencia que resulta al liquidarse con el 4% del salario básico más la prima de antigüedad, con base en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde la fecha de la petición inicial presentada en el año 2012 o a partir de la reclamación elevada en el año 2019 en el mismo sentido.

En caso de verificarse que al demandante le asiste el derecho reclamado, surge un problema jurídico secundario a resolver, que concierne a determinar si el derecho reclamado se encuentra sometido al fenómeno de la prescripción.

9. MARCO NORMATIVO

El subsidio familiar fue definido en la ley 21 de 1982, " *una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.*"³

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 legal de carácter laboral⁴ 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, como fuera expuesto por el Ministerio Público.

Para el caso de los soldados e infantes de marina profesionales el régimen salarial y prestacional 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 que establece:

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.

Dicha disposición normativa fue derogada por el Art. 1 del Decreto 3770 de 2009, sin embargo esta derogatoria fue declarada nula mediante sentencia del 8 de junio de 2017, por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado con

³ Artículo 1 de la ley 21 de 1982

⁴ La 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 el ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallo arbitrales o 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 d 1985 y 12 de febrero de 1983.

ponencia del Consejero Cesar Palomino Cortés Rad.2010-00065, con efectos *ex tunc*, lo que produjo el restablecimiento de la norma que había sido derogada.

Mediante providencia aclaratoria de la sentencia reseñada en el párrafo anterior, calendada el 8 de septiembre de 2017, el Consejo de Estado precisó con relación a los efectos *ex tunc* de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, lo siguiente:

“...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 legalidad⁵.”

*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 tome⁶. 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 inmediata⁷.”*

(...)

“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...”

Es de anotar que el Decreto 1161 de 2014, crea un *subsidio familiar* para aquellos soldados profesionales de las Fuerzas militares en servicio activo, que no percibían el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, para que fuera liquidado a partir del 01 de julio de 2014.

10. CASO CONCRETO

Se encuentra probado que el demandante se vinculó al servicio del Ejército Nacional como Soldado Voluntario a partir del día 20 de noviembre de 2000 y hasta el 31 de octubre de 2003, y, como Soldado Profesional desde el 1° de noviembre de 2003 y fue retirado del servicio mediante Orden Administrativa 2133 del 10 de noviembre de 2019. (fl.02; Arch.05 y fl.02; Arch.20).

Que de conformidad con el oficio dirigida a este Juzgado por la Sección de Ejecución Presupuestal de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, se evidencia que al

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de junio de 2013, radicado No. 25000232700020080012501 (18828) M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

actor se le reconoció una partida de subsidio familiar equivalente al 26%, mediante la Orden Administrativa 2027 del 30 de septiembre de 2014 con novedad fiscal a partir del 01 de agosto de 2014. (fl.02:Arch.20)

Conforme al registro civil No.4190977 de fecha 29 de octubre de 2010, se encuentra demostrado que el señor EDIN DANILO TAPIAS CUYARES contrajo matrimonio civil con la señora JESSICA TATIANA DÍAZ HERNANDEZ. (fl.14:Arch.02)

Que mediante petición el demandante solicitó al Ejército Nacional el 05 de septiembre de 2012 (Fls.28-32, Archivo 08) el demandante solicitó reajuste y pago actualizado, de la partida subsidio familiar, desde el día que celebró su matrimonio, conforme al Decreto Ley 1794 de 2000, el cual fue denegado mediante el acto administrativo contenido en el oficio 20125591096081 MDN_CGFM_CE_JEDEH del 11 de octubre de 2012 (Fls. 10-12; Arch.02), con sustento en la derogatoria efectuada con el Decreto 3770 de 2009 al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, con la misma finalidad y fundamento, el demandante elevó petición el 12 de marzo de 2019 ante el Comando de Personal del Ejército Nacional (fl.1-7 Archivo 02), respecto de la cual, no se acredita que hubiese sido resuelta por la entidad

Para resolver el problema jurídico principal planteado, se debe tener en cuenta que el demandante EDIN TAPIAS no tenía una situación jurídica consolidada antes de la expedición del mentado Decreto 1794 de 2000, por lo que presentándose el supuesto de hecho que autoriza el reconocimiento y pago del *subsidio familiar* en vigencia de dicha norma, entre otros, acredita que contrajo matrimonio el 29 de octubre de 2010, conforme a lo indicado en la sentencia a la que se hizo alusión en líneas precedentes, resulta meritorio concluir que es dicha normatividad la que se encuentra llamada a regir el derecho solicitado.

Ahora, en atención a que el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017⁸, declaró la nulidad con efectos *EX TUNC* del Decreto 3770 de 2009, el cual fundamentaba la decisión de la entidad demandada para negar el derecho reclamado, por lo que no se puede obviar que ésta norma declarada nula, había derogado el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, de donde resulta que con su anulación, se restablece desde el momento mismo de su derogatoria, como si jamás hubiese dejado de tener vigencia.

Si bien, acto administrativo contenido en el oficio No. 20125591096081: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-EJP de 11 de octubre de 2012, puede demandarse en cualquier tiempo en la medida que niega el reconocimiento de una prestación periódica, en la medida que si bien se conoce que el demandante fue retirado del servicio mediante Orden Administrativa 2133 del 10 de noviembre de 2019. (fl.02;Arch.05 y fl.02; Arch.20), también lo es que la demanda fue radicada el 09 de octubre de 2019, es decir cuando se encontraba en servicio activo, no impide que en el evento que se reconozca el derecho, opere la prescripción sobre el mismo cuando no se reclama y demanda dentro de los plazos previstos por el legislador.

En este orden, la primigenia reclamación presentada ante la administración en el año 2012 permite inferir que al demandante le asistía el derecho al reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar, conforme a lo determinado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, norma destinada a regular la situación jurídica particular y concreta presentada desde que cumple con el supuesto fáctico el 29 de octubre de 2010, cuando acredita nupcias, como se señaló en precedencia, constituye en fundamento para que se declare la nulidad del acto administrativo que niega ese derecho, sin embargo no implica que se ordene el pago de las diferencias reclamadas desde entonces, porque es claro que dicho acto debió discutirse desde pretérito a más tardar dentro de los tres años siguientes a su expedición, con el fin

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, C.P. Cesar Palomino Cortés, 08 de junio de 2017 Rad. 1101-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10)

de evitar que recaía la prescripción sobre el derecho, como se explica en el capítulo separado que sigue.

Con mayor razón, se cristaliza la causal de anulación del acto ficto enjuiciado, el que se genera ante el silencio de la entidad demandada, en la medida que con la misma naturaleza del acto, también se presume que la decisión desfavorable, tácitamente no se funda en las normas en que debía fundarse.

11. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En este caso, se ordenará a la entidad demandada reconocer a favor del demandante, la partida de **subsidio familiar**, conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde el momento en que cumplió con los requisitos para tal fin, esto es desde que contrajo matrimonio el 29 de octubre de 2010, lo cual no implique que el restablecimiento del derecho se pueda ordenar desde entonces.

Entonces, la entidad demandada, al momento de realizar la liquidación para el pago de las diferencias causadas por el factor de subsidio familiar que se reconoce, deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) Se debe liquidar el factor de subsidio familiar y sus diferencias desde el 15 de marzo de 2015, es decir no afectadas por el fenómeno de prescripción, como extremo temporal inicial.
- b) El extremo temporal de liquidación final corresponde a la fecha de retiro del servicio del demandante, el 10 de noviembre de 2019.
- c) Se deben re-liquidar y pagar las diferencias que se generen en las prestaciones sociales no prescritas que dependan del subsidio familiar, como indica el Decreto 1794 de 2000, reconocidas dentro del mismo periodo comprendido entre los extremos temporales inicial y final fijados en los literales a) y b).
- d) La entidad demandada deberá descontar del valor reconocido, las sumas que ya le fueran canceladas al demandante por concepto de subsidio familiar reconocido en aplicación del Decreto 1161 de 2014.

11. DE LA EXCEPCION PROPUESTA

La entidad demandada propuso la excepción de “*prescripción*” sobre las diferencias de reclamadas, en caso que prosperen las pretensiones de nulidad de los actos.

Al respecto, se advierte que mediante sentencia judicial del 8 de junio de 2017, se declaró la nulidad con efectos *ex tunc*, del Decreto 3770 del 2009, situación que generó el restablecimiento, de la norma que había derogado, esto es el Decreto 1794 de 2000, desde su derogatoria.

Se rememora que mediante petición del 05 de septiembre de 2012, el actor solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, conforme al Decreto 1794 de 2000 y posteriormente en igual sentido elevó petición del 12 de marzo de 2019.

Así las cosas, como quiera que a partir de la decisión judicial del sentencia del 8 de junio de 2017⁹ que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, el demandante tuvo una expectativa real frente al reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por cuanto solamente hasta ese momento dicha normativa cobró nuevamente vigencia luego de haber sido derogada, y como quiera que el demandante presentó la petición inicial que dio origen a la actuación

⁹ Sentencia citada

administrativa el 05 de septiembre de 2012, interrumpe por una sola vez el término prescriptivo de 4 años previsto en el Art. 174 del decreto 1211 de 1990, por lo que dicho término volvió a correr hasta el 05 de septiembre de 2016, sin que en ese interregno, el titular del derecho, hubiere ejercido acción judicial tendiente a controvertir la legalidad de la decisión de la administración, por lo que se tiene que si bien el derecho se reconoce para ese periodo, éste se encuentra prescrito, efecto que no lo aviva la decisión judicial tantas veces citado del 2017, que dispuso el retiro de la norma que había derogado ilegalmente el derecho sustancial contenido en la norma anterior, proferido del alto Tribunal de lo contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, el accionante presentó nuevamente petición el 12 de marzo de 2019 con la misma finalidad indicada en su petición inicial y la demanda fue radicada el 09 de octubre de 2019, por lo que se tomará la fecha de radicación de la segunda petición para contabilizar el término prescriptivo cuatrienal, lo que significa que las diferencias que resultan del reconocimiento de la partida de *subsidio familiar*, causadas con anterioridad al **12 de marzo de 2015**, se encuentran prescritas según la norma citada en precedencia.

12. INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma que resulte a favor del demandante, 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 inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada periodo.

13. DESCUENTOS POR APORTES NO REALIZADOS

La entidad demandada no puede verse afectada porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúa el descuento respectivo, con base en la reiterada posición del Tribunal Administrativo de Boyacá, se ordenará que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento indexado del valor de los aportes con destino a salud, pensión y demás que sean pertinentes. El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce en favor del demandante.

14. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGP, suerte que siguen las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a declarar la nulidad de los actos acusados, no se accede al restablecimiento del derecho con el alcance forma solicitado, por cuanto se declara la prosperidad de la excepción de prescripción sobre el derecho reclamado.

15. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, “Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”

FALLA:

Primero.- Declarar la existencia del acto ficto o presunto derivado de la petición radicada el 12 de marzo de 2019 por el señor EDIN DANILO TAPIAS CUYARES en la cual solicita el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

Segundo.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20125591096081: MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-EJP de 11 de octubre de 2012 y del acto ficto o presunto derivado de la omisión en contestar la petición radicada el 12 de marzo de 2019, por medio de la cual la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, negó al señor EDIN DANILO TAPIAS CUYARES el reconocimiento y pago de la partida del *subsidio familiar* en los términos del Art. 11 del Decreto 1794 de 2000.

Tercero.- A título de restablecimiento del derecho, se **ordena** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a reconocer el **subsidio familiar**, en favor de EDIN DANILO TAPIAS CUYARES identificado con cédula de ciudadanía No. 74.753.999 conforme al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, desde el 29 de octubre de 2010 y se **condena** a liquidar y pagar de forma indexada las diferencias causadas desde el 12 de marzo de 2015 hasta el 10 de noviembre de 2019 por este concepto y además las diferencias que resultan en la liquidación de las prestaciones sociales que dependan de éste subsidio, descontando los valores pagados con fundamento en el subsidio creado por el Decreto 1161 de 2014, conforme a los criterios fijados en el capítulo de restablecimiento del derecho de la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Declarar fundada la excepción de “*prescripción*” propuesta por la entidad demandada, respecto de las diferencias salariales y prestacionales causadas en favor del demandante, con anterioridad al **12 de marzo de 2015**.

Quinto.- Ordenar que la liquidación realice los descuentos con destino a salud y pensión y los demás a que haya lugar, aplicable a los últimos cinco años de servicios, sin que el valor supere la condena.

Sexto.- Sin condena en costas en esta instancia, ni agencias en derecho.

Séptimo.- La entidad demandada debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

Octavo.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si hay lugar.

DVP

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO**

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

*Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 15759-33-33-002-2019-00167-00
Demandante: Edin Danilo Tapias Cuyares
Demandado: Nación-Mindefensa-Ejercito Nal.*

Código de verificación:
d9df7df04a1922b3f9ed5fee5024af2d61f20c03f2b9483b944c492ffd58c65
Documento generado en 31/05/2021 08:31:47 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**