



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Bogotá D. C., 6 de agosto de 2020

Magistrado ponente: Néstor Javier Calvo Chaves
Expediente N°: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional
Controversia: Reajuste del subsidio familiar devengado en actividad por soldado profesional.
 Sentencia de segunda instancia.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por escrito el 24 de julio de 2019, por la cual el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Segunda negó las pretensiones de la demanda.

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

En el libelo, en resumen, se formulan las siguientes **pretensiones** (fols. 12-13): 1) Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 20170423330282971 del 29 de septiembre de 2017, suscrito por el Jefe de División de Nóminas de la Armada Nacional, en virtud del cual se negó el reconocimiento de la prima de actividad y el subsidio familiar; 2) como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la demandada a pagar la prima de actividad en un 49.5% del salario básico y el subsidio familiar en un 4% del salario básico más la prima de antigüedad de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; 3) se condene a la entidad demandada a pagar todas la sumas reconocidas debidamente indexadas conforme al Índice de Precios al Consumidos -IPC- certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-; 4) se condene a la demandada a pagar los intereses de que trata el numeral 3 del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y 5) se ordene el pago de costas, gastos procesales y agencias en derecho.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

Como **fundamento fáctico** (fol. 13) de estas súplicas se encuentra que el demandante ha prestado sus servicios en la Armada Nacional como infante de marina regular, posteriormente como alumno infante de marina y finalmente como infante de marina profesional.

El 19 de julio de 2017 radicó derecho de petición ante la entidad demandada solicitando el reconocimiento de la prima de actividad y el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, la respectiva indexación e intereses correspondientes y mediante el acto administrativo demandado, le fue negada dicha petición.

El apoderado de la parte demandante ha señalado como **normas violadas** (fol. 13) los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 53, 216 y 217 de la Constitución Política; 2 de la Ley 4 de 1992; 38 de los Decretos 1793 y 1794 de 2000; 1 de la Ley 21 de 1982 y 3 y siguientes de la Ley 789 de 2002.

Como **concepto de violación** (fols. 13-30) efectuó una relación normativa y jurisprudencial a partir de la cual consignó en esencia que tanto el personal uniformado y no uniformado las Fuerzas Militares y la Policía Nacional como los civiles al servicio de estas instituciones, tienen el mismo derecho a devengar la prima de actividad y lo único que deben acreditar es estar en servicio activo, luego, es inconcebible y violatorio del derecho a la igualdad que los soldados e infantes de marina profesionales que están jerárquicamente por encima de los civiles y en el mismo nivel de los agentes, no tengan este derecho.

En razón de lo anterior consideró que se cumplen los requisitos para inaplicar en este caso el Decreto 1794 de 2000 por violación directa al derecho a la igualdad y declarar la nulidad del acto administrativo reconociendo el beneficio al demandante a devengar la prima actividad en su asignación básica salarial, en el 49.5% del salario básico.

Respecto al subsidio familiar, afirmó que el acto administrativo atacado conlleva a una vulneración del derecho a la igualdad por cuanto este emolumento para los soldados e infantes de marina profesionales fue creado el 14 de septiembre de 2000 con el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 entrando en vigencia a partir del 1 de enero 2001 y el demandante ingresó a la institución en calidad de infante de marina profesional el 8 de marzo de 2002, posteriormente contrajo matrimonio o declaró la

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

unión marital de hecho el 20 de marzo de 2010 por lo que se encuentra dentro de las previsiones de tal normativa.

No obstante lo anterior, el demandante devenga el subsidio familiar establecido en el Decreto 1161 de 2014, situación que es precisamente violatoria del derecho a la igualdad si se tiene en cuenta que los soldados e infantes de marina profesionales que ingresaron en virtud del Decreto 1793 de 2000 y contrajeron matrimonio o declararon la existencia de la unión marital de hecho desde el momento de ser enlistados hasta la promulgación del Decreto 3770 de 2009, devengan el subsidio familiar del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En cuanto a los derechos adquiridos y la expectativa legítima, indicó que los soldados e infantes de marina profesionales que ingresaron en virtud del Decreto 1793 de 2000 estaban convencidos que al momento de legalizar su situación marital tendrían un aumento en su salario de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, sin embargo para el demandante fue inesperado que al momento de solicitar el reconocimiento del subsidio familiar que en principio tenía derecho, le fuese reconocido en una cuantía inferior a lo establecido en tal norma y fuera reemplazado por otra, esto es, el Decreto 1161 de 2014 que le daría menos condiciones salariales desconociendo que para el 20 marzo 2010 legalizó su vida marital.

II. RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN

En cuanto a las pretensiones, se opuso a todas y en cuanto a los hechos, manifestó que son ciertos.

Como razones de defensa sostuvo que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento de la prima de actividad dado que, de acuerdo con el régimen aplicable a su situación laboral, esto es, el Decreto 1794 de 2000 no se contempla dicho derecho, por consiguiente, de acuerdo con el principio legalidad no es viable jurídicamente reconocer la mencionada prima.

En lo concerniente al subsidio familiar, solicitó que se deniegue el pago de éste con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 por cuanto dicho fundamento no es el aplicable a la situación del demandante dado que dicha disposición no estaba vigente al momento de constituirse su derecho al subsidio familiar ya que su derecho se creó y se constituyó bajo la vigencia del Decreto 1161 de 2014, por consiguiente atendiendo dicha fuente fue reconocido el derecho del demandante tal

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

y como se evidencia en la orden administrativa de personal N° 0686 del 5 de septiembre de 2014.

Como excepciones propuso las de "INEPTA DEMANDA, INEXISTENCIA DEL DERECHO A LA PRIMA DE ACTIVIDAD, PAGO DEL SUBSIDIO FAMILIAR CONFORME AL ORDENAMIENTO JURÍDICO e INEXISTENCIA DE VICIOS DE ILEGALIDAD DE DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO" (fols. 42.-44).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C – Sección Segunda, mediante sentencia proferida por escrito el 24 de julio de 2019 (fols. 91-100), negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, efectuó un análisis fáctico, normativo y jurisprudencial, a partir del cual sostuvo en cuanto a la prima de actividad, que debe negarse la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 1794 de 2000 por cuanto no se ha demostrado que efectivamente se haya presentado un trato distinto a sujetos semejantes ya que la igualdad reclamada no puede considerarse simplemente del hecho que los soldados profesionales e infantes de marina como los oficiales y suboficiales sean parte de las Fuerzas Militares, toda vez que sus funciones son distintas y por ende las prestaciones a las que tienen derecho se determinan por regímenes especiales aplicables a cada caso y en tal virtud no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado.

En lo concerniente al subsidio familiar, sostuvo que si bien es cierto el demandante contrajo matrimonio el 20 de marzo de 2010 bajo la vigencia del Decreto 1794 2000, éste solo fue reportado hasta el 25 de julio 2014. es decir, en vigencia del Decreto 1161 de 2014.

En razón de lo anterior, el despacho negó el reajuste del subsidio familiar deprecado por el demandante de conformidad con el Decreto 1794 de 2000 por cuanto su reconocimiento está supeditado a la radicación de la solicitud la cual fue realizada el 25 de julio 2014 y en tal virtud, la norma aplicable es el Decreto 1161 de 2014 tal y como lo reconoció la entidad, y en consecuencia, tampoco se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

V. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solo en lo concerniente a la negativa del reajuste del subsidio familiar (fols. 105-107), manifestando que si bien es cierto el demandante reportó su estado civil hasta el 25 de julio 2014, también es cierto que al momento de contraer matrimonio el 20 marzo 2010, se acercó a la oficina de personal de la Unidad Militar de la cual era orgánico donde el suboficial que se encontraba a cargo le manifestó que no podía recibir la documentación soporte por cuanto el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 había sido derogado por el Decreto 3770 de 2009.

De este modo que no le asiste razón a la jueza de primera instancia al manifestar que los efectos fiscales de la reclamación están supeditados a la presentación de la solicitud cuando no se le da la oportunidad de radicar la documentación soporte, lo que significa que el demandante no cumplió con el deber que tenía de poner en conocimiento de sus superiores el cambio de su estado civil, porque la documentación no le fue recibida.

Como consecuencia de lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague el subsidio familiar de conformidad con las previsiones del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se consolidó su derecho el 20 de marzo de 2010 estando en vigencia dicha norma por virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, además porque se concluye que el demandante satisfizo la exigencia contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 habida cuenta de su reviviscencia como quiera que el matrimonio lo contrajo antes de la promulgación del Decreto 1161 de 2014.

V. TRÁMITE ADELANTADO EN SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, una vez admitido el recurso de apelación mediante auto del 18 de febrero de 2020 (fol. 116), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión por escrito y al Ministerio Público para que emitiera concepto a través de auto del 10 de marzo de 2020 (fol. 119). No se acredita pronunciamiento de las partes y el Ministerio Público no emitió concepto.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Revisado el expediente sin que se adviertan causales de nulidad, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda.

Al respecto, se precisa que la Sala se pronunciará únicamente respecto al punto que fue objeto de recurso de apelación conforme a los argumentos esgrimidos por el apoderado de la parte demandante, de ahí que no es dable emitir pronunciamientos de fondo sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. lo anterior en cumplimiento a lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso -C.G. del P- aplicable por expresa remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-.

1. Problema jurídico. La discusión dentro del *sub lite* se circunscribe a determinar si el demandante tiene derecho al reajuste del subsidio familiar que devenga en actividad en los términos y porcentajes establecidos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

2. Fundamento normativo y jurisprudencial. A efectos de dilucidar la presente contienda se hace necesario hacer un recuento sobre el desarrollo normativo y jurisprudencial del subsidio familiar para los Soldados Profesionales:

Ab initio se destaca que el Decreto 1794 de 2000, “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, en su artículo 11 estableció el subsidio familiar en los siguientes términos:

“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.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Posteriormente, mediante el Decreto 3770 de 2009, “Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, se dispuso:

“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." (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Ulteriormente, mediante el Decreto 1161 de 2014, "Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones", se creó un subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina en los siguientes términos:

"Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así: (...)

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

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

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 sobrepasar 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.

Medio de Control Nulidad y restablecimiento de derecho
Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

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. (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Ahora bien, en este punto es pertinente destacar que mediante sentencia proferida el 8 de junio de 2017, el Consejo de Estado declaró con efectos *ex func*, la nulidad del Decreto 3770 de 2009, bajo las siguientes consideraciones¹:

"(...) 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 permita 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 profesionales²

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.

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

Por consiguiente, estos cargos estarán llamados a prosperar y se declarará la nulidad del Decreto 3770 de 2009. (...)"

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "B" MP, César Palomino Cortés, 8 de junio de 2017, Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00, Número interno 0686-2010.

² Decreto 1161 de 2014, "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. (...)".

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

Frente a la anterior decisión, el Departamento Administrativo de la Función Pública y los Ministerios de Defensa Nacional y Hacienda y Crédito Público presentaron solicitud de aclaración y adición. Al respecto, cabe destacar que el Consejo de Estado pese a negar dichas solicitudes, efectuó las consideraciones que a continuación se transcriben *in extenso*³:

“(…) 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 legalidad⁴.

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 tome⁵. 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 inmediata⁶

(…)

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

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

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

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”. MP: César Palomino Cortés, 3 de septiembre de 2017. Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00. Número interno: 0586-2010

⁴ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 41001-23-33-000-2012-00236-01(0738-14). M.P. William Hernández Gómez.

⁵ Consejo de Estado expediente No 4614 del 21 de enero de 1994. Consejo de Estado Sección Cuarta. Sentencia de 24 de marzo de 2000. Radicación 9551.

⁶ Sentencia del 13 de junio de 2013, radicada No. 25000232700020080012501 (18828). M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E).

haya vacío normativo, vacío que entorpecería la acción de la administración.

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

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".

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

De las anteriores proposiciones normativas y jurisprudenciales se deduce lo siguiente: (i) Mediante el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 se estableció el subsidio familiar para los soldados profesionales; ii) el Decreto 3770 de 2009 derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, conservando la prerrogativa allí contenida para quienes la venían percibiendo; iii) el Decreto 1161 de 2014 creó el subsidio familiar a partir del 1 de julio de 2014 para quienes no eran beneficiarios del Decreto 1794 de 2000; y iv) el Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de junio de 2017 declaró la nulidad con efectos *ex tunc* del Decreto 3770 de 2009.

3. Fundamento fáctico. Bajo los criterios jurisprudenciales expuestos, la normativa relacionada y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del C.G del P. el cual establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regulares y oportunamente allegadas al proceso, las cuales, según lo ordenado en el artículo 176 *ibidem*, deben ser apreciadas en su conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica; en el *sub iudice*, esta Sala de decisión encuentra lo siguiente:

- El demandante ingresó al servicio activo de las Fuerzas Militares de Colombia

⁷ 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 Nemen Vargas.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
 Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
 Demandado: Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional

– Armada Nacional, a prestar servicio militar del 5 de mayo de 2000 al 6 de noviembre de 2001, en calidad de alumno Infante Profesional del 7 de noviembre de 2001 al 7 de marzo de 2002 y viene desempeñándose como Infante Profesional desde el 8 de marzo de 2002 (fol. 7).

- El demandante contrajo matrimonio civil con la señora Any Margareth Henry Mendoza el 20 de marzo de 2010, según registro civil de matrimonio con indicativo serial N° 03969490 de la Notaria Sesenta y Dos del Círculo de Bogotá D.C. (fol. 10).
- Mediante Orden Administrativa N° 0686 del 5 de septiembre de 2014, la entidad demandada le reconoció al demandante el subsidio familiar en los términos establecidos en el Decreto 1161 de 2014 (fols. 60-72).
- El demandante elevó petición ante la entidad demandada el 19 de julio de 2017 solicitando que el subsidio familiar que percibe sea reajustado con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y el reconocimiento y pago de la prima de actividad en aplicación del derecho a la igualdad (fols. 4-5).
- La entidad demandada, mediante el Oficio N° 20170423330282971 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DIMON-1.10 del 29 de septiembre de 2017, expedido por la Jefe División de Nóminas de la Armada Nacional, negó la petición interpuesta por el demandante (fol. 6).

4. Caso concreto. Preliminarmente se destaca que el demandante indica que ingresó a la Armada Nacional en 2000 y contrajo matrimonio civil el 20 de marzo de 2010, por lo que se acercó a la oficina de personal de la Unidad Militar de la cual era orgánico donde el suboficial que se encontraba a cargo le manifestó que no podía recibir la documentación soporte por cuanto el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 había sido derogado por el Decreto 3770 de 2009.

Así mismo sostiene que tiene derecho a que se le reconozca y pague el subsidio familiar de conformidad con las previsiones del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se consolidó su derecho el 20 de marzo de 2010 estando en vigencia dicha norma por virtud de la declaratoria de nulidad del decreto 3770 de 2009, además porque se concluye que el demandante satisfizo la exigencia contenida en el artículo 11 del

decreto 1794 de 2000 habida cuenta de su reviviscencia como quiera que el matrimonio lo contrajo antes de la promulgación del Decreto 1161 de 2014.

Por su parte, la jueza de primera instancia negó la pretensión de reajuste de subsidio familiar en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, bajo la consideración que si bien es cierto el demandante contrajo matrimonio el 20 de marzo de 2010 bajo la vigencia del Decreto 1794 2000, éste solo fue reportado hasta el 25 de julio 2014, es decir, en vigencia del Decreto 1161 de 2014

En razón de lo anterior, el despacho negó dicha pretensión por cuanto el reconocimiento del subsidio familiar está supeditado a la radicación de la solicitud la cual fue realizada el 25 de julio 2014 (fol. 73) y en tal virtud, la norma aplicable es el Decreto 1161 de 2014 tal y como lo reconoció la entidad.

Ahora bien, el material probatorio arrojado al plenario da cuenta que el demandante ingresó al servicio activo de las Fuerzas Militares de Colombia – Armada Nacional, a prestar servicio militar del 5 de mayo de 2000 al 6 de noviembre de 2001, en calidad de alumno Infante Profesional del 7 de noviembre de 2001 al 7 de marzo de 2002 y viene desempeñándose como Infante Profesional desde el 8 de marzo de 2002. Así mismo, se encuentra acreditado que contrajo matrimonio civil el 20 de marzo de 2010.

Así las cosas, teniendo en cuenta la fecha de vinculación del demandante, es claro que la norma que se encontraba vigente para ese momento era el Decreto 1794 de 2000 y que para la fecha en que contrajo nupcias (30 de marzo de 2010), ya había sido derogada por el Decreto 3770 de 2009.

De igual forma, se advierte que mediante Orden Administrativa de Personal N° 0686 del 5 de septiembre de 2014, le fue reconocido al demandante el subsidio familiar en un 23% de conformidad con el Decreto 1161 de 2014 (fol. 70 vto.).

Así pues, una vez verificadas las pruebas documentales obrantes en el expediente se observa que si bien el demandante contrajo matrimonio en vigencia del Decreto 3770 de 2009, el cual posteriormente fue declarado nulo con efectos *ex tunc*, lo determinante al asunto es que radicó en debida forma los documentos para acreditar su derecho al subsidio familiar en vigencia del Decreto 1161 de 2014, razón por la cual, al demandante le asiste derecho a percibir el subsidio familiar en los términos y porcentajes establecidos en la norma en mención, toda vez que fue en vigencia de

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
 Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
 Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

éste que se reportó su cambio de estado civil para efectos del reconocimiento de la plurimencionada prestación social.

Por último, de aceptarse en gracia de discusión que eventualmente podría ser beneficiario del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no debe perderse de vista que dicha norma establece para el soldado profesional la carga de reportar su cambio de estado civil, de tal suerte que solo a partir del momento en que reporta y acredita tal condición para acceder a dicha prestación social, puede hacerse exigible su derecho y dado que en el plenario no obra prueba siquiera sumaria que el demandante haya acreditado su matrimonio y haya solicitado el reconocimiento del subsidio familiar en vigencia de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y antes de la promulgación del Decreto 1161 de 2014, la Sala considera que le asiste razón a la *a quo*, en negar la pretensión de reajuste del subsidio familiar, motivo por el cual, será confirmada la decisión recurrida.

5. Conclusión. Las anteriores consideraciones con suficientes para concluir que no existe fundamento legal para ordenar el reajuste del subsidio familiar que percibe el demandante en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por lo que se impone confirmar la decisión de primera instancia en tal sentido.

6. Condena en costas. No se condenará en costas, en virtud a la posición mayoritaria de esta Sala de no hacerlo, cuando no se verifique conducta dilatoria, temeraria o de mala fe del recurrente, dejando de presente que el Magistrado Ponente es de la posición de condena en costas frente al recurrente cuando la sentencia de primera instancia se confirma en todas sus partes, en los términos de los artículos 188 del CPACA y 365 numeral 3 del C. G. del P.

7. Renuncia de poder. No se accederá a renuncia de poder presentada por profesional del derecho, en virtud a que no acredita ser apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional (fols. 110-112).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento de derecho
Radicación: 11001-33-35-018-2018-00041-01
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

VII. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por escrito el 24 de julio de 2019, por el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Segunda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Segundo Enrique Rodríguez Díaz en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, en cuanto negó el reajuste del subsidio familiar que percibe el demandante en aplicación del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, de conformidad con las consideraciones expuestas.

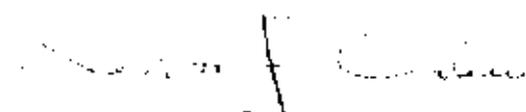
SEGUNDO: Sin condena en costas, por lo antes expuesto.

TERCERO: NO ACCEDER a renuncia de poder presentada por la abogada Diana Katerine Salcedo Rios, identificada con la C.C. N° 1.051.588.732 y T. P. N° 213.807, como apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, por lo antes expuesto.

CUARTO: Por Secretaría, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y déjense las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Aprobado en sesión realizada en la fecha.



NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES

Magistrado



JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES

Magistrado

CARMEN ALICIA RENGIFO SANGUINO

Magistrada
SALVAMENTO DE VOTO