



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Bogotá, D. C., 2 de junio de 2021.

Honorables Consejeros (as):

Sala de lo Contencioso Administrativo.

Sección Cuarta.

Consejera Ponente: Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

Consejo de Estado

Bogotá, D.C.

Referencia: Acción de Tutela.
Radicación No.: 11001-03-15-000-2021-02665-00.
Accionante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz.
Accionado: Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Asunto: Respuesta acción de tutela notificada con el recibo del traslado y las copias el 31 de mayo de 2021.

NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES, en calidad de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, procedo a través de este escrito a pronunciarme sobre la acción de tutela de la referencia.

EN CUANTO A LOS HECHOS DEL ESCRITO DE TUTELA:

Frente a los hechos me atengo a lo que se encuentre probado en el proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho.

FRENTE A LO PRETENDIDO:

El Despacho se opone a las peticiones formuladas por el apoderado de la parte accionante, ya que la acción de tutela propuesta no está llamada a prosperar en el presente asunto, por las razones que pasan a exponerse.

EL ASUNTO OBJETO DE CONTROVERSIA:

Se tiene que el señor Segundo Enrique Rodríguez Díaz, a través de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional solicitando (folios 12-13 expediente ordinario): 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 las 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.

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 ib.), negó las pretensiones de la demanda. En virtud de lo anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación en lo concerniente a la negativa del reajuste del subsidio familiar.

Esta Sala el 6 de agosto de 2020 confirmó la sentencia de primera instancia.

Ahora, el accionante, mediante acción de tutela, pretende que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y móvil y demás derechos conexos que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró.

ARGUMENTOS DEL DESPACHO.

De acuerdo a lo previamente descrito, se tiene para el presente caso como **problema jurídico**, determinar si la acción de tutela formulada por la parte accionante está llamada a prosperar debido a que a su juicio, la sentencia de segunda instancia proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y móvil y demás derechos conexos.

Frente a lo anterior, la **tesis del Despacho** es que la acción de tutela incoada debe negarse, ya que la providencia cuestionada, al contrario de lo expuesto por la parte accionante, acogió la normativa y la jurisprudencia aplicable al asunto.

Al respecto se encuentra que, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, se realizó un análisis normativo y jurisprudencial respecto del cual la Sala concluyó 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 párrafo, 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.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original)

Ahora bien, mediante sentencia proferida el 8 de junio de 2017, el Consejo de Estado declaró con efectos *ex tunc*, 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, (…).”

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, se destacó 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 tome**⁵. 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 anule un acto general que reguló una materia determinada derogando la regulación preexistente.

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

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

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

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “B”, MP: César Palomino Cortés, 8 de septiembre de 2017, Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00, Número interno: 0686-2010.

⁴ 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.

⁵ 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.

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

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”⁷.

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)

Con todo, de acuerdo al material probatorio arrimado al plenario se estableció 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 venía desempeñándose como Infante Profesional desde el 8 de marzo de 2002. Así mismo, se encontró acreditado que contrajo matrimonio civil el 20 de marzo de 2010.

Por consiguiente, 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 advirtió 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. ib.).

Con base en lo expuesto y una vez verificadas las pruebas documentales obrantes en el expediente, la Sala observó 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 éste que se reportó su cambio de estado civil para efectos del reconocimiento de la plurimencionada prestación social.

Por último, de haberse aceptado en gracia de discusión que eventualmente podría ser beneficiario del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no debe perderse de vista que

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 Namen Vargas.

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 obró prueba siquiera sumaria que el demandante hubiera 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 consideró que le asiste razón a la *a quo*, en negar la pretensión de reajuste del subsidio familiar, motivo por el cual, se confirmó la decisión recurrida.

En ese estado de cosas, al no observarse la configuración de violación de derechos fundamentales en la providencia atacada por vía de tutela, considera el Despacho que deben negarse la petición planteada en el escrito de tutela.

PETICIONES:


Con fundamento en lo anterior, solicito al Consejo de Estado, como Juez de tutela, se nieguen las peticiones de la acción de tutela, al evidenciarse que no se configuró una violación de derechos fundamentales, toda vez que la providencia atacada se fundamentó en la normativa y jurisprudencia aplicable al asunto.

De otra parte, solicito muy respetuosamente que todas las notificaciones referidas a la presente actuación se realicen al correo electrónico: nestorjaviercalvo@yahoo.com.

Finalmente, se advierte que, en los términos de los artículos 11 del Decreto Legislativo N° 491 del 28 de marzo de 2020 y 2 del Decreto N° 1287 del 24 de septiembre de 2020, la presente providencia se suscribe mediante firma escaneada.

De la Señora Consejera Ponente.

Atentamente,



NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES

Magistrado Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”