



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Heber Barragán Castellanos
Demandado: Caja de Retiro de las fuerzas Militares – CREMIL –
Radicación: 2016-0320.

Procede el Despacho a resolver la solicitud de sentencia complementaria presentada por la apoderada de la parte actora respecto de la sentencia emitida en audiencia inicial del pasado 2 de noviembre de 2017 al considerar que no se resolvió lo atinente a la pretensión de subsidio familiar en cuantía devengada en actividad, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de lo normado en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Antecedentes

El señor Heber Barragán Castellanos presentó demanda mediante la cual solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en los oficios No. 0016495 del 16 de marzo de 2016 y N° 0026888 del 26 de abril de 2016 por medio de los cuales se le negó la liquidación de su asignación de retiro tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% conforme lo señalado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; la liquidación de la prima de antigüedad conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% como prima de antigüedad, y al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales; a título de restablecimiento del Derecho solicita se ordene la liquidación de la asignación de retiro tomando como base la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 referente al 38.5% de la prima de antigüedad y la inclusiones del subsidio familiar; igualmente el pago de intereses moratorios, indexación y que se condene en costas.

Posteriormente, el 2 de noviembre de 2017, el Despacho se constituyó en audiencia inicial donde emitió decisión de fondo respecto al tema relacionado con el reajuste salarial y prestacional de los soldados voluntarios que luego pasaron a ser soldados profesionales en los términos de la sentencia de unificación del 26 de agosto de 2016 y conforme lo estatuido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, y se pronunció respecto a la liquidación de la prima de antigüedad conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que establece que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5%.

Ahora, en la citada decisión el Despacho concluyó que en aplicación de la sentencia de unificación era viable que los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,98 y a quienes se les había pagado un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tenían derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%, y que tal ajuste salarial llevaba aparejado efectos prestacionales dando lugar a que también se reliquidara en el mismo porcentaje, la prima de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

Igualmente se concluyó que la prima de antigüedad se debe liquidar tomando el 70% de la asignación de retiro y una vez tomado este valor se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo venía realizando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil , y ordenó que al salario mensual del demandante se le liquida el 70% y a éste



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

resultado se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, el cual valga la aclaración, también se toma del salario mensual.

Sin embargo, en nada se pronunció el Despacho respecto al subsidio familiar en la cuantía devengada en actividad, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de lo ordenado en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

De la solicitud de sentencia complementaria

La apoderada de la parte actora mediante escrito radicado el 10 de noviembre de 2017 presentó solicitud de sentencia complementaria al fallo de primera instancia proferido el 2 de noviembre del año en curso a fin de que el Despacho se pronuncie respecto a la pretensión relativa al subsidio familiar.

Al respecto es preciso indicar que el artículo 287 del Código General del Proceso señala que:

“...Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal...”

En ese orden de ideas, es claro que al omitirse resolver sobre una de las pretensiones incoadas por la parte demandante en su escrito de demanda, la cual debía ser objeto de estudio, es procedente emitir sentencia complementaria a fin de resolver el mismo, pero debe realizarse de oficio o a solicitud de parte, dentro del término de ejecutoria de la sentencia.

Del caso en concreto.

Ahora, descendiendo al caso en concreto se evidencia que la parte actora en las pretensiones de la solicitó el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar que devengaba en actividad, invocando el derecho a la igualdad.

Sin embargo, en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial llevada a cabo el 2 de noviembre del año en curso en nada se pronunció el Despacho sobre este tema, y de ahí en adelante hasta el momento de proferir sentencia en la misma audiencia, para nada se estudió ni se decidió respecto de la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro.

En razón a ello y dentro del término de ejecutoria¹ de la sentencia la apoderada de la parte actora presentó escrito por medio del cual solicita al Despacho se complemente la sentencia proferida en la audiencia inicial respecto al tema del subsidio familiar.

Es así, que la solicitud presentada por la apoderada de la parte demandante reúne todas las exigencias señaladas en el artículo 287 del código General del Proceso, lo que hace procedente entrar a estudiar y decidir de fondo el tema relacionado con el subsidio familiar.

¹ Folio 181 constancia secretarial control término de ejecutoria de sentencia



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUÉ

Del subsidio familiar

El subsidio familiar conforme a lo previsto en el artículo 1º de la Ley 21 de 1982: *“es 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.”*

Como ya es sabido, el Decreto 1794 de 2000 constituye el régimen salarial y prestacional del soldado profesional, donde se estableció el derecho de tales servidores a percibir a más de la asignación básica y otras prestaciones, el subsidio familiar.

Ahora, en lo que tiene que ver con el régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales, tenemos que el Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, estableció en su artículo 5 que, *“Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto”,* y como partidas computables para liquidar la asignación de retiro, el artículo 13 de la citada norma, dispone el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales, sin embargo en el parágrafo de la citada norma se dispone:

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

En concordancia con lo anterior, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-229 de 30 de marzo de 2011, se pronunció respecto al derecho a la igualdad y la aplicación de los regímenes especiales de la siguiente manera:

“...El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas...”

En atención a ello, para determinar si una norma es o no violatoria del principio de igualdad y si por tal motivo resulta discriminatoria y en consecuencia debe ser retirada del ordenamiento jurídico, **hay que establecer si la norma regula o no situaciones distintas para luego determinar si esa diferencia de trato es o no razonable.** Es preciso comprobar si existe una razón suficiente que justifique el trato desigual.

Ahora, frente a los regímenes especiales, dice que éstos responden a la necesidad de garantizar los derechos de cierto grupo de personas que por sus especiales condiciones merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social y su objetivo



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

reside en la "protección de los derechos adquiridos por los grupos de trabajadores allí señalados". Para el caso de las Fuerzas Militares el Constituyente previó expresamente que el legislador determinará su régimen prestacional especial (arts. 150, numeral 19, literal e) y 217 C.P. y la Corte dice que la jurisprudencia ha aceptado que es posible entrar a comparar las eventuales diferencias de trato que se establecen en su interior entre dos grupos de personas: los oficiales y suboficiales miembros de las Fuerzas Militares.

Ha justificado esta posibilidad en varias consideraciones: (i) Se trata de grupos que si bien no son idénticos si se encuentran en la misma situación de hecho; (ii) Las razones que justifican excluir a los oficiales del régimen prestacional general, son las mismas que justifican excluir a los suboficiales; (iii) Las especiales condiciones laborales, de entrenamiento, de disciplina, y demás, en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares es lo que lleva a la Constitución (artículo 217) y a la ley (artículo 279 de la Ley 100 de 1993) a ordenar al legislador expedir un régimen prestacional especial para ellos, sin distinguir entre oficiales o suboficiales; (iv) la regulación se efectuó mediante un solo decreto, el Decreto Ley 1211 de 1990, en el cual se contemplan varias normas que los cobijan a ambos grupos, en las que se establecen las mismas reglas y consecuencias jurídicas para oficiales y suboficiales.

Así las cosas, si bien el citado decreto 4433 reglamenta los objetivos, fines y principios consagrados en la Ley 923 de 2004, donde se estableció que el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debía tener en cuenta entre otros, **el derecho a la igualdad**, lo cierto es que tal principio se ve vulnerado con el **trato normativo desigual** establecido en el citado Decreto 4433, pues no se tiene en cuenta el sentido y objetivo del subsidio familiar, desconociendo que los soldados profesionales son los que menos ingresos perciben dentro de la escala salarial de los miembros de las Fuerzas Militares y pasando por alto la razón de ser del subsidio familiar, favoreciendo a quienes reciben una asignación de retiro mucho más alta y perjudicando a quienes reciben menos y tienen menos recursos para atender de una manera digna las necesidades de su familia, precisamente por una partida que pretendía exactamente lo contrario.

Tal violación al derecho a la igualdad es tan evidente, que no se entiende por qué los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior tienen derecho a percibir la prestación aquí reclamada, cuando los soldados profesionales que ostentan ingresos más bajos, no tienen derecho a recibirlo dentro de la asignación de retiro, desconociendo que la **esencia de tal prestación es beneficiar a las personas de bajos y medianos ingresos con el fin de proteger la familia**, por tanto no existe justificación en el trato diferencial y se contraponen a los fines de la Constitución Política, por lo que se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, equidad, solidaridad, universalidad, y como consecuencia de ello una total desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar, desprotegiendo a los Soldados Profesionales quienes son lo que perciben menos salario en el grupo de las Fuerzas Militares.

Teniendo en cuenta que el párrafo del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, violan principios Constitucionales así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, deberán inaplicarse a fin de poder incluir dentro de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar, en el porcentaje que tuviese reconocido a la fecha de retiro, en atención a que se encuentra acreditado que el actor percibía dicha prestación cuando estaba en servicio activo por tener un grupo familiar, el cual permanece en la actualidad.

Así las cosas, conforme a lo probado en el proceso y los fundamentos jurídicos relacionados, se establece que el acto acusado está viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y la ley, por tanto se ordenará inaplicar el párrafo del artículo 13 y lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por violar el derecho a la igualdad, así como los principios rectores de la Ley 923 de 2004, lo anterior con el fin de que se incluya dentro de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro y a partir del 30 de marzo de 2012.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Prescripción

Ahora bien, y conforme lo señalado por nuestro órgano de cierre, tal reajuste se encuentra sujeto a prescripción, por lo que los pagos se realizarán a partir del 04 de marzo de 2012 en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en los artículos 101 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente, como quiera que la petición inicial de reajuste salarial y prestacional fue radicada el 04 de marzo de 2016, folios 2-5.

En consecuencia se ordenará complementar la sentencia emitida dentro de la audiencia inicial del 2 de noviembre de 2017, respecto al numeral cuarto.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Complementar el numeral cuarto de la sentencia emitida el 2 de noviembre de 2017 en los siguientes términos:

“...Igualmente, se **ORDENA** inaplicar el parágrafo del artículo 13 y lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por violar el derecho a la igualdad, así como los principios rectores de la Ley 923 de 2004, lo anterior con el fin de que se incluya dentro de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro y a partir del 30 de marzo de 2012. ...”

En consecuencia el numeral cuarto de la sentencia emitida el 2 de noviembre de 2017 quedará así:

CUARTO: A título de restablecimiento del Derecho, se **ORDENA** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL a reajustar el salario y prestaciones sociales del señor HEBER BARRAGAN CASTELLANOS C.C. No. 79.063.588 desde el momento de su incorporación como soldado profesional, es decir, 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro, esto es, 30 de marzo de 2012, periodo que estuvo en servicio activo, conforme lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, reajustando su salario en un 20% representado por la diferencia entre el monto reconocido (salario mínimo incrementado en un 40%) por aquel que debía devengar conforme la anterior disposición, esto es, salario mínimo incrementado en un 60%, También serán reliquidadas, en el mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

Como consecuencia del reajuste ordenado, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional deberá modificar la hoja de servicios del demandante en lo que tiene que ver con el incremento del porcentaje de las partidas computables a efecto de determinar la nueva base de liquidación a tener en cuenta para la asignación de retiro que goza actualmente.

Cumplido lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares revisará y reajustará la asignación de retiro del demandante tomando en cuenta la diferencia resultante del reajuste ordenado, mes a mes, pero a partir del reconocimiento de la asignación de retiro y en adelante, pero los pagos se efectuarán a partir **del 04 de marzo de 2012** en atención al fenómeno de la prescripción, conforme a todo lo expresado en la parte considerativa.

Reajustar la asignación de retiro del demandante reconocida mediante Resolución No. 4352 del 03 de agosto de 2012 con la prima de antigüedad de acuerdo con lo indicado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, al salario básico incrementado en un 60% conforme lo indicado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, se aplica el 70% de que trata el Decreto 4433 de 2004, y una vez obtenido el porcentaje de dicha



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

operación deberá adicionarse el monto que corresponde al 38.5% de la prima de antigüedad.

Igualmente, se **ORDENA** inaplicar el párrafo del artículo 13 y lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por violar el derecho a la igualdad, así como los principios rectores de la Ley 923 de 2004, lo anterior con el fin de que se incluya dentro de la asignación de retiro del actor el subsidio familiar en el porcentaje que tuviese reconocido al momento de su retiro y a partir del 30 de marzo de 2012.

SEGUNDO: Los demás numerales de la sentencia emitida el 2 de noviembre de 2017 permanecen incólumes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
JUEZ