JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

AUDIENCIA INICIAL
MEDIO DE CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO CONTRA LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
RADICACIÓN 2015 - 00477

En Ibagué, siendo las nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.), de hoy cinco (5) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juez Sexto Administrativo Oral de Ibagué, CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS, se constituye en audiencia pública, en la fecha indicada en auto del diecisiete (17) de noviembre de 2016, dentro del proceso señalado en el encabezamiento, para llevar a cabo la audiencia establecida en el artículo 180 del CPACA. Se hacen presentes las siguientes personas:

Parte demandante:

JAIME ARIAS LIZCANO, quien se encuentra debidamente identificado y reconocido como apoderado de la parte demandante. No se ha hecho presente

Parte demandada:

YULI PAULIN VILORIA ZAMBRANO identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.129.495.678 expedida en Barranquilla y Tarjeta profesional No. 192.556 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien contestó la demanda y a quien se le reconoce personería para actuar como apoderada CREMIL conforme el poder obrante a folio 58 del expediente.

Se hace presente la doctora **ANDREA DEL PILAR MARTINEZ CORREA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.110.486.433 expedida en Ibagué y Tarjeta profesional No. 227.015 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien allego poder conferido por el jefe de la Oficina Asesora Jurídico de CREMIL, se le reconoce personería para actuar como apoderada CREMIL en los términos y para los efectos del poder conferido.

Ministerio Público:

Dr. YEISON RENE SANCHEZ BONILLA Procurador 105 Judicial en lo Administrativo.

SANEAMIENTO

Revisado el expediente, el Despacho no encuentra que en las actuaciones surtidas se haya configurado vicio alguno que de origen a una nulidad. Teniendo en cuenta lo anterior, y como

quiera que no existen irregularidades que puedan dar origen a una nulidad se declara precluida esta etapa. La decisión se notifica en estrados. **SIN RECURSO.**

EXCEPCIONES PREVIAS

La parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, en su escrito de contestación, visible a folios 59 a 63 propuso las siguientes excepciones:

- *Inexistencia de fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable*
- *No configuración a la violación del derecho a la igualdad*
- *Prescripción del derecho*

El numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A, ordena resolver en la audiencia inicial las excepciones previas, y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de Legitimación en la Causa, y prescripción extintiva; así las cosas y como quiera que las excepciones propuestas atacan el fondo del asunto, las mismas se estudiarán en la sentencia.

Esta decisión se notifica en estrados. **SIN RECURSOS.**

En este estado de la audiencia comparece la Dra. **GUISELL PAULINE MENGUAL HERNANDEZ** identificada con la C.C. No. 1.110.512.516 y T.P. No. 253.664 del C. S. de la J. a quien presento memorial de sustitución otorgado por el apoderado de la parte actora para que asista únicamente a esta audiencia. Se le reconoce personería jurídica para actuar como apoderada de la parte actora en los términos y para los efectos del poder de sustitución

FIJACIÓN DEL LITIGIO

Resulta procedente señalar que el demandante pretende se declare la nulidad del acto administrativo 2015-30375 del 11 de mayo de 2015 expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar. A título de Restablecimiento del derecho se ordene reajustar la asignación de retiro del actor con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es 62.5% a partir del 11 de marzo de 2014; así como el pago efectivo e indexado de los dinero correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho, se ordene el pago de intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejado de pagar, en los términos del artículo 192 y 195 del CPACA; y que se condene en costas. En cuanto a las pretensiones, la parte demandada, manifiesta que se opone

a todas y cada una de las pretensiones planteadas, así como a condena en costas. Respecto los hechos, da como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación en cabeza del demandante, con la petición efectuada respecto de la entidad y con la respuesta dada por la entidad; pero manifiesta que se opone respecto de los demás hechos.

Una vez, revisados los argumentos expuestos tanto en la demanda, como en su contestación, el litigio queda fijado en determinar "si es procedente o no el reajuste de la asignación de retiro de la que es titular el demandante, con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que la venía percibiendo cuando estaba en servicio activo, pese a que el Decreto 4433 de 2004 no contempla este factor en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales".

CONCILIACIÓN

Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte accionada quien manifiesta: Según comité de conciliación 29/11/2016 acta 92/16 la decisión es no conciliar en el presente caso, por cuanto la asignación de retiro se reconoció conforme lo indicado en el Decreto 4433, anexa acta en 2 folios. Seguidamente, se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte accionada quien solicita proseguir con el trámite procesal. El delegado del ministerio público no realiza manifestación alguna. El Despacho declara superara la etapa de conciliación. La decisión se notifica en estrados. **SIN RECURSOS**.

MEDIDAS CAUTELARES

No existe solicitud de medidas cautelares. Se declara superada esta etapa. Se notifica esta decisión en estrados, **SIN RECURSOS**.

PRUEBAS

Parte demandante

En su valor legal se apreciarán los documentos aportados con la demanda, vistos a folios 2-14 del expediente.

No solicito pruebas

Parte demandada – **CREMIL**

No solicito pruebas

Téngase por incorporado expediente administrativo del demandante, visible a folios 64 - 86 el cual ha permanecido a disposición de las partes, a fin de garantizar el derecho de defensa y de hacer efectivo el principio de contradicción de la prueba, en la forma y términos dispuestos en la Ley.

Teniendo en cuenta que no existen más pruebas que practicar se declara cerrado el debate probatorio. Esta decisión se notifica en estrados, y de ella se corre traslado a las partes presentes. Parte demandante. **CONFORME,** parte demandada: **SIN RECURSO,** Ministerio Publico: **De acuerdo**.

En firme esta decisión, se tiene por superada esta etapa.

CONCLUSION

Una vez evacuadas las etapas de que trata el artículo 180 del CPA y de lo CA, y como quiera que se prescindió del término probatorio. En ejercicio de la facultad contenida en el inciso final del artículo 179 del CPACA, y dada la naturaleza del asunto se procederá a escuchar las alegaciones de las partes, advirtiéndose, que si a bien tienen por alegar de conclusión, deben abstenerse de repetir lo dicho en la demanda y su contestación, sino que deben aportar nuevos elementos al debate. La anterior decisión se notifica por estrados, **SIN RECURSOS.**

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: solicita se accedan a las pretensiones de la demanda y se ratifica en lo expresado en la demanda. Inicia al minuto 9.18 – Termina al minuto 10.04
Parte demandada: Por no existir hechos diferentes a los esbozados en el escrito de contestación, se ratifica en lo expresado en la contestación de la demanda. Inicia al minuto 10.08 y va hasta el minuto 10.04
Ministerio Público: su intervención queda grabada en el sistema de audio y video al minuto siete 10.26 al minuto diez 12:24.

SENTENCIA ORAL.

Así las cosas, para dictar sentencia es necesario relacionar los hechos se encuentran acreditados en el expediente:

- Que el señor HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional, y mientras estuvo en servicio activo se le pagaba a

más de sueldo básico, prima de antigüedad y subsidio familiar, conforme se evidencia en el Hoja de Servicios No. 3-78701462 del 15 de febrero de 2014, folio 7-8 - 65,66

- Que La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 1798 del 11 de marzo de 2014 le reconoció al señor HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual, más el 38.5% de la prima de antigüedad conforme lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, folio 9-12 y 71-75
- Que el señor HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO contrajo matrimonio con la señora GLORIA LUZ COGOLLO NORIEGA según se desprende del registro civil de matrimonio, obrante a folio 68.
- Que el señor HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO es padre del menor STEVEN SANCHEZ COGOLLO, según Registro Civil de Nacimiento, folios 69.
- Que el señor HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO mediante petición radicada el 21 de abril de 2014 solicitó la reliquidación de su asignación mensual de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar, folio 3-5, 78-75.
- Que la entidad accionada mediante oficio 0030375 del 11 de mayo de 2015 negó la solicitud presentada por el demandante, folio 6.
- Que, la última unidad donde prestó sus servicios el actor fue en el "BATALLÓN DE COMBATE TERRESTRE NO. 79 SV HERNANDO COMBITA", ubicado en Melgar Tolima, y a efecto de liquidar su asignación de retiro, le tuvieron en cuenta sueldo y prima de antigüedad. folio 13,14.

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso de proceso, y su autenticidad y veracidad no han sido controvertidas ni desvirtuada.

Consideraciones:

Fundamentos Normativos:

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.*"

Para el caso de los soldados profesionales, el Decreto 1793 de 2000, Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de tales servidores, estableció en su artículo 38 que *"El Gobierno Nacional expediría los regímenes salariales y prestacionales del soldado profesional, con base en lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos"*, y en virtud a ello, por

medio del Decreto 1794 de 2000 se constituyó 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.

En lo que tiene que ver con el régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales, tenemos que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, el cual 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".*

Ahora bien, 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 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 contrapone 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 parágrafo 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, y de acuerdo 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 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 momento del reconocimiento de la prestación en atención a que no hay lugar a declarar la prescripción de pagos, por cuanto el reconocimiento de la asignación se efectuó el 11 de marzo de 2014 y la petición de reconocimiento del subsidio familiar se efectuó el 21 de abril de 2014.

Como quiera que han prosperado las pretensiones de la demanda, se declarará no probadas las excepciones de fondo propuestas por la accionada. En igual sentido, se declarara no probada la excepción de prescripción propuesta, en razón a que entre el momento en que le fue reconocida la asignación del retiro al actor y la fecha en que presentó la petición, esto es el 21 de abril de 2015, no han trascurrido el termino en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente de conformidad con el artículo 188 del CPACA se condenará en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma de un salario minino legal mensual vigente. Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el numeral 3.1.2., del acuerdo 1887 de 2003. Por secretaría liquídense.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional para el caso concreto el parágrafo del artículo 13 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por desconocer principios Constitucionales, así como, los principios rectores consagrados en 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, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Declarar la nulidad del oficio 2015- 30375 del 11 de mayo de 2015, emitido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por medio de la cual negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar respecto del demandante **HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO C.C. No. 78.701.462.**

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro reconocida al señor **HANS ARNOBIS SANCHEZ ROMERO C.C. No. 78.701.462.** Teniendo en cuenta el subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengaba al momento de su retiro y pagadera a partir del momento del reconocimiento de la asignación de retiro, conforme lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Las sumas reconocidas devengaran intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 del CPACA.

SEXTO: Condenar en costas a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y a favor de la parte demandante, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma de un salario minino legal mensual vigente. Por secretaría liquídense costas.

SEPTIMO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del numeral 2 del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas a la apoderada judicial que ha venido actuando.

OCTAVO: En firme esta providencia archívese los expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

La anterior decisión queda notificada en estrados, se advierte que disponen de 10 días para interponer recurso de conformidad con el artículo 247 del C.P.A. y de lo C.A.

Se termina la audiencia siendo las diez de la mañana (10.00 a.m.). La presente acta se suscribe por quienes intervinieron, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
Juez

GUISELL PAULINE MENGUAL HERNANDEZ
Apoderado parte Demandante

ANDREA DEL PILAR MARTINEZ CORREA
Apoderada CREMIL

YEISON RENE SANCHEZ BONILLA
Procurador 105 en lo Administrativo

MARIA MARGARITA TORRES LOZANO
Profesional Universitario