

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

Ref.: Expediente núm. 20140229201.
ACCIÓN DE TUTELA.
Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

Se decide la impugnación presentada por el actor contra el fallo de 8 de octubre de 2014, proferido por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante el cual se declaró improcedente la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES.

I.1.- La Solicitud.

El señor **OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ**, actuando por conducto de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, por considerar que violaron sus derechos fundamentales a la

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

igualdad, al debido proceso, prevalencia del derecho sustancial, acceso a la administración de justicia y respeto a los derechos adquiridos, al proferir las sentencias de 5 de agosto de 2013 y 7 de febrero de 2014, respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-00105-01, por medio de las cuales se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda y se negó la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, entre otras irregularidades.

I.2 Hechos.

Aseguró que promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en aras de obtener la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales le fue negado el reajuste de su asignación de retiro y, a título de restablecimiento, que se le ordenara a dicha entidad el reconocimiento y pago de tal prestación en forma retroactiva e indexada.

Transcribió los hechos que adujo como fundamento de la citada demanda, los cuales se sintetizan en que estuvo vinculado a las Fuerzas Militares durante más de 20 años, lo cual lo hizo

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

beneficiario de la asignación de retiro; que inicialmente tuvo la calidad de soldado voluntario y, a partir del 1º de noviembre de 2003, pasó a ser denominado soldado profesional en virtud de la Orden Administrativa de Personal núm. 1175 de 20 de octubre del mismo año.

Alegó que por lo anterior, durante el tiempo en que fue soldado voluntario su situación estuvo regida por la Ley 131 de 1985 y que con los Decretos 1793 de 14 de septiembre de 2000 y 1794 del mismo año, se crearon los regímenes de carrera, salarial y prestacional del Soldado Profesional, los cuales, a su juicio, le son aplicables.

Señaló que el Ejército Nacional ha aplicado dichas normas de manera acomodada, pues, no obstante que el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 consagra el Subsidio Familiar, no le fue incluido en la liquidación de su asignación de retiro.

Agregó que también se desconoció el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que establece que *"quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un*

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

sesenta por ciento (60%)”, y a pesar de ello, la asignación de retiro solo tuvo en cuenta un salario mínimo incrementado en un 40%.

Manifestó que se le afectó doblemente la prima de antigüedad y que la fórmula utilizada para liquidar la prestación periódica a la que se ha hecho alusión, no atiende a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, todo lo cual implica una reducción importante en la cuantía de la misma, con la consecuente violación de su derecho a la igualdad, en relación con los demás miembros de la Fuerza Pública.

Aseguró que las sentencias cuya pérdida de efectos pretende, incurrieron en el error de no aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que dentro de las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares incluye el *"subsidio familiar en el porcentaje que se encuentra reconocido a la fecha de retiro"*, pues, a su juicio, es abiertamente contrario al artículo 13 de la Carta Política.

Mencionó que los soldados e infantes profesionales son los únicos miembros de la Fuerza Pública que no devengan en su asignación

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

de retiro el subsidio familiar, de tal manera que es evidente su discriminación.

Expresó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el fallo de segunda instancia, consideró que no había lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, porque los soldados profesionales no se encuentran en las mismas circunstancias fácticas y jurídicas de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, razón por la cual no puede alegarse vulneración del derecho a la igualdad, que dé lugar a aplicar la citada excepción.

Señaló que los soldados e infantes profesionales se encuentran expuestos a condiciones agrestes durante largos periodos de tiempo, en las selvas del país, sin posibilidad de ver a sus familias, a diferencia de los oficiales y suboficiales, quienes tienen mayores oportunidades de capacitarse para aspirar a los ascensos, entre otros beneficios.

Arguyó que dichas diferencias son, precisamente, las que justifican el derecho que tienen los soldaos e infantes profesionales al Subsidio Familiar, consagrado en el artículo 2º de la Ley 21 de

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

1982. Al efecto, trajo a colación las sentencias, sin indicar número de radicación, de 7 de noviembre del Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Oral y de 10 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, relativas al objetivo del citado subsidio; así como de la sentencia de 17 de octubre del mismo año, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el Expediente núm. 2013-01821-00, Consejera Ponente doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, que estimó violatorio del derecho a la igualdad, excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro.

Alegó que las sentencias mencionadas fueron desconocidas por las autoridades judiciales demandadas, con el argumento de que no se puede aplicar el derecho a la igualdad entre desiguales.

Mencionó que a pesar de que en su demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó la aplicación del **inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000**, que establece que *"quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)"*, el Tribunal Administrativo

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, consideró que dicha pretensión correspondía a lo reglado en la Ley 131 de 1985, lo cual es un error gravísimo que constituye un defecto sustantivo lesivo de sus derechos fundamentales.

Informó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al aplicar la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se apartó de lo dispuesto en el mismo, habida cuenta de que afectó doblemente el porcentaje de la prima de antigüedad. Ello, por cuanto, mientras la norma establece que la liquidación de la citada prestación incluye: el 70% del salario mensual, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad, la mencionada entidad liquidó de manera diferente, pues sumó el sueldo con el 38.5% de la prima de antigüedad y del total sacó el 70%, lo cual no se ajusta al mandato legal e implica una reducción en la asignación de retiro, por valor de \$83.275.00 mensuales.

Trajo a colación la sentencia de 17 de octubre de 2013, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mencionada en precedencia, en la cual se le ordenó inaplicar por inconstitucional el Decreto 4433 de 2004, que excluye el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro y transcribió apartes

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

de la sentencia de la misma fecha que dice haber sido proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, Magistrada Ponente doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual se señaló, entre otras cosas, que en dicha oportunidad el actor pretendía la aplicación del régimen de transición previsto en el Decreto 1794 de 2000.

I.3 Pretensiones.

Solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la prevalencia del derecho sustancial, acceso a la Administración de Justicia y respeto a los derechos adquiridos y, en consecuencia, que se declare la nulidad parcial de las sentencias dictadas el 5 de agosto de 2013 y 7 de febrero de 2014, proferidas por el Juzgado Treinta Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el núm. 2012-00105-01 y se ordene a dichas autoridades judiciales proferir sendas sentencias que le ordenen a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidar su asignación mensual de retiro en cuantía de un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con lo

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

dispuesto en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto 1794 de 2000; que incluya el subsidio familiar en la cuantía en que lo devengó en actividad, como partida computable dentro de la asignación de retiro que actualmente devenga, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del citado Decreto y se liquide correctamente la prima de antigüedad en la asignación de retiro, según lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

I.4 Defensa.

El Ministerio de Defensa Nacional, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por conducto de apoderado, contestó la demanda en los siguientes términos:

Aseguró que la acción de tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial; que en el caso examinado no se presenta vulneración de derecho fundamental alguno; que las sentencias contra las cuales se dirige la presente acción hicieron tránsito a cosa juzgada y que la actividad administrativa de las Fuerzas Militares se ha enmarcado en la legalidad en cuanto se refiere al reconocimiento de la asignación de retiro.

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, contestó la demanda de la siguiente manera:

Se opuso a los argumentos de la tutela incoada, pues considera que no ha incurrido en vías de hecho porque las pretensiones del demandante se resolvieron con fundamento en las normas pertinentes, con la interpretación que les corresponde y a la luz de los principios de la sana crítica.

Explicó que la sentencia de segunda instancia, que revocó la del a quo para, en su lugar, denegar la totalidad de las pretensiones de reajuste de la asignación de retiro, obedeció al hecho de que al actor no le asiste tal derecho.

Aseguró que en el presente asunto no se configuran los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de tal manera que lo pretendido por el actor es tener acceso a una tercera instancia.

El Juez Treinta Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, solicitó tener en cuenta, como parte de su

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

defensa, los argumentos expresados en la sentencia de primera instancia por él proferida, cuya pérdida de efectos se pretende.

Agregó que la acción de tutela es improcedente para declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto núm. 4433 de 2004.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

Mediante sentencia de 8 de octubre de 2014, la Sección Quinta del Consejo de Estado, declaró la improcedencia de la acción de tutela, por considerar que no cumple el requisito de inmediatez, habida cuenta de que la sentencia de segunda instancia cuya pérdida de efecto pretende fue proferida el 7 de febrero de 2014, notificada el 19 del mismo mes y año y la solicitud de amparo se interpuso el 3 de septiembre de 2014, es decir, más de seis meses después, sin que se hayan expuesto los motivos que justifiquen la tardanza en el ejercicio de la acción.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

Inconforme con la decisión anterior, la demandante la impugnó, fundamentalmente por lo siguiente:

Alegó que, si bien es cierto que la presente acción se interpuso con posterioridad a los seis (6) meses siguientes a la notificación de la providencia que se pretende dejar sin efecto, también lo es que deben tenerse en cuenta sus especiales condiciones económicas, toda vez que es responsable del sustento de su hogar y lo que devenga por concepto de asignación de retiro es inferior a los \$800.000.00, mientras que otros soldados profesionales, que se encuentran en idénticas circunstancias a las suyas, han obtenido sentencias favorables que dan lugar al pago de \$1.500.000.00.

Por lo demás, en lo que tiene que ver con el fundamento normativo del derecho a la reliquidación a la que cree tener derecho, reiteró los argumentos de la demanda de tutela.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Un primer aspecto que interesa resaltar, es que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

(Expediente núm. 2009-01328, Actora: Nery Germania Álvarez Bello, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica y con miras a unificar la Jurisprudencia, luego de analizar la evolución jurisprudencial de la acción de tutela contra providencias judiciales tanto en la Corte Constitucional como en esta Corporación, concluyó que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala había sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen **antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004** (Expediente núm. AC-10203) han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales. De ahí que a partir de tal pronunciamiento se modificó ese criterio radical y se declaró la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, cuando se esté en presencia de la violación de derechos constitucionales fundamentales, debiéndose observar al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente.

En sesión de 23 de agosto de 2012, la Sección Primera adoptó como parámetros jurisprudenciales a seguir, los señalados en la sentencia

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, sin perjuicio de otros pronunciamientos que esta Corporación o aquella elaboren sobre el tema, lo cual fue reiterado en la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez (Expediente núm. 2012-02201-01).

En la mencionada sentencia la Corte Constitucional señaló los requisitos generales y especiales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, así:

“Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones^[4]. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iustfundamental* irremediable^[5]. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración^[6]. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora^[7]. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible^[8]. Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela^[9]. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas.

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

... Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^[10] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado^[11].

i. Violación directa de la Constitución.”

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

En el presente caso, el demandante pretende que se dejen sin efecto las **sentencias de 5 de agosto de 2013 y 7 de febrero de 2014**, proferidas por el Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-00105-01, por medio de las cuales se negó la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, entre otras irregularidades.

La sentencia de segunda instancia fue notificada personalmente el **19 de febrero de 2014**, según consta a folio 300 del cuaderno núm. 2, que contiene la copia total del Expediente núm. 2012-00105-01, y la presente acción de tutela fue radicada en la Secretaria del Consejo de Estado el **3 de septiembre de 2014**, es decir, aproximadamente siete (7) meses después de la notificación de la providencia contra la cual se promueve la acción de la referencia, por lo que, en principio, no cumpliría con el requisito de inmediatez que gobierna el ejercicio de la acción de tutela.

Sobre el punto, la Corte Constitucional ha precisado que en casos como el presente, el Juez debe verificar si la acción se instauró en

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración¹. Tal presupuesto va ligado con la finalidad del amparo que se pretende, el cual, en caso de transcurrir el tiempo y consumarse un daño, sería ineficaz.

En tal sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en la precitada sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014, estimó como razonable el término de 6 meses, sin perjuicio de que el mismo pueda variar ante circunstancias especiales, como ocurre, entre otras, cuando se trata de prestaciones periódicas, en aras de proteger los derechos al *"mínimo vital, la dignidad, la salud y la vida de sujetos de especial protección constitucional"*. Así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T- 374 de 18 de mayo de 2012, al referirse a la inaplicación del requisito de inmediatez cuando se trata de prestaciones periódicas de carácter vitalicio:

"... La jurisprudencia constitucional también ha dado un alcance específico al requisito de inmediatez en la interposición de la acción de tutela en este tipo de casos. Si bien a lo largo de sus pronunciamientos la Corte Constitucional ha exigido, como regla general, que entre el hecho que supuestamente da lugar a la violación o amenaza de derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela medie un término razonable, **el contenido mismo del requisito de inmediatez varía cuando se trata de una prestación periódica que, como**

¹ Sentencia T - 315 de 2005. Magistrado Ponente doctor: Jaime Córdoba Triviño.

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

las mesadas pensionales, se vincula directamente al ejercicio de los derechos fundamentales al mínimo vital, la dignidad, la salud y la vida de sujetos de especial protección constitucional. En suma, dado el carácter periódico y la particular importancia de las mesadas pensionales para el ejercicio de los derechos más básicos de los pensionados, la Corte ha considerado que la actualización continua de los perjuicios presentes y sustantivos derivados de la falta de indexación de la mesada resta relevancia al requisito de inmediatez en la presentación de la tutela. En otras palabras, como la afectación de los derechos fundamentales por la pérdida de poder adquisitivo de las pensiones se renueva mes a mes y día a día, en forma presente, las personas afectadas en su mínimo vital por esta situación pueden recurrir a la acción de tutela, cumpliendo eso sí con unas reglas que hacen admisible el que se haya prolongado en el tiempo la presentación de la acción.” (Negrilla fuera de texto).

Este criterio fue prolijado por la Sala en reciente sentencia proferida en el Expediente núm. 2013-02423-01, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

Ahora bien, comoquiera que en este caso, el demandante pretende que se dejen sin efecto las sentencias de primera y segunda instancia, que decidieron el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en aras de obtener la reliquidación de su asignación de retiro, la cual, según informa, no supera los \$800.000.00 y dado que alega que es responsable de su núcleo familiar, la Sala estima que resulta plenamente aplicable la tesis aludida en precedencia, de tal manera que se procederá al estudio de fondo, esto es, a verificar si los fallos acusados vulneraron o no

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

sus derechos fundamentales, por defecto sustantivo, aún cuando hayan transcurrido poco más de seis (6) meses después de la notificación de la última providencia judicial.

Precisado lo anterior, la Sala procede al análisis del problema jurídico que plantea el caso concreto, el cual consiste en verificar si las autoridades judiciales demandadas incurrieron en un defecto sustantivo, por inaplicación de las normas pertinentes, que dé lugar a otorgar el amparo deprecado.

Dicho análisis, se ceñirá a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que revocó parcialmente la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Treinta Administrativo de Oralidad de Bogotá, y denegó las pretensiones de la demanda. Ello, por cuanto en el fallo de segunda instancia se subsumen los motivos de reparo del actor, concretamente en dos aspectos: *i)* la indebida aplicación de la Ley en materia de reliquidación de la asignación de retiro, que, a su juicio, afectó doblemente la prima de antigüedad, y *ii)* la no inclusión del subsidio familiar como factor que debía tenerse en cuenta para el efecto.

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

A continuación se transcriben apartes pertinentes del citado fallo:

“Corresponde a la Sala desatar el recurso de alzada formulado contra la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, resolver los siguientes problemas jurídicos: i) Si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada con el 70% del salario mensual, y que sobre este valor, se adicione el porcentaje correspondiente a la prima de antigüedad, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; ii) Si es procedente que para efectos de la liquidación de la asignación de retiro del actor, la asignación salarial mensual se compute conforme lo previsto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; y iii) Si al actor le asiste el derecho a que el subsidio familiar sea incluido como partida computable dentro de la asignación de retiro de la cual es titular, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, respecto del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

...

Ahora, ya en materia pensional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció como partidas computables para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, la asignación básica y la prima de antigüedad y respecto de la primera de ellas, el numeral 13.2.1., consagró una remisión a lo señalado en el inciso 1º del artículo 1º del decreto 1794 de 2000, el cual según quedó visto, señala una asignación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 40%.

...

De otra parte, teniendo en cuenta lo expuesto por la parte demandada, la Sala interpreta que cuando el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004, establece que la asignación de retiro que se reconoce a los soldados profesionales, es equivalente al “setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad”, el término “adicionado” que dicha disposición emplea está haciendo referencia al salario mensual y no al porcentaje de liquidación de la prestación.

En esta perspectiva es claro que para establecer la cuantía de la asignación de retiro o profesional, debe sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

corresponde al 70%. Pretender que el 38.5% equivalente a la prima de antigüedad, se aplique al 70% del salario mensual, como lo sugiere el a quo, implica desconocer lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues se modificaría por esta vía el 70% que dicho precepto ha autorizado como única cuantía de la asignación de retiro.”

El actor asegura que el Tribunal demandado, al analizar la fórmula utilizada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para liquidar su asignación de retiro, desconoció los claros términos establecidos en artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Agrega que el Tribunal estimó que para calcular la asignación de retiro, debe sumarse el salario con el 38.5% de la prima de antigüedad y, al resultado, aplicarle el 70%, lo cual, asegura, es contrario a la norma transcrita, de manera que constituye un defecto sustantivo lesivo de sus derechos fundamentales.

El defecto sustantivo.

En la citada sentencia C-590 de 2005, la Corte definió el defecto sustantivo de una providencia judicial, como aquel que se produce cuando se *"decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión"*. En la sentencia

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

T-778 de 27 de julio de 2005 (Magistrado Ponente Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA), se desarrolló el tema estableciendo lo siguiente:

"Igualmente la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la violación al debido proceso por defecto sustantivo. La Corte ha delimitado el campo de aplicación de la violación al debido proceso por defecto sustantivo, señalando por ejemplo que se presenta "cuando en una providencia se desconocen las normas que son evidentemente aplicables al caso, cuando se realiza una interpretación de la normatividad que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica y cuando omite la aplicación de una regla definida por una sentencia con efecto erga omnes. En suma, el defecto sustantivo se configura cuando la interpretación y aplicación de la normatividad al caso concreto resulta contraria a los criterios mínimos de juridicidad y razonabilidad que orientan al sistema jurídico"^[103]. En la sentencia SU-159 de 2002^[104] se sintetizaron con mayor precisión los rasgos fundamentales de esta figura, así:

"La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto^[105], bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad^[106], (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional^[107], (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional^[108] o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador."

Más recientemente, en la sentencia T-462 de 2003, la Corte explicó que *"una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le*

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.^[109]

En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. 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 por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague **una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo **“adicionado”**.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo *“contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto viola el principio de igualdad al excluir el subsidio familiar de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que sí se incluye para la de los Oficiales y

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

Suboficiales, la Sección Segunda, Subsección B, de esta Corporación en sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente núm. 2013-01821-00, en un asunto idéntico al que ocupa la atención de la Sala, concluyó que no existe justificación para dicho trato desigual y, por lo tanto, la citada disposición debe ser inaplicada.

Al efecto, dijo la Sección Segunda del Consejo de Estado:

“La Asignación de Retiro

...

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

El derecho a la igualdad

...la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el “subsidio familiar” es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales “(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.”, es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental a la igualdad y en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Narces López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro del término de cuarenta (40) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, es decir, inaplicando por inconstitucional en este caso, la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar.”

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

Las consideraciones transcritas resultan plenamente aplicables al caso concreto, habida cuenta de que el Tribunal demandado, en el fallo de 7 de febrero de 2014, cuya pérdida de efecto se pretende por vía de la presente acción de tutela, estimó que:

“Finalmente, respecto de la inclusión del subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro ordenada por el a quo, dando aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la Sala advierte que la misma no resulta procedente por las razones que a continuación pasan a explicarse.

...

En el presente asunto la Sala observa que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, transcrito en párrafos anteriores, determina que son partidas computables dentro de la asignación de retiro de soldados profesionales, el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del citado estatuto, sin incluir el subsidio familiar que sí se encuentra previsto como partida computable para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Se evidencia entonces que dentro del catálogo taxativo que trae el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar efectivamente no se encuentra previsto como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como sí ocurre con los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Sin embargo tal circunstancia en criterio de la Sala no configura por sí misma, la vulneración del derecho a la igualdad que alega el demandante y que sirve de fundamento a la excepción de inconstitucionalidad invocada.”

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

Obsérvese que las razones que tuvo el operador jurídico demandado para negar la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro y para no aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que no existe violación del derecho fundamental a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, son idénticas a las que dieron lugar a conceder el amparo en el asunto resuelto por la Sección Segunda, cuyas consideraciones prohíja esta Sala en el caso concreto, para concluir que el Tribunal demandado debe proferir un nuevo fallo en el cual inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, como medida de protección del citado derecho fundamental.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará el fallo impugnado, y dispondrá la pérdida de efecto de la **sentencia de 7 de febrero de 2014**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0105-01, y se le ordenará que, en su lugar, dentro del término de cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva que

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo e inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, conforme a las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia impugnada y, en su lugar, se dispone: **TUTÉLANSE** los derechos fundamentales al mínimo vital y a la igualdad del señor **OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, dejáse sin efecto la **sentencia de 7 de febrero de 2014**, proferida por el Tribunal

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0105-01, y se le ordena que, en su lugar, dentro del término de cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo e inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, conforme a lo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMITASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en la sesión de 11 de diciembre de 2014.

REF: Expediente núm. 2014-02292-01. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO