

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo

El actor adujo que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo, por falta de aplicación del artículo 1, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000, que, a su juicio, establece que quienes, a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la condición de soldados voluntarios, y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales, tienen derecho a devengar un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60 %... Sería del caso analizar dichos argumentos. Sin embargo, la Sala observa que en la sentencia cuestionada no se resolvió de fondo la pretensión de reajuste del salario en un 20 %, pues, a juicio del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, en cuanto a esa puntual reclamación, CREMIL no estaba legitimada en la causa para comparecer como demandada al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho... La reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, mas no ante CREMIL, que, se insiste, únicamente se encarga de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho los miembros retirados de las fuerzas militares... En cuanto al reajuste en un 20 % del sueldo básico devengado pro el actor en actividad, la sentencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente.

SUBSIDIO FAMILIAR - Finalidad / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Providencia judicial cuestionada incurrió en desconocimiento del precedente / VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD - No inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro

El actor arguyó, además, que se desconoció el precedente fijado por la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, en casos similares, ordenó que se reconociera y pagara ese reajuste salarial... Para la Sala, la regla que subyace en la sentencia que se invoca como precedente obligatorio es la siguiente: Si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y sí en la de los oficiales y suboficiales. Por lo tanto, es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales... el objeto de ese beneficio no es otro distinto que servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a los soldados profesionales del mismo, a pesar de son los servidores que más lo necesita, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura del Ejército Nacional... En cuanto al reajuste de la asignación de retiro del actor, con inclusión del factor denominado subsidio familiar, la providencia atacada desconoció el precedente fijado en la sentencia del 17 de octubre de 2013 por la Sección Segunda de esta Corporación. La Sala amparará el derecho fundamental a la igualdad del actor y dejará sin valor y efecto jurídico la sentencia del 22 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, únicamente en lo que atañe a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1794 DE 2000 - ARTICULO 1 INCISO 2 / DECRETO 4433 DE 2004 - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Sobre el reajuste de la asignación de retiro de soldado profesional teniendo en cuenta el rubro de subsidio familiar, consultar sentencia del 17 de Octubre de 2013, de esta Corporación, exp. 2013-01821-00, M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00380-00(AC)

Actor: JAIRO JARABA MORALES

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA Y OTRO

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el señor Jairo Jaraba Morales contra las sentencias del 20 de septiembre de 2013 y el 22 de septiembre de 2014, proferidas, en su orden, por el Juzgado 23 Administrativo Oral de Medellín y el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Jairo Jaraba Morales, mediante apoderada judicial, presentó acción de tutela contra el Juzgado 23 Administrativo Oral de Medellín y el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, por cuanto estimó vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como los principios de prevalencia del derecho sustancial y de respeto por los derechos adquiridos. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“1. Que se TUTELEN los derechos fundamentales invocados y que están siendo vulnerados por el JUZGADO 23 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, D. C. (sic) y por EL H. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA, al proferir las sentencias de fecha 20 de septiembre de 2013 y 22 de septiembre de 2014, respectivamente, en virtud de las cuales se negó el reajuste de la asignación de retiro del actor.”

2. Que como consecuencia de la tutela de los derechos fundamentales invocados se declare la NULIDAD PARCIAL de las sentencias antes referidas, en cuanto le negaron al actor el derecho al reajuste de su asignación de retiro.

3. Que, una vez ordenada la nulidad parcial solicitada, se ordene que se profiera nueva Sentencia en virtud de la cual se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES se liquide su asignación mensual en cuantía de un salario mínimo incrementado en un 60%, de conformidad con el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 y 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, para liquidar la asignación de retiro del actor.

4. Que se advierta a las Entidades tuteladas, sobre las consecuencias que conlleva el incumplimiento de la providencia que su Despacho profiera”¹.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca la siguiente información:

Que el señor Jairo Jaraba Morales prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 10 meses y 3 días, así:

- Del 13 de diciembre de 1990 al 20 de junio de 1992, como soldado regular
- Del 21 de junio de 1992 al 31 de octubre de 2003, en calidad de soldado voluntario
- Del 1º de noviembre de 2003 al 29 de noviembre de 2011, como soldado profesional

Que, por Resolución No. 5527 del 18 de noviembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL) le reconoció asignación de retiro al señor Jaraba Morales, en cuantía del 70 % del salario mensual, adicionado con un 38,5 %, por concepto de prima de antigüedad, efectiva a partir del 30 de noviembre de 2011.

Que, el 21 de febrero de 2012, el señor Jaraba Morales solicitó a CREMIL lo siguiente:

- i) Que se reconociera y pagara el reajuste salarial del 20 %, surgido de la diferencia entre el monto que devengaba como soldado voluntario y el

¹ Folio 1 vto. del expediente.

salario que se le empezó a pagar como soldado profesional. Asimismo, pidió el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales a que tiene derecho, desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la fecha de retiro del servicio.

- ii) Que se revisara el monto de la asignación de retiro, por cuanto se liquidó equivocadamente, es decir, sobre el 70 % de la sumatoria entre el sueldo básico y el 38,5 % de la prima de antigüedad. Que, sin embargo, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prevé que la asignación de retiro corresponde al 70 % del salario básico, adicionado con un 38,5 % de la prima de antigüedad, lo que implica que esa prima no se afecta con el 70 %.
- iii) Que, en virtud del principio de igualdad, se reajustara la asignación de retiro, con inclusión del factor denominado subsidio familiar.

Que, mediante oficio del 16 de abril de 2012, CREMIL negó la solicitud del actor, decisión que fue confirmada por oficio del 7 de junio de 2012.

Que, por lo anterior, el señor Jaraba Morales promovió acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 23 Administrativo Oral de Medellín, que, mediante sentencia del 20 de septiembre de 2013, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, así:

En cuanto a la pretensión de reajuste en un 20 % de la asignación básica mensual percibida en actividad, señaló que el demandante debió agotar la vía gubernativa ante el Ministerio de Defensa Nacional, que es el encargado de pagar los salarios de los miembros de la fuerza pública. Que CREMIL no tiene legitimación en la causa por pasiva, por cuanto es la responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones de la persona en retiro.

Con respecto a la prima de antigüedad, concluyó que la interpretación que efectuó CREMIL del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 era incorrecta y, en consecuencia, le ordenó que liquidara la asignación de retiro del actor sobre el 70 % del sueldo básico, adicionado con un 38,5 % de la prima de antigüedad.

Finalmente, inaplicó por inconstitucionales los artículos 13, parágrafo, y 16 del Decreto 4433 de 2004. En consecuencia, **ordenó el reajuste de la asignación de**

retiro, con inclusión del subsidio familiar, por cuanto estimó que el trato diferenciado entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, cuyas asignaciones de retiro sí se calculan con el subsidio familiar, no tiene justificación normativa y fáctica y “carece de un objetivo constitucionalmente razonable”.

Que, inconformes con esa decisión, el señor Jairo Jaraba Morales y CREMIL interpusieron recurso de apelación.

Que, por sentencia del 22 de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, confirmó el fallo apelado, en cuanto **i)** a la falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL frente a la pretensión de reajuste del 20 % del sueldo básico y **ii)** al cálculo correcto de la prima de antigüedad en la asignación de retiro.

No obstante, el tribunal revocó el fallo de primera instancia “*en lo que respecta a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del demandante*”², por cuanto, en su criterio, el trato diferenciado entre los soldados profesionales los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares encuentra justificación en que “*la experiencia, preparación y responsabilidades que (se) les asigna a unos y otros son distintas, dadas las labores y especialidades desempeñadas por cada una de esta categorías de servidores*”³

3. Argumentos de la tutela

A juicio del señor Jairo Jaraba Morales, las sentencias del 20 de septiembre de 2013 y del 22 de septiembre de 2014, proferidas, en su orden, por el Juzgado 23 Administrativo Oral de Medellín y el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda Oralidad, vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por las razones que la Sala resume así:

3.1. En cuanto al reajuste salarial del 20 %

² Folio 21 del cuaderno anexo.

³ Folio 19 vto. del cuaderno anexo.

Que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en defecto fáctico, por cuanto *“no se detuvo en el análisis del precepto legal que establece del derecho salarial del demandante a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado (sic) en un 60%, esto es el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000”*⁴.

Adicionalmente, adujo que las sentencias cuestionadas adolecen de defecto sustantivo porque en lugar de estudiar si el artículo 1º, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000 era aplicable a su caso particular, interpretó equivocadamente la demanda para concluir que, al incorporarse como soldado profesional, el actor no desmejoró sus condiciones salariales.

Que, de haberse analizado el artículo 1º, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000, *“seguramente hubiese sido diferente la decisión adoptada y se habría accedido a las pretensiones de la demanda”*⁵, pues el actor reunía los requisitos⁶ para continuar devengando un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un 60 %.

Finalmente, manifestó que las sentencias atacadas desconocieron el precedente fijado por la Sección Quinta del Consejo de Estado⁷ y la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸, que, en casos similares, sí ordenaron el reajuste salarial reclamado.

3.2. En cuanto al reajuste de la asignación de retiro, con inclusión del subsidio familiar

Que el tribunal demandado debió invocar la excepción de constitucionalidad e inaplicar los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, pues esas normas ponen a los soldados profesionales en situación de desigualdad frente a los demás miembros de la fuerza pública.

Según el actor, los soldados profesionales son los únicos miembros al servicio de

⁴ Folio 14 vto. del expediente de tutela. Si bien la demandante invocó el defecto fáctico, de los argumentos expuestos, la Sala infiere que se trata del defecto sustantivo y así se estudiará en la parte considerativa de esta sentencia.

⁵ Folio 15 del expediente de tutela.

⁶ Esto es, **i)** haberse desempeñado como soldado voluntario; **ii)** ostentar la condición de soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000, y **iii)** haber sido aceptado como soldado profesional.

⁷ Sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013. M.P. Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez.

⁸ La actora identificó las providencias así: **i)** sentencia del 31 de mayo de 2014. Subsección F en descongestión. Demandante: Fabio Alberto Yanes Cantero, **ii)** sentencia del 14 de junio de 2012, Subsección A. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana.

las fuerzas militares que no gozan del subsidio familiar en la asignación de retiro. Que, incluso, en las pensiones del personal civil del Ministerio de Defensa también se incluye dicha partida.

Que si bien existen notorias diferencias entre los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y los soldados profesionales, lo cierto es que las condiciones de inferioridad en que estos últimos se encuentran justifican la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.

Que, en efecto, los soldados profesionales **i)** devengan el salario más bajo de las fuerzas militares; **ii)** sufren directamente los vejámenes de la guerra, pues a diario enfrentan a los grupos armados que operan en el país; y **iii)** tienen pocas posibilidades de realizar cursos de capacitación y, por ende, de ascender, a diferencia de los oficiales y suboficiales, que frecuentemente realizan cursos de ascenso, lo que les permite mejorar sus condiciones salariales.

Por último, el demandante adujo que la sentencia del 17 de octubre de 2013⁹, dictada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, constituye precedente aplicable en el *sub lite*, en tanto que, en un caso similar, ordenó al Tribunal Administrativo del Tolima que accediera al reajuste de la asignación de retiro de un soldado profesional, con inclusión del subsidio familiar, previa inaplicación de los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, por ser contrarios al postulado constitucional de la igualdad.

4. Intervención de las autoridades judiciales demandadas

4.1. Juzgado 23 Administrativo Oral de Medellín

La juez titular del despacho, luego de hacer un recuento de lo ocurrido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pidió que lo expuesto en la sentencia cuestionada se tuviera en cuenta como argumentos de defensa frente a la demanda de tutela presentada por el señor Jairo Jaraba Morales.

4.2. Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad

⁹ M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente No.: 11001-03-15-000-2013-01821-00.

El magistrado ponente de la sentencia cuestionada pidió que se denegara por improcedente el amparo pedido. En concreto, adujo que lo pretendido por el señor Jairo Jaraba Morales es convertir la tutela en una instancia adicional del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de remover el valor de la cosa juzgada que cobija a la providencia del tribunal y que, en consecuencia, se ordene proferir una nueva decisión que favorezca sus intereses.

Que, de todos modos, en cuanto al reajuste de la asignación de retiro, con inclusión del subsidio familiar, el tribunal concluyó que *“no se vulnera el derecho a la igualdad del accionante, pues, la decisión de brindar un trato diferente entre los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y los Soldados Profesionales por la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para éstos (sic) últimos, no se encuentra desprovista de una razón jurídica legítima, en razón de que los mismos tienen regímenes prestacionales y salariales diferentes que implican diversos beneficios para ambos”*¹⁰.

Que ese planteamiento no desconoce las normas aplicables al caso ni desconoce los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica y, por ende, el fallo censurado no adolece de ningún vicio o defecto que haga procedente la acción de tutela.

5. Intervención de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL (entidad demandada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho)

A pesar de que fue notificado del auto admisorio de la tutela¹¹, el director de CREMIL guardó silencio frente a la solicitud de amparo presentada por el señor Jairo Jaraba Morales.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de

¹⁰ Folio 42 del expediente de tutela.

¹¹ Ver folio 27 del expediente de tutela.

cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales, en cuanto no fue creada para tal efecto. Que, además, no era el medio para discutir providencias judiciales porque el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, que reguló la acción de tutela, y que la permitía, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-543 de 1992.

No obstante, en sentencia del 31 de julio de 2012, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación aceptó la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, conforme con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional. De hecho, en la sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014¹², se precisó que la acción de tutela es procedente para cuestionar, incluso, providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra cualquier autoridad pública. Sobre el particular, la Sala Plena explicó:

“2.1.11.- Entonces, en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela sí procede contra las providencias del Consejo de Estado, materializadas en autos y sentencias, en la medida en que la Corporación hace parte de una de las ramas del poder público –Rama Judicial-, conforme con los artículos 113 y 116 de la Constitución y, por tanto, es una autoridad pública.

Aceptar la procedencia de la acción de tutela contra las providencias del Consejo de Estado, no es otra cosa que aceptar la prevalencia de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, desarrollar los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1, 2, 4, 6, 121 y 230. Constitucionales.

¹² Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A. Demandado: Consejo de Estado – Sección Primera. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

2.1.12.- *No puede perderse de vista que los autos y sentencias que profieren los jueces de las distintas jurisdicciones, incluidos los órganos que se encuentran en la cúspide de la estructura judicial, pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas”.*

Empero, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, toda vez que los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones judiciales y, por tanto, no puede admitirse la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, sin mayores excepciones.

Para aceptar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entonces, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005, así:

“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.

(...)

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 iusfundamental irremediable. 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 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. 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.

(...)

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. 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. 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”.

Esos son los requisitos procesales o de procedibilidad de la acción de tutela.

Además, una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: **(i)** defecto sustantivo, **(ii)** defecto fáctico, **(iii)** defecto procedimental absoluto, **(iv)** defecto orgánico, **(v)** error inducido, **(vi)** decisión sin motivación, **(vii)** desconocimiento del precedente y **(viii)** violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

“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 o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. 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.

f. 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.

g. 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.

h. Violación directa de la Constitución”.

Y esos defectos son los que autorizarían la concesión del amparo o de la tutela contra providencias judiciales.

Por último, conviene decir que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. No son suficientes las simples inconformidades con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que el interesado debe demostrar que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Es de esa manera que podría abordarse el estudio de una providencia judicial mediante el mecanismo excepcional de la tutela.

2. Del caso particular

Para decidir la controversia, en principio, la Sala verificará si la presente solicitud de amparo cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Si los cumple, examinará si las acusaciones formuladas contra las sentencias se basan en las llamadas causales específicas de procedibilidad, que miran más hacia la prosperidad de la tutela. La Sala formulará los problemas jurídicos a resolver, analizará los argumentos expuestos por las partes, así como las pruebas del caso, y, finalmente, dictará el fallo que corresponda.

3. De los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales

De acuerdo con la metodología planteada, pasa la Sala a determinar si es procedente estudiar de fondo los argumentos expuestos por la parte actora. Para el efecto, verificará el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en el caso concreto, conforme con el test fijado por la Corte Constitucional.

- **De la relevancia constitucional:** la cuestión que aquí se discute sí tiene relevancia constitucional, toda vez que el señor Jairo Jaraba Morales alegó que el Juzgado 23 Administrativo Oral de Medellín y el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, desconocieron los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, derechos tradicionalmente relevantes en la institución de la acción de tutela. En especial, el asunto tiene relevancia porque los defectos o vicios de los que supuestamente adolecen las providencias cuestionadas impidieron que el señor Jaraba Morales incrementara tanto el salario que percibía en actividad como el monto de la asignación de retiro que actualmente devenga.
- **De la inmediatez:** la tutela cumple con el requisito de inmediatez, por cuanto fue presentada el 9 de febrero de 2015¹³ y la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, que culminó el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se notificó por vía electrónica el 24 de septiembre de 2014¹⁴. Es decir, el demandante dejó transcurrir menos de 6 meses para presentar la solicitud de amparo, tiempo que es razonable.
- **Del agotamiento de los mecanismos de defensa judicial:** la Sala estima que la parte actora no cuenta con otro medio de defensa para controvertir las sentencias objeto de tutela, pues se agotaron los recursos disponibles en el proceso ordinario.

¹³ Contraportada del expediente de tutela.

¹⁴ Según información registrada en el sistema de consulta de procesos de la página web de la rama judicial <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/>. Demandante: Jairo Jaraba Morales. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Número del proceso consultado: 05001333302320130022801. Fecha y hora de consulta: 9 de abril de 2015, a las 5:34 p.m.

- Finalmente, **las sentencias cuestionadas no fue proferida en un proceso de tutela**, sino en un ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho.

Están, pues, cumplidos los requisitos generales y, por ende, pasa la Sala a estudiar los requisitos especiales para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales.

4. De las causales específicas para la prosperidad de la tutela contra providencias judiciales en el caso concreto

4.1. Del defecto sustantivo, por falta de aplicación de la norma¹⁵

Lo primero que conviene decir es que, en general, el defecto sustantivo es una forma auténtica de violación directa de la ley (norma), que, a su vez, ocurre por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea.

Por lo general, la falta de aplicación de una norma ocurre cuando el juzgador ignora su existencia o porque, a pesar de que la conoce, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador examina la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. Ese es un evento típico de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso y no se hizo valer en la parte resolutive de la sentencia.

La aplicación indebida, por su parte, ocurre cuando el precepto o preceptos jurídicos, que se hacen valer, se usan o aplican, a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. Por ejemplo, porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional.

¹⁵ Ver nota 4.

Y, finalmente, la interpretación errónea sucede cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. Es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna a la norma o normas un sentido o alcance que no le corresponde.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional dice que el defecto sustantivo se presenta cuando¹⁶: **(i)** la decisión judicial se sustenta en una norma inaplicable al caso concreto; **(ii)** a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución y la ley le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido el alcance de la norma; **(iii)** la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; **(iv)** la norma aplicable al caso concreto es desatendida y, por ende, inaplicada, o **(v)** a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la que se aplicó.

4.2. Del desconocimiento del precedente judicial

Cuando se hace referencia al precedente judicial se alude a la forma en que un caso similar ya ha sido resuelto en el pasado y que sirve como referente para que se decidan otros conflictos semejantes. Ese precedente, por su pertinencia, debe ser considerado por el juez al momento de decidir el nuevo caso.

La Corte Constitucional ha dicho que la aplicación del precedente judicial implica que¹⁷: *“un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”*.

¹⁶ Ver sentencias T-804 de 1999, T-522 de 2001, T- 189 de 2005, T-244 de 2007 y T-972 de 2007.

¹⁷ Sentencia T-158 de 2006.

Ahora bien, el precedente judicial es de dos tipos: **(i)** el horizontal, que incluye las decisiones que dictó el mismo juez u otro de igual jerarquía, y **(ii)** el vertical, que está conformado por las decisiones de los jueces de superior jerarquía, en especial, las decisiones de los órganos de cierre de cada jurisdicción.

En cuanto al precedente vertical, la Corte Constitucional ha dicho que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía —y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones— no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de ineludible cumplimiento. Es decir, para garantizar un mínimo de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, los funcionarios judiciales se encuentran vinculados a la regla jurisprudencial que haya fijado el órgano de cierre de cada jurisdicción.

Dicho de otro modo: las situaciones fácticas iguales deben decidirse conforme con la misma solución jurídica que ha previsto el órgano de cierre de cada jurisdicción, a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente. Cuando un juez no aplica la misma razón de derecho ni llega a la misma conclusión jurídica al analizar los mismos supuestos de hecho, incurre en una vía de hecho y, de contera, viola el derecho a la igualdad.

No obstante la importancia de la regla de vinculación del precedente judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que esa sujeción no es absoluta, pues no se puede desconocer la libertad de interpretación que rige la actividad judicial. Simplemente se busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma.

Por esa razón, se ha advertido que el funcionario judicial puede apartarse de su propio precedente o del precedente fijado por el superior jerárquico, siempre que explique de manera expresa, amplia y suficiente las razones por las que modifica su posición, de ahí que al juez corresponde la carga argumentativa de la separación del caso resuelto con anterioridad.

En cuanto al precedente horizontal, y en especial al que atañe a las providencias que dictan los jueces de igual jerarquía, conviene decir que la observancia no es tan rigurosa como la que se predica del precedente vertical, pues, es apenas comprensible que, en virtud de la autonomía judicial, entre jueces de la misma

jerarquía existan criterios de interpretación y decisión distintos frente a casos análogos. Es en ese momento, entonces, que la decisión del superior jerárquico o del órgano de cierre, según el caso, adquiere capital importancia para efectos de preservar la seguridad jurídica y garantizar el derecho fundamental a la igualdad, en tanto que fija una regla jurisprudencial de decisión frente a casos análogos y, por contera, unifica la disparidad de criterios existente entre los inferiores jerárquicos.

Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que el juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical cuando: “(i) *en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues ‘sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia’*¹⁸; y (ii) *expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo*”¹⁹.

En resumidas cuentas, para examinar la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, por desconocimiento del precedente judicial, se deben observar las siguientes reglas²⁰:

- (i) El demandante debe identificar el precedente judicial que se habría desconocido y exponer las razones por las que estima que se desconoció²¹.

¹⁸ “Sentencia T-688 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Además, en esta oportunidad se sostuvo: ‘El ciudadano tiene derecho a que sus jueces tengan en mente las reglas judiciales fijadas con anterioridad, pues ello garantiza que sus decisiones no son producto de apreciaciones ex novo, sino que recogen una tradición jurídica que ha generado expectativas legítimas. Proceder de manera contraria, esto es, hacer caso omiso, sea de manera intencional o por desconocimiento, introduce un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de seguridad jurídica, ahora sí, producto de decisiones que han hecho tránsito a cosa juzgada y que han definido rationes decidendi, que los ciudadanos legítimamente siguen’”.

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias T-014 de 2009, T-777 de 2008, T-571 de 2007, T-049 de 2007, T-440 de 2006, T-330 de 2005, T-698 de 2004, T-688 de 2003 y T-468 de 2003.

²⁰ Sobre el tema, ver entre otras, la sentencia T-482 de 2011.

²¹ Sobre el tema, la Corte Constitucional ha dicho: “la existencia de un precedente no depende del hecho de que se haya dictado una sentencia en la cual se contenga una regla de derecho que se estime aplicable al caso. Es necesario que se demuestre que efectivamente es aplicable al caso, para lo cual resulta indispensable que se aporten elementos de juicio –se argumente– a partir de las sentencias. Quien alega, tiene el deber de indicar que las sentencias (i) se refieren a situaciones similares y (ii) que la solución jurídica del caso (su ratio decidendi), ha de ser aplicada en el caso objeto de análisis. También podrá demandarse la aplicación del precedente, por vía analógica” (se destaca).

- (ii) El juez de tutela debe confirmar la existencia del precedente judicial que se habría dejado de aplicar. Esto es, debe identificar si de verdad existe un caso análogo ya decidido.
- (iii) Identificado el precedente judicial, el juez de tutela debe comprobar si se dejó de aplicar.
- (iv) Si, en efecto, el juez natural dejó de aplicarlo, se debe verificar si existen diferencias entre el precedente y el conflicto que decidió, o si el juez expuso las razones para apartarse del precedente judicial. Si existen diferencias no habrá desconocimiento del precedente judicial. Aunque los casos sean similares, tampoco habrá desconocimiento del precedente si el juez expone las razones para apartarse.
- (v) El precedente judicial vinculante es aquel que se encuentra ligado a la razón central de la decisión (*ratio decidendi*). La razón central de la decisión surge de la valoración que el juez hace de las normas frente a los hechos y el material probatorio en cada caso concreto²².
- (vi) Si no se acató el precedente judicial la tutela será procedente para la protección del derecho a la igualdad.

5. Problemas jurídicos

La Sala no se ocupará del tema relacionado con la afectación de la prima de antigüedad al momento de liquidar la asignación de retiro, por cuanto no fue objeto de reproche en la demanda de tutela. De hecho, las autoridades judiciales demandadas accedieron a la pretensión de calcular el monto de la asignación de retiro sobre el 70 % de la asignación básica, adicionado en un 38,5 % de la prima de antigüedad.

Entonces, en los términos de la solicitud de amparo, los problemas jurídicos que la Sala debe resolver son los siguientes:

5.1. En cuanto al reajuste salarial del 20 %

Si las autoridades judiciales demandadas incurrieron en:

²² Para la Corte Constitucional, la *ratio decidendi* es “la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica. Es, si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive” Ver, por ejemplo, la sentencia T-443 de 2010.

i) **Defecto sustantivo**, por falta de aplicación del artículo 1º, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000, norma que, a su juicio, establece que quienes, a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la condición de soldados voluntarios, y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales, tienen derecho a devengar un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60 %.

ii) **Desconocimiento del precedente** de la Sección Quinta del Consejo de Estado y de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, en casos similares²³, ordenaron que se reconociera y pagara el reajuste salarial reclamado.

5.2. En cuanto al reajuste de la asignación de retiro, con inclusión del subsidio familiar

Si el tribunal demandado desconoció el precedente fijado en la sentencia de tutela del 17 de octubre de 2013, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado (M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez), que, en un caso similar, estableció que no existe justificación para el trato desigual que se les da a los soldados profesionales, al negarles la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

6. Solución de los problemas jurídicos

Conviene señalar que, para resolver los problemas jurídicos formulados, la Sala se referirá únicamente a la sentencia del 22 de septiembre de 2014, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda Oralidad, teniendo en cuenta que los reparos del actor versa sobre el reajuste del salario en un 20 % y la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

En lo pertinente, la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, frente al reajuste salarial dijo:

“3.2.1. Competencias de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-. Falta de legitimación en la causa para liquidar y reconocer las

²³ Ver notas de pie de página 6 y 7.

asignaciones básicas de los miembros de las Fuerzas Militares en servicio activo.

Sea lo primero definir lo atinente al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en lo que se refiere a la pretensión de reconocimiento del reajuste de la asignación básica mensual del señor JARABA MORALES, para el momento en que se encontraba en servicio activo, dando aplicación al Parágrafo Segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, en tanto para liquidar la asignación básica del demandante se habría tomado el salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad voluntarios, la asignación mensual se debía liquidar con el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Frente a dicha pretensión, consideró el Juzgado de Primera Instancia que cuando se trata de solicitudes de reliquidación de las asignaciones de retiro, la entidad competente para atender las mismas es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, sin embargo, en el caso de solicitudes de reconocimiento o reliquidación de las asignaciones del personal en servicio activo, como sucede en el presente caso, señaló que son las mismas Fuerzas Militares quienes fijan los salarios de sus integrantes, por lo que dicha petición no podría ser resuelta por la entidad demandada, toda vez que quien interpreta las normas para hallar el salario a devengar por los soldados profesionales es el ente nominador, siendo que la entidad demandada no tiene tales competencias.

(...)

En el caso concreto, se tiene que la naturaleza jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- corresponde a la de un establecimiento público del orden nacional, creado por la Ley 75 de 1925, adscrito al Ministerio de Defensa, dotado de personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, entidad independiente de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

Así mismo, CREMIL tiene como objeto básico el de reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, así como la sustitución pensional a los beneficiarios, y contribuir al desarrollo de las políticas de seguridad social que adopte el Gobierno Nacional, de tal manera, la entidad demandada es la encargada de reconocer las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares que pasan a situación de retiro y el Ministerio de Defensa Nacional se encarga, entre otras cosas, de las prestaciones que se causan para dicha población cuando se encuentran en servicio activo, tal como lo define el numeral 10º del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, el cual indica en su tenor literal:

ARTÍCULO 3º. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

3.10. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.

(...)

Ahora bien, como ya se dijo, una de las pretensiones de la parte demandante es la reliquidación del monto de su asignación básica mensual

para el momento en que se encontraba activo, pues en su sentir, para su caso concreto no resultaban aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 16 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, en tanto la aplicación de tales normas desmejoraba sus condiciones laborales pues disminuía el valor de su asignación básica, la cual venía liquidándose según lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1793 (sic) de 2000, sin embargo, para la Sala resulta claro que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- no se encuentra sustancialmente legitimada para oponerse a tal pretensión, pues dentro de sus funciones legales no se encuentra la de reconocer las asignaciones que en actividad devenguen los miembros de las Fuerzas Militares ni en su forma de liquidación, pues sus funciones se circunscriben a lo relativo al reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro, por tanto, le asiste razón a la A quo cuando declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la entidad demandada.

(...)

De tal manera, se confirmará la sentencia recurrida en lo que respecta a dicha pretensión y se desestimaré el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Y, en cuanto al subsidio familiar, el tribunal explicó:

“3.2.3. El Subsidio Familiar en el caso de los Soldados Profesionales. Régimen Salarial y Prestacional de los Soldados Profesionales, Violación del Derecho a la Igualdad. Caso Concreto.

La Fuerza Pública, por mandato constitucional expreso, ha de contar con un régimen prestacional propio, pues así lo determinó el constituyente de 1991 (...)

Ahora bien, tratándose de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, fue el Decreto 1793 de 2000 el que estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, definiendo a los Soldados Profesionales de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

(...)

Por otra parte, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la facultad reglamentaria conferida por la Ley 923 de 2004, por medio de la cual se fijaron normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en donde, en lo que respecta a la asignación de retiro de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, indicó en su artículo 16 lo siguiente:

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.

Así mismo, el artículo 13.2 de la norma en comento estableció como partidas computables en lo que corresponde a la asignación de retiro de los Soldados profesionales el 'salario mensual en los términos del inciso primero del artículo del Decreto-ley 1794 de 2000' y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en ese mismo estatuto, es decir, no se incluyó para su cómputo el subsidio familiar.

Por su parte, el artículo 13.1, al establecer las partidas computables para el cálculo de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, incluyó el subsidio familiar, tal como pasa a verse:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Finalmente, en lo que refiere al cómputo del subsidio familiar para efectos prestacionales, el artículo 5 del Decreto 4433 de 2004 establece lo siguiente:

ARTICULO 5o. Cómputo de la partida del subsidio familiar. 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.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

De las normas en comento, resulta evidente para la Sala que los Soldados Profesionales no tienen derecho a que el subsidio familiar sea computado como partida para efectos de liquidar la asignación de retiro, pues como ya se vio, para el caso de esto servidores no se encuentra incluida legalmente dicha prestación para efectos de la citada asignación, a diferencia de lo previsto respecto de los Suboficiales y Oficiales de la (sic) Fuerzas Militares a quienes sí se les computa este beneficio como partida dentro de su asignación de retiro.

(...)

Descendiendo al caso concreto, encuentra la Sala que el trato diferenciado establecido por el Legislador en el caso de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares respecto de los Soldados Profesionales, encuentra

justificación desde el punto de vista que la experiencia, preparación y responsabilidades que les asigna a unos y otros son distintas, dadas las labores y especialidades desempeñadas por cada una de esta categorías de servidores, de donde se desprende (sic) unos regímenes prestacionales distintos con ventajas y desventajas para cada uno.

(...)"²⁴.

6.1. Reajuste salarial del 20 %

El señor Jairo Jaraba Morales adujo que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo, por falta de aplicación del artículo 1º, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000, que, a su juicio, establece que quienes, a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la condición de soldados voluntarios, y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales, tienen derecho a devengar un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60 %.

El señor Jaraba Morales arguyó, además, que se desconoció el precedente fijado por la Sección Quinta del Consejo de Estado y la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, en casos similares, ordenó que se reconociera y pagara ese reajuste salarial.

Sería del caso analizar dichos argumentos. Sin embargo, la Sala observa que en la sentencia cuestionada no se resolvió de fondo la pretensión de reajuste del salario en un 20 %, pues, a juicio del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, en cuanto a esa puntual reclamación, CREMIL no estaba legitimada en la causa para comparecer como demandada al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, el tribunal demandado sostuvo que, conforme con lo previsto en el artículo 3º de la Ley 923 de 2004²⁵, CREMIL cumple labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, mas no es responsable de la remuneración de los miembros activos de la fuerza pública, que es una obligación del Ministerio de Defensa Nacional.

Para la Sala, tal conclusión es razonable, ponderada y está desprovista de arbitrariedad o capricho, pues, de acuerdo con la normativa citada en la sentencia atacada, no cabe duda de que CREMIL no es la autoridad competente para

²⁴ Folios 16 a 19 vto. del cuaderno anexo.

²⁵ La norma se encuentra citada en la sentencia cuestionada, que se transcribió anteriormente.

atender las reclamaciones relacionadas con el reajuste de la asignación básica devengada por los miembros activos de las fuerzas militares.

La reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mas no ante CREMIL, que, se insiste, únicamente se encarga de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho los miembros retirados de las fuerzas militares.

6.2. Reajuste de la asignación de retiro, con inclusión del subsidio familiar

Para determinar si el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, desconoció el precedente fijado en la sentencia del 17 de octubre de 2013, dictada por la Sección Segunda de esta Corporación (M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez), es preciso citar, en lo pertinente, tal providencia:

“(...) En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en 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.

(...)”.

Para la Sala, la regla que subyace en la sentencia que se invoca como precedente obligatorio es la siguiente:

Si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y sí en la de los oficiales y suboficiales.

Por lo tanto, es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

El Tribunal Administrativo de Antioquia desatendió la anterior regla jurisprudencial, pues negó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, con el argumento de que la “*experiencia, preparación y responsabilidades*” exigidas para desempeñarse como soldado profesional son distintas a las de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

A juicio de la Sala, esa razón desconoce que el objeto de ese beneficio no es otro distinto que servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a los soldados profesionales del mismo, a pesar de son los servidores que más lo necesita, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura del Ejército Nacional.

Están resueltos, pues, los problemas jurídicos planteados:

- i) En cuanto al reajuste en un 20 % del sueldo básico devengado pro el señor Jairo Jaraba Morales en actividad**, la sentencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo ni en desconocimiento del precedente.
- ii) En cuanto al reajuste de la asignación de retiro del actor, con inclusión del factor denominado subsidio familiar**, la providencia atacada desconoció el precedente fijado en la sentencia del 17 de octubre de 2013 por la Sección Segunda de esta Corporación.

La Sala amparará el derecho fundamental a la igualdad del señor Jairo Jaraba Morales y dejará sin valor y efecto jurídico la sentencia del 22 de

septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, únicamente en lo que atañe a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro. En consecuencia, le ordenará que, dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva decisión en la que inaplique por inconstitucional la disposición que excluye el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **AMPARAR** el derecho fundamental a la igualdad del señor Jairo Jaraba Morales. En consecuencia, se dispone:
2. **DEJAR** sin valor y efecto jurídico la sentencia del 22 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, únicamente en lo referente a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.
3. **ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, que, en los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva decisión en la que inaplique por inconstitucional la disposición que excluye el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
4. Si no se impugna, **ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ