

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Configuración del defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 / VULNERACION DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD Y ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Doble afectación de la prima de antigüedad en el cálculo de la asignación de retiro**

A juicio del demandante, la providencia atacada incurrió en defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado. Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos... 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 norma transcrita con la puntuación que precede al verbo adicionado... En tal sentido, esta Colegiatura 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 es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó 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, 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 y lógico entendimiento del mismo... De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que no existe duda sobre la indebida interpretación que hizo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, es claro que, además del desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, se incurrió en el defecto aludido por el actor.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 4433 DE 2004 - ARTICULO 16

**NOTA DE RELATORIA:** respecto a la aplicación de la norma mencionada se puede consultar la sentencia del Consejo de Estado de la Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, exp. 2015-00801-00.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION CUARTA**

**Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00822-00(AC)**

**Actor: JAIRO MENDOZA MENDOZA**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION C**

Decide la Sala la acción de tutela presentada por el señor Jairo Mendoza Mendoza contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

**ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones.**

El señor Jairo Mendoza Mendoza, en nombre propio, instauró acción de tutela contra la citada autoridad judicial, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a la administración de justicia. En consecuencia formuló las siguientes pretensiones:

*“Primera. Dejar sin efectos la sentencia del 12 de febrero del presente año proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección ‘C’ y, en consecuencia, se ordena (sic) a esa autoridad judicial que en un término prudencial, dicte un fallo que tenga en cuenta los lineamientos aquí expuestos, en concordancia con los principios Constitucionales en los relacionado con las pretensiones de la demanda.*

*Segunda. Que se tutele el derecho a que mi asignación de retiro sea liquidada de conformidad a lo establecido en el artículo 16° del decreto 4433 de 2004, que indica que al 70% de la asignación básica se le adicione el 38.5% de prima de antigüedad.” (f. 12)*

**2. Hechos**

Se advierten como hechos relevantes los siguientes:

Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 3030 del 15 de mayo de 2012, le reconoció asignación de retiro.

Que el 16 de agosto de 2013, solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, pues consideró que no se le dio correcta aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en lo relacionado con la liquidación de la prestación, solicitud que fue

atendida de manera negativa, mediante Oficio N° CREMIL 72252 DEL 29 DE AGOSTO DE 2013.

Que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó que se declarara la ilegalidad del acto administrativo que le negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro.

Que el Juzgado 28 Administrativo Oral de Bogotá, en sentencia del 29 de abril de 2015, accedió a las pretensiones de la demanda.

Que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en sentencia del 12 de febrero de 2016, revocó el fallo proferido en primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda.

A juicio del demandante, la sentencia proferida por el tribunal incurrió en defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado.

### **3. Trámite previo**

Mediante auto del 31 de marzo de 2016, se admitió la demanda, se ordenó la notificación a las partes y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, como tercero interesado en el resultado del proceso.

### **4. Oposición**

El doctor Carlos Alberto Orlando Jaiquel, magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicitó que se negara el amparo invocado por el actor y manifestó que la sentencia atacada se sustentó en la normativa aplicable y en la interpretación que ella corresponde.

Que no se configuran los requisitos fijados por la Corte Constitucional para que la acción de tutela proceda contra providencias judiciales, que, por el contrario, lo pretendido por el actor es que se surta una tercera instancia porque le fueron negadas las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

### **5. Intervención del tercero interesado**

CREMIL, por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, solicitó que se negara la acción de tutela y precisó que acceder a lo solicitado por el actor atentaría contra el principio de cosa juzgada.

Dijo que la decisión administrativa proferida por la CREMIL se ajustó a derecho, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, *“...debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70% de: salario básico incrementado en el 38.5 de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando esta entidad.”*

### **CONSIDERACIONES**

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: *«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuandoquiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto».*

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso, la parte actora pretende la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a la administración de justicia, que considera vulnerados por la autoridad judicial demandada, con la sentencia del 12 de febrero de 2016, que revocó el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado 28 Administrativo Oral de Bogotá y, en su lugar negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento que interpuso contra CREMIL.

#### **Acción de tutela contra providencias judiciales**

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcionalísima, se ha aceptado la

procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta y grosera de los derechos constitucionales fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad<sup>1</sup>.

Ahora bien, sin perder de vista que la acción de tutela es, ante todo, un mecanismo de protección previsto de manera residual y subsidiaria por el ordenamiento jurídico, que en su conjunto está precisamente diseñado para garantizar los derechos fundamentales constitucionales, la Sala adecuó su posición respecto de la improcedencia de esta acción contra providencias judiciales y acogió el criterio de la procedencia excepcional<sup>2</sup>.

En el mismo sentido, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 31 de julio de 2012, exp 2009-01328-01, aceptó la procedencia de la tutela contra providencia judicial, en los siguientes términos:

“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha 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 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 se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente. En consecuencia, en la parte resolutive, se declarará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.” (Subraya la Sala)

Aun más, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014<sup>3</sup>, aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por los órganos judiciales de cierre (Consejo de Estado, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura), pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, ese mecanismo puede ejercerse contra *“cualquier autoridad pública”*.

<sup>1</sup> Ver entre otras, sentencias de 3 de agosto de 2006, Exp. AC-2006-00691, de 26 de junio de 2008, Exp. AC 2008-00539, de 22 de enero de 2009, Exp. AC 2008- 00720-01 y de 5 de marzo de 2009, Exp. AC 2008-01063-01.

<sup>2</sup> Entre otras, ver sentencias de 28 de enero de 2010 (Exp. AC-2009-00778); de 10 de febrero de 2011 (exp AC-2010-1239) y de 3 de marzo de 2011 (Exp. 2010-01271).

<sup>3</sup> Expediente: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Demandante: ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS S.A. Demandado: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN PRIMERA.

Hechas estas precisiones acerca de la excepcionalísima procedencia de la tutela contra providencias judiciales, la Sala adoptará la metodología aplicada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el amparo solicitado.

En esa sentencia la Corte Constitucional precisó que las causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial son:

- (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;*
- (ii) 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;*
- (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (Negrilla fuera del texto)*
- (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora;*
- (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y*
- (vi) Que no se trate de sentencias de tutela.*

Una vez agotado el estudio de estos requisitos, y, siempre y cuando se constate el cumplimiento de todos, es necesario determinar la existencia de por lo menos alguna de las causales especiales de procedibilidad, es decir, que la providencia controvertida haya incurrido en: a) defecto orgánico, b) defecto procedimental absoluto, c) defecto fáctico, d) defecto material o sustantivo, e) error inducido, f) decisión sin motivación, g) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y h) violación directa de la Constitución.

### **Problema jurídico**

¿Incurrió la autoridad judicial demandada en defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente judicial al proferir la providencia judicial dictada en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso el demandante contra CREMIL?

### **Caso concreto**

Mediante el ejercicio de la presente acción el señor Jairo Mendoza Mendoza pretende que se deje sin valor ni efectos jurídicos la providencia judicial del 12 de febrero de 2016, del Tribunal Administrativo de Antioquia, Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que revocó el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado 28 Administrativo Oral de Bogotá y, en su lugar, negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento que interpuso contra CREMIL.

A juicio del demandante, la providencia atacada incurrió en defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y en desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado.

Para efecto de resolver la presente controversia, estima la Sala pertinente referirse a la decisión proferida por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 29 de abril de 2015<sup>4</sup>, en la que se analizó una situación con idénticos supuestos de hecho y de derecho y se determinó que el tribunal había incurrido en defecto sustantivo. Veamos:

***“4.3. Defecto sustantivo, por indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, porque afecta doblemente la prima de antigüedad.***

*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.” (Subrayas y resaltado ajenas al artículo).*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 11001-03-15-000-2015-00801-00

Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, “debe primero 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 corresponde al 70%”, y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

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

En tal sentido, esta Colegiatura 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 es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó 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, 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 y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación<sup>5</sup>.

Como queda demostrado que el Tribunal en su decisión incurre en violación directa de la Constitución, y en defecto sustantivo por indebida aplicación e interpretación de regla legal, esta Sala concederá el amparo constitucional de los derechos fundamentales invocados.

Corolario de lo anterior, se dejará sin efectos la sentencia de 13 de febrero de 2015, proferida por la Sección Segunda, Subsección “C” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 2530-7333-3001-2013-00001-01, y en su lugar, se ordenará que dentro del término de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta providencia, profiera una nueva que, atendiendo lo lineamientos expuestos y los precedentes jurisprudenciales, 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; aplique el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en cuanto al reajuste de la asignación salarial, y artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la clara exégesis del mismo.”

---

<sup>5</sup> Expediente 2014-02292-01, CP Dra. María Elizabeth García González. Actor: Omar Enrique Ortega Flórez. Accionado: Sección Segunda, Subsección C del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que no existe duda sobre la indebida interpretación que hizo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, es claro que, además del desconocimiento del desconocimiento del precedente judicial del Consejo de Estado, se incurrió en el defecto aludido por el actor.

Teniendo en cuenta lo anterior, se decretará el amparo de los derechos invocados por el señor Jairo Mendoza Mendoza. En consecuencia, se dejará sin efectos la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C el 12 de febrero de 2016, con el fin de que se profiera una nueva decisión en la que se atiendan las consideraciones aquí expuestas.

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

En mérito de 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.- **TUTÉLANSE** los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a la administración de justicia invocados por el señor Jairo Mendoza Mendoza. En consecuencia:

2.- **DÉJASE** sin efectos la providencia del 12 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación N° 110011333502820140014301.

3.- **ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que, en el término de un mes contado a partir de la notificación del presente fallo, profiera una nueva decisión en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación N° 110011333502820140014301,

teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia.

4.- En caso de no ser impugnada la presente providencia, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

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

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidente de la Sección

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**