

INMEDIATEZ - Criterios de análisis cuando se trata de tutela contra providencia judicial que versa sobre prestaciones periódicas / SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL - Tener la calidad de pensionado o ser la persona que goza de la asignación de retiro no es una circunstancia que per se permita omitir el cumplimiento del requisito de inmediatez en tutela contra providencia judicial, dado que es necesario que confluyan elementos adicionales que permitan concluir que el actor se encuentra en la especial situación / ENCONTRARSE EN ESPECIAL SITUACION - El juez de tutela debe ponderar las situaciones especiales de cada caso para su determinación

En casos como el presente, en que se controvierte una sentencia relacionada con la reliquidación de una prestación periódica, se ha acudido al citado lineamiento Jurisprudencial de manera invariable, para determinar si el hecho de haber superado el plazo prudencial para interponer la acción de tutela merece ser tratado en forma especial, esto es, a la luz de los criterios de que i) se demuestre que la vulneración de los derechos permanece en el tiempo, esto es, que es continua y actual, pese a que el hecho que la originó sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela; y que ii) el actor se encuentre en una condición de debilidad manifiesta. Sin embargo, cuando el tema ha involucrado prestaciones periódicas en las modalidades de pensión o asignación de retiro, la aplicación de dichos criterios frente al requisito de la inmediatez, en cada caso concreto, ha dado lugar a soluciones divergentes, habida cuenta de que la Sala ha aceptado que el pensionado, por el simple hecho de serlo, ostenta una calidad que le permite enervar dicho requisito de procedibilidad, pero también ha entendido que en ocasiones se requieren elementos adicionales a tal condición para proceder al estudio de fondo... mientras en algunos asuntos la Sala consideró la condición de pensionado como única circunstancia para que se desconozca o inaplique la exigencia de la inmediatez en la interposición de acciones de tutela cuando se trate de providencias judiciales relativas a prestaciones periódicas, en otras oportunidades estimó que dicha condición no es suficiente para justificar la inactividad del accionante frente a sus derechos fundamentales que estima vulnerados con una providencia judicial. Lo anterior pone de presente que, aunque se trata de situaciones de hecho similares, ante la primera de las consideraciones descritas (suficiencia de la condición de pensionado), la Sala ha entrado a resolver el asunto de fondo, pese a haberse superado el plazo prudencial para incoar la solicitud de amparo; mientras que en la segunda consideración (necesidad de evaluar circunstancias adicionales al hecho de ser pensionado), se ha rechazado la tutela por improcedente por no cumplir con el requisito de procedibilidad de la inmediatez. Dichas divergencias merecen ser precisadas y, por lo tanto, en esta oportunidad la Sala, con el propósito de unificar su Jurisprudencia, determinará como lineamiento único y preciso, en cuanto a la exigencia o no del requisito de inmediatez de la tutela contra providencias judiciales, cuando el solicitante del amparo constitucional es un pensionado o persona que goza de Asignación de Retiro, que tal condición no es per se circunstancia que permita enervar el citado requisito, habida cuenta de que es necesario que confluyan elementos adicionales que permitan concluir que el actor se encuentra en la especial situación que convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-158 de 2006 y esta Sala en el Expediente núm. 2013-02423-01, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno. Obsérvese que la Corte cita, solo a manera de ejemplo, algunas circunstancias que pueden tenerse en cuenta para determinar si el actor está o no en una ESPECIAL SITUACIÓN, que justifique su inactividad en el tiempo frente a la defensa de sus derechos, dentro de las cuales sugiere el estado de indefensión, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otras... sin que éstas constituyan taxatividad alguna. Justamente por ello, esta Sala introdujo dentro de dicha lista al pensionado, por tratarse de un sujeto de protección especial,

conforme lo ha determinado la Jurisprudencia Constitucional. Pero, ocurre que el concepto de sujeto de especial protección incluye, además de los pensionados, a otros grupos de personas, tales como: indígenas, padres y madres cabeza de familia, mujer embarazada, menores de edad, minusválidos, ancianos, defensores de derechos humanos, enfermos graves, desplazados, entre otros; sin que sea aceptable concluir que en todos los casos, éstos resulten eximidos de cumplir el requisito de procedibilidad de inmediatez, cuando acudan a la tutela para obtener la pérdida de efectos de una providencia judicial, por el solo hecho de ser denominados sujetos de especial protección. Una interpretación en tal sentido, haría inocuo el citado requisito general de procedibilidad, si se tiene en cuenta que la lista de sujetos de especial protección puede llegar a ser muy amplia. Por lo tanto, y se insiste en ello, la sola circunstancia de ostentar dicha condición, como en efecto la tiene el pensionado, no puede tenerse como razón suficiente al momento de examinar el principio de inmediatez, sino que resulta necesario evaluar circunstancias adicionales, que permitan establecer que resulta desproporcionado exigir un lapso determinado para ejercer la acción de tutela en aras de obtener la protección de los derechos que se estiman conculcados. En ese orden de ideas, es claro que al Juez de tutela le corresponde, en cada caso concreto, evaluar la situación del accionante, a través de una juiciosa ponderación de los presupuestos fácticos y de las evidencias de la situación particular, ya sea que se aleguen en forma expresa o puedan inferirse del expediente, verbigracia, la condición de pensionado aunada a circunstancias tales como: ser adulto mayor; depender exclusivamente de la mesada, de manera que pueda comprometerse su mínimo vital; tener un núcleo familiar a cargo; imposibilidad de obtener ingresos adicionales por invalidez, edad, salud; el sometimiento a condiciones que atenten contra la dignidad o la vida del sujeto; situación socioeconómica (monto de la mesada vs obligaciones a cargo), etc; para concluir si se cumple o no con el criterio Jurisprudencial de encontrarse en ESPECIAL SITUACIÓN, señalado por la Corte Constitucional y por esta Corporación, el cual, como ya se dijo, ha sido derrotero en la solución de casos como el de la referencia.

NOTA DE RELATORIA: la Sala Plena de esta Corporación admitió la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma vulnera derechos fundamentales, al respecto consultar sentencia del 31 de julio de 2012, exp. 11001-03-15-000-2009-01328-01(AC), MP. María Elizabeth García González. Así mismo, la Sala Plena aceptó que la acción de tutela es procedente para cuestionar providencias judiciales dictadas por el Consejo de Estado, pues, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, tal mecanismo puede ser ejercido contra cualquier autoridad pública, sobre el particular ver sentencia de unificación del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01(IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Se controvierten las sentencias que decidieron sobre la reliquidación de la asignación de retiro / ESPECIAL SITUACION - Confluyen los elementos para determinar la especial situación y obviar el requisito de inmediatez

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. En ese sentido, se encuentra cumplido el primer criterio establecido dentro del estudio de la inmediatez de la tutela, pues se trata providencias judiciales que involucran prestaciones periódicas, lo cual indica que la vulneración de los derechos es continua y actual. Ahora bien, en cuanto al segundo criterio señalado para dar trato especial a dicho requisito de procedibilidad de la inmediatez... la Sala advierte que el demandante se ubica dentro de la categoría de sujetos de especial protección (percibe asignación de retiro o pensión); que es responsable de su núcleo familiar, con hijos menores de edad, en etapa escolar;

que el monto de su asignación de retiro apenas supera el salario mínimo legal mensual vigente y que la diferencia entre lo que percibe y lo que, eventualmente, podría llegar a percibir al incluir el subsidio familiar al cual cree tener derecho (suma cercana a los \$500.000), corresponde a un porcentaje considerable de su ingreso. Tales circunstancias son suficientes para concluir que se encuentra en una ESPECIAL SITUACIÓN que merece obviar el requisito de inmediatez y dar paso al estudio de fondo.

VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD - No inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de soldado profesional

El Tribunal demandado, en el fallo de 10 de octubre de 2013, cuya pérdida de efecto se pretende por vía de la presente acción de tutela, estimó que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 no vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales porque éstos son diferentes a los oficiales y suboficiales. Dicho en otras palabras, 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 parcial de la sentencia de 10 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0254, 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 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.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4433 DE 2004 - ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: La Corporación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre dos casos similares en las sentencias del 17 de octubre de 2013, exp. 2013-01821-00 de la Sección Segunda, Subsección B y del 11 de diciembre de 2014, exp. 2014-02292-01 de la Sección Primera.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015).

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00001-01(AC)

Actor: EDUAR CHICA ZEA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA - SUBSECCION D Y OTRO

Se decide la impugnación interpuesta por el actor contra el fallo de 26 de marzo de 2015, 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 **EDUAR CHICA ZEA**, actuando por conducto de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, por considerar que violaron sus derechos fundamentales a la 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 22 de mayo de 2013 y 10 de octubre del mismo año, respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-00254-00, por medio de las cuales, en la primera instancia, se negaron las pretensiones de la demanda, y en la segunda, se concedieron parcialmente, pues se negó la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

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 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 y a estar regido por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 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.

Manifestó que al disponer el reconocimiento y pago de la asignación de retiro la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solo tomó como partidas computables: el sueldo básico devengado y la prima de antigüedad, aunque no se liquidaron correctamente los porcentajes indicados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Es decir, que no se incluyó el subsidio familiar como factor de liquidación,

pese a que a los demás miembros de la fuerza pública sí se les incluye este concepto, lo cual, a su juicio, viola su derecho a la igualdad.

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. De esta manera, alegó que dichos fallos judiciales violaron directamente la Constitución Política.

Mencionó que los soldados e infantes profesionales son los únicos miembros de la Fuerza Pública que no devengan en su asignación 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 períodos 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 soldados e infantes profesionales al Subsidio Familiar, consagrado en el artículo 2º de la Ley 21 de 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.

Trajo a colación las sentencias de 11 de noviembre de 2011 y 10 de octubre de 2013, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, proferidas en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyos números de radicación no indicó, en las cuales se discutieron asuntos idénticos que culminaron con fallos favorables a los demandantes, en el sentido de ordenar la inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación de la Asignación de Retiro. Agregó que dicha Corporación Judicial ha reiterado tal lineamiento en tres oportunidades.

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 de las sentencias dictadas el 22 de mayo de 2013 y 10 de octubre del mismo año, proferidas por el Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el núm. 2012-00254-00 y se ordene a dichas autoridades judiciales proferir sendas sentencias que le ordenen a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, incluir 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 Decreto 1794 de 2000.

I.4 Defensa.

I.4.1.- El Juez Octavo Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, solicitó denegar el amparo solicitado, pues consideró que durante el proceso núm. 2012-00254-00 se surtieron todas y cada una de las etapas procesales y la decisión de primera instancia fue adoptada con fundamento en la normativa aplicable, un análisis minucioso de las pruebas aportadas al expediente y diversos pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, proferidas en casos similares.

I.4.2.- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, contestó la demanda de la siguiente manera:

Señaló que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia C- 590 de 2005, entre ellos, el de la **“inmediatez”**, consistente en que la acción se interponga dentro de un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, so pena de sacrificar los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

Aseguró que en el presente asunto dicho requisito de inmediatez no se cumple, porque entre la fecha en que se notificó la sentencia de segunda instancia de 10 de octubre de 2013, esto es, entre el 23 de octubre del mismo año y la fecha en que se radicó la acción de tutela de la referencia, transcurrieron más de doce (12) meses.

I.4.3.- 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 carece de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que en este caso la acción se dirige contra las providencias judiciales que resolvieron el asunto controvertido y que no se presenta vulneración de derecho fundamental alguno.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

Mediante sentencia de 26 de marzo de 2015, 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 10 de octubre de 2013, notificada el 23 del mismo mes y año y la solicitud de amparo se interpuso el 19 de diciembre de 2014, es decir, después de transcurrido un lapso considerable, sin que los motivos expuestos como justificación de la tardanza sean de recibo, pues lo que se pretende con los mismos es *“encubrir el desinterés o negligencia en la solicitud de protección inmediata de los derechos fundamentales por parte del mismo actor”*.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

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

Alegó que si bien es cierto que la presente acción se instauró 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, con dos hijos en edad escolar, y lo que devenga por concepto de asignación de retiro es inferior a \$1.000.000.00, 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.

Agregó que debido a su deteriorado estado de salud, no ha tenido oportunidad de acceder a alguna opción laboral en Colombia y que ello lo obligó a buscar empleo en otro país (Emiratos Árabes), donde pudo trabajar durante varios meses como vigilante de pozos petroleros.

Alegó que los pocos recursos que recibe son destinados totalmente a la manutención y educación de sus hijos, para evitar que abandonen sus estudios.

Por lo demás, en lo que tiene que ver con el fundamento normativo del derecho a la reliquidación con inclusión del subsidio familiar, 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 (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 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 porqué 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 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.

... 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.”

En el presente caso, el demandante pretende que se dejen sin efecto las **sentencias de 22 de mayo de 2013 y 10 de octubre del mismo año**, proferidas por el Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D,

respectivamente, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-00254-00, por medio de las cuales se negó la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

La sentencia de segunda instancia fue notificada por correo electrónico el **23 de octubre de 2013**, según consta en el Sistema de Registro de Actuaciones de la Rama Judicial¹, y la presente acción de tutela fue radicada en la Secretaria del Consejo de Estado el **19 de diciembre de 2014**, es decir, aproximadamente un (1) año y dos (2) 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 un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración². 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:

¹ <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/>

² Sentencia T – 315 de 2005. Magistrado Ponente doctor: Jaime Córdoba Triviño.

“... 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 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).

Precisamente, con fundamento en la mencionada sentencia de la Corte Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sección, relacionada con acciones de tutelas promovidas contra providencias judiciales en las que se controvirtieron asuntos sobre prestaciones periódicas, como ocurre en el sub lite, la Sala (Expediente núm. 2013-02423-01, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno, Actora: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP-), concluyó que **“siempre que se trate de una acción de tutela contra providencia judicial que verse sobre prestaciones periódicas, se realizará el análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, incluido el de inmediatez, el cual deberá efectuarse desde los criterios de i) que se demuestre que la vulneración de los derechos permanezca, esto es, que sea continua y actual, pese a que el hecho que la originó sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela; y ii) que el actor se encuentre en condición de debilidad manifiesta.”**

Para ello, argumentó lo siguiente:

“INMEDIATEZ EN ACCIONES DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS QUE INVOLUCRAN PRESTACIONES PERIÓDICAS.

No obstante lo expresado en el análisis precedente, se presenta una controversia respecto de si, en relación con acciones de tutela contra providencias que involucran prestaciones periódicas, se debe o no tener en consideración la inmediatez dentro del estudio del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de que trata la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional.

La controversia se suscita en razón a que, de conformidad con la sentencia T-374 de 2012³, relativa al derecho a la indexación de la primera mesada pensional para garantizar el poder adquisitivo de las pensiones y el mínimo vital de los pensionados, la Corte Constitucional expresó que:

“3.3. Valoración del requisito de inmediatez en la interposición de la acción de tutela para el reclamo de la indexación de la mesada pensional.

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 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.

Así, la regla general sobre inaplicabilidad del requisito de inmediatez en casos de prestaciones periódicas con perjuicios constantemente renovados fue formulada en la sentencia T-158 de 2006[73] como sigue: **“esta Corporación ha**

³ Corte Constitucional. Sentencia T-374 de 2012. M.P.: María Victoria Calle Correa

establecido unos casos en los que resulta admisible la dilación en la interposición de la acción de tutela, a saber: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y, (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros". (Subraya y negrilla fuera de texto original)

De la lectura de la providencia transcrita, se tiene que, en materia de prestaciones periódicas se puede morigerar el juicio sobre la inmediatez, teniendo en consideración que, se debe garantizar el poder adquisitivo de la pensión porque ésta se encuentra vinculada estrechamente con el derecho fundamental al mínimo vital de los pensionados, personas que son objeto de especial protección constitucional.

Refiere entonces que, precisamente, en razón a la condición de debilidad manifiesta de los pensionados es que se excepciona o se brinda un trato especial al requisito de inmediatez en la interposición de la tutela cuando se trata de prestaciones periódicas, y determina como criterios rectores para el análisis, que **i)** se demuestre que la vulneración de los derechos permanece en el tiempo, esto es, que es continua y actual, pese a que el hecho que la originó sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela; y que **ii)** el actor se encuentre en un condición de debilidad manifiesta.

Los requisitos para que se desconozca o inaplique la exigencia de la inmediatez en la interposición de acciones de tutela cuando se trate de prestaciones periódicas, **deberán ser concurrentes** para determinar la procedencia del amparo, pues de lo contrario, deberá despacharse desfavorablemente.

Ahora bien, debido a que cuando se trata de revisar la viabilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales, el juicio de inmediatez debe ser más estricto; resulta necesario conciliar las dos posiciones adoptadas por la Sala; esto es, i) que se cuenta con 4 meses para interponer la acción de tutela contra providencias judiciales, sin tener en consideración el contenido o tema de las mismas; y, aquella que establece que, ii) en razón a que la providencia cuestionada en sede de tutela versa sobre prestaciones periódicas, no se aplica la inmediatez o se puede ser mucho más laxo y, debe estudiarse de fondo⁴.

Para ello, resulta importante traer a colación el pronunciamiento de la Sala, de 23 de mayo de 2013, C.P.: Dra María Elizabeth García

⁴ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia 6 de febrero de 2014. Expediente No. 2013-00588. : Actora: Gloria Sepúlveda. C.P.: Dra. María Claudia Rojas Lasso. Reiterado en sentencia de 08 de mayo de 2014. Expediente No. 2014-00292-00. Actor: Guillermo Casallas Bedoya. C.P.: Dra. María Claudia Rojas Lasso. En esta se afirmó que: "(...)se cumplió con el principio de inmediatez teniendo en cuenta que, como ya lo ha dicho esta Sala⁴, cuando se trate de tutelas que conciernan al derecho pensional, el análisis de este requisito debe ser menos estricto."

González, en la acción de tutela de radicado No. 2013-0027200, interpuesta por el señor Jorge Orlando Corredor Prieto, en la que se determinó que, cuando se estudie el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de una tutela contra providencia judicial que vincule prestaciones periódicas, se debía tener en consideración que:

“Al examinar los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, advierte la Sala que no se cumple con el requisito del plazo razonable que debe transcurrir entre el ejercicio de la acción y la ocurrencia del hecho vulnerador, pues, conforme lo ha precisado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando el debate en sede de tutela gira en torno a prestaciones periódicas de carácter pensional, el juicio de inmediatez debe tener en cuenta:

“(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual^[5]. Y (ii) que la **especial situación** de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; **por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física**, entre otros.”⁶ (Resaltado fuera de texto).

En consecuencia, para resolver la controversia antes planteada, la Sala prohíja el criterio expuesto en esa oportunidad y concluye que, siempre que se trate de una acción de tutela contra providencia judicial que verse sobre prestaciones periódicas, se realizará el análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, incluido el de inmediatez, el cual deberá efectuarse desde los criterios de i) que se demuestre que la vulneración de los derechos permanezca, esto es, que sea continua y actual, pese a que el hecho que la originó sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela; y ii) que el actor se encuentre en condición de debilidad manifiesta.

Del Caso Concreto

Una vez establecido el criterio que, en adelante observará la Sala para analizar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias que traten de prestaciones periódicas, la Sala estudiará el presente caso.

En el sub lite se observa que la accionante acude ante la Jurisdicción, en ejercicio de la acción de tutela, cuando ha transcurrido un período de más de dos (2) años de haber sido dictada la providencia que ahora se controvierte.

No obstante ello, en razón a que la providencia cuestionada versa sobre una prestación periódica, se verificará si se presentan las dos condiciones que permitan morigerar o inaplicar el requisito de

[5] Cr. Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras.

⁶ Sentencia T-158 de 2006. Magistrado ponente: doctor Humberto A. Sierra Porto.

inmediatez.

Advierte la Sala que, si bien se cumpliría el primero de los criterios, esto es que la providencia objeto de la presente acción versa sobre una prestación periódica; no se puede predicar que la UGPP sea un sujeto de especial protección; y en tal virtud, el término de 2 años que se dejó transcurrir resulta desproporcionado e injustificado.

En consecuencia, debido a que no se cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, no procede estudiar de fondo el asunto planteado.”

Pues bien, comoquiera que por medio de la providencia transcrita, se estableció “el criterio que, en adelante observará la Sala para analizar la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias que traten de prestaciones periódicas”; en casos como el presente, en que se controvierte una sentencia relacionada con la reliquidación de una prestación periódica, **se ha acudido al citado lineamiento Jurisprudencial de manera invariable**, para determinar si el hecho de haber superado el plazo prudencial para interponer la acción de tutela merece ser tratado en forma especial, esto es, a la luz de los criterios de “que **i) se demuestre que la vulneración de los derechos permanece en el tiempo, esto es, que es continua y actual, pese a que el hecho que la originó sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela; y que ii) el actor se encuentre en un condición de debilidad manifiesta.**”

Sin embargo, cuando el tema ha involucrado prestaciones periódicas **en las modalidades de pensión o asignación de retiro**, la aplicación de dichos criterios frente al requisito de la inmediatez, en cada caso concreto, ha dado lugar a soluciones divergentes, habida cuenta de que la Sala ha aceptado que el pensionado, por el simple hecho de serlo, ostenta una calidad que le permite enervar dicho requisito de procedibilidad, pero también ha entendido que en ocasiones se requieren elementos adicionales a tal condición para proceder al estudio de fondo.

A continuación se mencionan diferentes pronunciamientos de la Sala en uno y otro sentido:

En sentencia de 22 de mayo de 2014, proferida en el expediente núm. 2013-02788-00, Consejera Ponente doctora María Elizabeth García González, luego de que fuera citado y ampliamente transcrito el precedente Jurisprudencial al que se ha hecho alusión, la Sala señaló:

“Atendiendo los lineamientos transcritos, se observa que en el caso bajo examen se cumple con las exigencias establecidas para darle trato especial al requisito de inmediatez en la interposición de la tutela por tratarse de prestaciones periódicas, habida cuenta de que se reclama la vulneración de un derecho que permanece en el tiempo, como lo es, el reajuste de la asignación de retiro y la condición de debilidad manifiesta predicable de los pensionados.

Así las cosas, y en razón de que se cumplen los demás requisitos generales de procedibilidad, entrará la Sala a estudiar de fondo la cuestión planteada en la demanda.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).⁷

De igual manera, la Sala ha dicho:

*“Pese a que a primera vista se incumpliría con el principio de inmediatez, teniendo en cuenta que el escrito de amparo se interpuso el 16 de octubre de 2013, y que la última providencia que se ataca fue notificada el 10 de marzo de 2011, con fundamento en la sentencia T–374 de 2012 de la Corte Constitucional, y en Jurisprudencia de esta Sección, relacionada con acciones de tutelas promovidas contra providencias judiciales en las que se controvierten asuntos sobre prestaciones periódicas, como ocurre en el sub lite, la Sala reitera que “siempre que se trate de una acción de tutela contra providencia judicial que verse sobre prestaciones periódicas, se realizará el análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, incluido el de inmediatez, **el cual deberá efectuarse desde los criterios de i) que se demuestre que la vulneración de los derechos permanezca, esto es, que sea continua y actual, pese a que el hecho que la originó sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela; y ii) que el actor se encuentre en condición de debilidad manifiesta.**”*

Atendiendo los anteriores lineamientos, **se observa que en el caso bajo examen se cumple con las exigencias establecidas para darle trato especial al requisito de inmediatez en la interposición de la tutela por tratarse de prestaciones periódicas, habida cuenta de que se reclama la vulneración de un derecho que permanece en el**

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 22 de mayo de 2014, proferidas en los Expediente núm. 2013-02788-00(AC), y 2013-02692-01(AC). Consejera Ponente doctora: María Elizabeth García González.

tiempo, como lo es, el reajuste de la asignación de retiro y la condición de debilidad manifiesta predicable de los pensionados.

(Las negrillas y subrayas no son del texto original).⁸

Por otra parte, y aún cuando, como quedó visto, en ocasiones se ha estimado como suficiente el hecho de ser pensionado para inaplicar el requisito de procedibilidad de la inmediatez, en otras oportunidades la Sala ha recurrido al análisis de **circunstancias adicionales** para determinar si el accionante se encuentra en una situación especial que lo releve de cumplir tal requisito.

Así, para la Sala, cuando el pensionado es un adulto mayor que depende de su mesada y ha agotado todos los mecanismos judiciales que tenía a su alcance para obtener la protección de su derecho prestacional, merece un trato especial, tal como se precisó en la sentencia de 5 de junio de 2014, en los siguientes términos:

“En el caso bajo examen, las pretensiones del actor se dirigen a que se revoquen las providencias demandadas para que en su lugar, se le reconozca y ordene el pago de la reliquidación de su mesada pensional, con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, con la indexación correspondiente.

Lo anterior, evidencia que la presunta violación de los derechos fundamentales invocados, permanece en el tiempo, que es continua y actual, dado que se trata de una mesada pensional, la cual recibe el actor cada mes y se constituye en el ingreso económico para suplir tanto sus necesidades básicas y vitales como las de su familia.

Además de lo anterior, **se acreditó que el demandante, a la fecha cuenta con 67 años de edad, es decir, que de conformidad con la reiterada Jurisprudencia de la Corte Constitucional, es un adulto mayor, de quien se presume que por estar pensionado ya aportó al sistema durante el tiempo suficiente y que en la actualidad sus capacidades no le permiten seguir generando ingresos como fruto de su trabajo, lo cual en el sentir de la Sala se constituiría en una condición de debilidad manifiesta, pues no solo depende de su mesada pensional, la cual, a su juicio, no se encuentra conforme a derecho, sino que, además, ya agotó todos los mecanismos judiciales que tenía a su alcance**, pues instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, concilió y posteriormente presentó nuevamente la acción que consagraba el artículo 85 del C.C.A., dentro de la cual hizo uso del recurso de apelación que se decidió en forma desfavorable, razón por la cual este es el único medio con el que cuenta

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias de 12 de junio de 2014, Expedientes núms. 2013-02322-01(AC) y 2014-00051-00(AC); sentencia de 16 de octubre 2014, Expediente núm. 2014-01332-00(AC) y sentencia de 29 de abril de 2015, Expediente núm. 2015-00091-00(AC). Consejera Ponente doctora: María Claudia Rojas Lasso.

el señor **ISRAEL DÍAZ CARDOSO** para la protección de los derechos fundamentales que considera violados.”⁹ (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

En dicha oportunidad, se dio paso al análisis de fondo del asunto, se tutelaron los derechos fundamentales conculcados y se dejó parcialmente sin efecto la providencia acusada, aún cuando la acción de tutela no fue incoada dentro de un término prudencial, vale decir, sin cumplir con el requisito de procedibilidad de inmediatez.

En otra ocasión, para la Sala no bastó la condición de pensionado para obviar el principio de inmediatez, pues consideró que:

“no se puede predicar que la señora CAROLINA VÁSQUEZ PEÑA sea un sujeto de especial protección; toda vez que **si bien, ostenta la calidad de pensionada, tiene 57 años de edad y no está acreditado en el expediente que se encuentre en estado de indefensión o se encuentre en condición de discapacidad. De otro lado, su mínimo vital no se encuentra comprometido porque devenga pensión.**”¹⁰ (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

La Sala, inclusive, ha llegado a afirmar que la condición de sujeto de especial protección constitucional, **“no puede ser asumida por el juez por el solo hecho de habersele concedido asignación de retiro”** (negrillas y subrayas fuera de texto). Al respecto, dijo:

“En la comentada sentencia se expuso lo siguiente entorno a la morigeración del principio de inmediatez:

“Siempre que se trate de una acción de tutela contra providencia judicial que verse sobre prestaciones periódicas, se realizará el análisis del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad, incluido el de inmediatez, el cual deberá efectuarse desde los criterios de i) que se demuestre que la vulneración de los derechos permanezca, esto es, que sea continua y actual, pese a que el hecho que la originó sea muy

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 5 de junio de 2014, proferida en el Expediente núm. 2013-02411-01(AC). Consejera Ponente doctora: María Elizabeth García González.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de octubre de 2014, proferida en el Expediente núm. 01479-00(AC). Consejero Ponente doctor: Marco Antonio Velilla Moreno.

antiguo respecto de la presentación de la tutela; y ii) que el actor se encuentre en condición de debilidad manifiesta.”

Como se puede leer, aun en los casos de acciones de tutela contra sentencias judiciales que involucran prestaciones periódicas, el principio de inmediatez mantiene su vigencia, solamente que se debe analizar con especial cuidado si la vulneración al derecho fundamental es permanente en el tiempo, y si la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, hace desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez.

...

En el presente caso el señor José Alberto Suárez Velásquez **no alegó ni sustentó en forma alguna que se encuentre en algún grado de indefensión o que sea un sujeto de especial protección constitucional, situación que no puede ser asumida por el juez por el solo hecho de habersele concedido asignación de retiro.**

En esa medida y como quiera que no se cumple uno de los requisitos señalados, el estudio de la inmediatez deberá hacerse de conformidad con la regla general para los casos de tutela contra providencia judicial, es decir de manera estricta y en atención a lo cual los siete (7) meses de tardanza en interponer la acción son desproporcionado.”¹¹ (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Y, en reciente pronunciamiento de 5 de febrero de 2015, expresó que:

“... aunque en el asunto *sub examine* se cumple con el primer requisito, la Sala reitera que la simple existencia de una obligación periódica no es suficiente para que sea procedente la acción de tutela, además es necesario que concurra el estado de indefensión del actor de tutela.

En el caso concreto el actor es una persona que recibe una asignación de retiro, asignación que se ordenó reliquidar mediante los fallos censurados, esto quiere decir que en principio el actor no se encuentra en estado de indefensión, circunstancia que además no fue alegada dentro del escrito de tutela.

De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que no se cumple con el segundo requisito, lo cual hace que el tiempo transcurrido entre la ejecutoria de la providencia atacada y la interposición de la presente tutela sea desproporcionado e injustificado. **En consecuencia, la Sala declarará improcedente la acción de tutela de la referencia.**”¹² (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Se repite, entonces, que mientras en algunos asuntos la Sala consideró la condición de pensionado como única circunstancia para que se **desconozca o**

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2014, proferida en el Expediente núm. 2014-01369-00(AC). Consejero Ponente doctor: Guillermo Vargas Ayala.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 5 de febrero de 2015, proferida en el Expediente núm. 03415-00(AC). Consejero Ponente doctor: Guillermo Vargas Ayala.

inaplique la exigencia de la inmediatez en la interposición de acciones de tutela cuando se trate de providencias judiciales relativas a prestaciones periódicas, en otras oportunidades estimó que dicha condición no es suficiente para justificar la inactividad del accionante frente a sus derechos fundamentales que estima vulnerados con una providencia judicial.

Lo anterior pone de presente que, aunque se trata de situaciones de hecho similares, ante la primera de las consideraciones descritas (suficiencia de la condición de pensionado), **la Sala ha entrado a resolver el asunto de fondo**, pese a haberse superado el plazo prudencial para incoar la solicitud de amparo; mientras que en la segunda consideración (necesidad de evaluar circunstancias adicionales al hecho de ser pensionado), **se ha rechazado la tutela por improcedente** por no cumplir con el requisito de procedibilidad de la inmediatez.

Dichas divergencias merecen ser precisadas y, por lo tanto, en esta oportunidad la Sala, con el propósito de unificar su Jurisprudencia, determinará como lineamiento único y preciso, en cuanto a la exigencia o no del requisito de inmediatez de la tutela contra providencias judiciales, cuando el solicitante del amparo constitucional es un **pensionado o persona que goza de Asignación de Retiro**, que tal condición no es *per se* circunstancia que permita enervar el citado requisito, habida cuenta de que es necesario que confluayan elementos adicionales que permitan concluir que el actor se encuentra en ***“la especial situación”*** que ***“convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”***, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-158 de 2006 y esta Sala en el Expediente núm. 2013-02423-01, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno.

Obsérvese que la Corte cita, solo a manera de ejemplo, algunas circunstancias que pueden tenerse en cuenta para determinar si el actor está o no en una **ESPECIAL SITUACIÓN**, que justifique su inactividad en el tiempo frente a la defensa de sus derechos, dentro de las cuales sugiere “*el estado de indefensión, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otras...*” sin que éstas constituyan taxatividad alguna. Justamente por ello, esta Sala introdujo dentro de dicha lista **al pensionado**, por tratarse de un sujeto de protección especial, conforme lo ha determinado la Jurisprudencia Constitucional.

Pero, ocurre que el concepto de sujeto de especial protección incluye, además de los pensionados, a otros grupos de personas, tales como: indígenas, padres y madres cabeza de familia, mujer embarazada, menores de edad, minusválidos, ancianos, defensores de derechos humanos, enfermos graves, desplazados, entre otros; sin que sea aceptable concluir que en todos los casos, éstos resulten eximidos de cumplir el requisito de procedibilidad de inmediatez, cuando acudan a la tutela para obtener la pérdida de efectos de una providencia judicial, por el solo hecho de ser denominados sujetos de especial protección.

Una interpretación en tal sentido, haría inocuo el citado requisito general de procedibilidad, si se tiene en cuenta que la lista de sujetos de especial protección puede llegar a ser muy amplia.

Por lo tanto, y se insiste en ello, la sola circunstancia de ostentar dicha condición, como en efecto la tiene el pensionado, no puede tenerse como razón suficiente al momento de examinar el principio de inmediatez, sino que resulta necesario evaluar circunstancias adicionales, que permitan establecer que resulta desproporcionado exigir un lapso determinado para ejercer la acción de tutela en aras de obtener la protección de los derechos que se estiman conculcados.

En ese orden de ideas, es claro que al Juez de tutela le corresponde, en cada caso concreto, evaluar la situación del accionante, a través de una juiciosa ponderación de los presupuestos fácticos y de las evidencias de la situación particular, ya sea que se aleguen en forma expresa o puedan inferirse del expediente, *verbigracia*, la condición de pensionado aunada a circunstancias tales como: ser adulto mayor¹³; depender exclusivamente de la mesada, de manera que pueda comprometerse su mínimo vital; tener un núcleo familiar a cargo; imposibilidad de obtener ingresos adicionales por invalidez, edad, salud; el sometimiento a condiciones que atenten contra la dignidad o la vida del sujeto; situación socioeconómica (monto de la mesada vs obligaciones a cargo), etc; para concluir si se cumple o no con el criterio Jurisprudencial de encontrarse en **“ESPECIAL SITUACIÓN”**, señalado por la Corte Constitucional y por esta Corporación, el cual, como ya se dijo, ha sido derrotero en la solución de casos como el de la referencia.

El caso concreto.

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.

En ese sentido, se encuentra cumplido el primer criterio establecido dentro del estudio de la inmediatez de la tutela, pues se trata providencias judiciales que involucran prestaciones periódicas, lo cual indica que la vulneración de los derechos es continua y actual.

¹³ No todos los pensionados tienen esta condición, por ejemplo los miembros de las Fuerzas Militares.

Ahora bien, en cuanto al segundo criterio señalado para dar trato especial a dicho requisito de procedibilidad de la inmediatez, se advierte lo siguiente:

- El actor informa en su escrito de corrección de la demanda, visible a folios 22 a 24, que su mesada pensional no supera los \$800.000.00 y que es una persona de bajos recursos.

- En su escrito de impugnación, el actor manifiesta que está a cargo de dos hijos menores de edad, los cuales se encuentran en etapa escolar y que la totalidad de su ingreso pensional lo destina a gastos de manutención y educación de los menores.

- A folio 1 del cuaderno que contiene el proceso ordinario, obra la **Resolución núm. 306 de 14 de febrero de 2012**, por medio de la cual se le reconoce la asignación de retiro, la cual da cuenta de que, en efecto, es casado y padre de los menores DANNA VALENTINA CHICA VELILLA (nacida el 24 de marzo de 2009), y MARIANA SOFÍA CHICA VELILLA (nacida el 3 de septiembre de 2010).

- A folios 32 a 34, obran sendas Resoluciones, por medio de las cuales se ordena la reliquidación de la asignación de retiro a los soldados profesionales BALVINO BRAVO NIÑO y JOSÉ GERARDO CIFUENTES PULGARÍN, con inclusión del SUBSIDIO FAMILIAR como factor de liquidación, en atención a fallos judiciales y cuyas mesadas ascendieron a la suma de **\$1.313.004.00**, en virtud de la reliquidación.

- El demandante arguye que la demora en el ejercicio de la acción de tutela, obedeció a que se encontraba laborando en los Emiratos Árabes, como vigilante de pozos petroleros, pues en virtud del bajo monto de su pensión tuvo que buscar otras fuentes de ingreso en el exterior, porque en Colombia no encontró oportunidades laborales.

Del análisis de dichas circunstancias, la Sala advierte que el demandante se ubica dentro de la categoría de sujetos de especial protección (percibe asignación de retiro o pensión); que es responsable de su núcleo familiar, con hijos menores de edad, en etapa escolar; que el monto de su asignación de retiro apenas supera el salario mínimo legal mensual vigente y que la diferencia entre lo que percibe y lo que, eventualmente, podría llegar a percibir al incluir el subsidio familiar al cual cree tener derecho (suma cercana a los \$500.000), corresponde a un porcentaje considerable de su ingreso.

Tales circunstancias son suficientes para concluir que se encuentra en una ESPECIAL SITUACIÓN que merece obviar el requisito de inmediatez y dar paso al estudio de fondo.

Ahora bien, la Sala no desconoce el hecho de que el actor tuvo la oportunidad de acceder a un ingreso adicional, para compensar el bajo monto de su mesada y atender sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, pero al ponderar dicha circunstancia con las demás que rodean su caso concreto, se concluye que la misma no es suficiente para excluirlo del trato especial que merece, en cuanto a acceder a un estudio de fondo.

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, al no reconocer la inclusión del subsidio familiar como factor que debía tenerse en cuenta para liquidar su asignación de retiro.

Dicho análisis, se ceñirá a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, que revocó parcialmente la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Octavo Administrativo de Oralidad de Bogotá, y concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Ello, por cuanto en el fallo de segunda instancia se subsumen los motivos de reparo del actor, concretamente, en cuanto al no reconocimiento del subsidio familiar como factor de liquidación de su asignación de retiro.

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 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 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” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

En el caso concreto, al denegar la pretensión de inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación de la asignación de retiro, el Tribunal demandado consideró que:

“iii) Excepción de inconstitucionalidad del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser manifiestamente violatorio a los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Sobre el asunto, estima la Corporación que la excepción de inconstitucionalidad permite al juzgador realizar una ponderación de las normas aplicadas a un caso en concreto frente a las normas de rango constitucional y, si del examen realizado se puede concluir que efectivamente las mismas resultaron contrarias a las normas de rango superior, procede su inaplicación.

En el presente caso, el actor considera que el numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004, que establece las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, al omitir incluir el subsidio familiar, vulnera los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, razón por la cual solicita su inaplicación en cumplimiento del artículo 4° superior.

En relación con el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 superior, es de anotar que este derecho se predica entre sujetos que están en las mismas condiciones, de tal manera que no puede considerarse vulneración alguna cuando se parte de condiciones diferenciales objetivas y razonables. **En el presente caso es claro que existen unas condiciones diferenciales entre los soldados, los suboficiales y oficiales de la institución castrense, pues tienen rango de autoridad diferentes, requisitos para su ingreso distintos, atribuciones frente a las autoridades militares...**¹⁴ (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal se negó a dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad que el actor adujo por considerar que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, viola el principio de igualdad, al excluir el subsidio familiar

¹⁴ La copia del fallo acusado que se transcribe se encuentra incompleta.

de la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pese a que sí se incluye para la de los Oficiales y Suboficiales.

Ahora bien, en un asunto similar al que se estudia, la Sala consideró lo siguiente:

“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 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.”

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 parágrafo 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.”¹⁵

Las consideraciones transcritas resultan plenamente aplicables al caso concreto, habida cuenta de que, como quedó visto, el Tribunal demandado, en el **fallo de 10 de octubre de 2013**, cuya pérdida de efecto se pretende por vía de la presente acción de tutela, estimó que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 no vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales porque éstos son diferentes a los oficiales y suboficiales.

Dicho en otras palabras, 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 parcial de la **sentencia de 10 de octubre de 2013**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0254, y se le ordenará que, en su lugar, dentro del término de cuarenta (40) días

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, proferida en el Expediente núm. 2014-02292-01. Consejera ponente doctora María Elizabeth García González.

siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva que 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 **EDUAR CHICA ZEA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, dejáse sin efecto la **sentencia de 10 de octubre de 2013**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-00254, 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 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 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 28 de mayo de 2014.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO