**Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES**

Bogotá D.C., veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación:** 11001-03-15-000-2021-03478-00

**Accionante:** Argemiro Senior Altamiranda

**Accionado:** Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba

**Asunto:** Acción de tutela – Sentencia de primera instancia

**Tema:** Acción de tutela en contra de providencia judicial. **Sentido del fallo de tutela:** Se declara improcedente.

La Sala decide la acción de tutela presentada por Argemiro Senior Altamiranda en contra de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba.

**I. ANTECEDENTES**

**1.- La solicitud de tutela**

El 4 de junio de 2021[[1]](#footnote-1), Argemiro Senior Altamiranda, actuando mediante apoderado judicial[[2]](#footnote-2), interpuso acción de tutela[[3]](#footnote-3) en contra de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba en procura de la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana, y de los principios de favorabilidad, movilidad del salario, irrenunciabilidad de los derechos laborales y justicia redistributiva, en tanto al interior del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el No. 23001-33-33-005-2017-00085-01, adelantado en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, la autoridad judicial accionada resolvió, mediante providencia del 3 de diciembre de 2020, confirmar la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, el 14 de marzo de 2019, nugatoria de sus pretensiones.

**2.- Hechos**

2.1.- Argemiro Senior Altamiranda estuvo vinculado al Ejército Nacional en calidad de soldado regular desde el 23 de noviembre de 1994 hasta el 17 de mayo de 1996. Posteriormente, pasó a ser soldado voluntario a partir del 1 de noviembre de 2003 y hasta el 31 de octubre de 2003 y, finalmente, se desempeñó como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003 al 10 de marzo de 2015.

2.2.- Mediante la Resolución No. 4407 del 26 de mayo de 2015[[4]](#footnote-4) la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL le reconoció la asignación de retiro en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, más un 30% por concepto del subsidio familiar devengado en actividad. Luego, a través de la Resolución No. 12997 del 4 de mayo de 2018[[5]](#footnote-5), la entidad ordenó el incremento de la partida del sueldo en un 20% de la asignación de retiro.

2.3.- Por encontrarse inconforme con lo resuelto, solicitó la reliquidación de su asignación de retiro, petición despachada desfavorablemente a través del Oficio No. 69482 del 28 de septiembre 2015[[6]](#footnote-6).

2.4.- En razón de lo anterior, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto precedentemente señalado, con el fin de que la entidad pagadora reajustara su asignación de retiro incluyendo como factor prestacional el incremento del salario mínimo legal mensual vigente en porcentaje equivalente al 60%; reliquidara la prestación de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; incluyera la prima de navidad; y pagara la diferencia del subsidio familiar con el reajuste del 70%, según el Decreto 1794 de 2000, en virtud del principio de favorabilidad.

2.5.- El asunto fue conocido en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, que en fallo del 14 de marzo de 2019[[7]](#footnote-7), resolvió negar las pretensiones. Consideró que, en efecto, los soldados voluntarios que fueron profesionalizados tienen derecho a devengar un salario mínimo incrementado en un 60%, sin embargo, aquella súplica no era procedente por cuanto se demostró que la entidad demandada reajustó la prestación con dicho incremento. De igual forma, indicó que no se acreditó que se haya realizado una indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 al calcular el monto de la asignación de retiro; y que no era posible incluir la duodécima parte de la prima de navidad, pues aquella no era una partida computable para la liquidación de la prestación objeto del pronunciamiento. Finalmente, frente al subsidio familiar, manifestó que no se configuró un derecho adquirido por parte del actor y no se presentaron los supuestos fácticos necesarios para que se aplicara el Decreto 1794 de 2000 mediante el principio de favorabilidad.

2.6.- La decisión fue objeto de recurso de apelación[[8]](#footnote-8) que fue desatado por el Tribunal Administrativo de Córdoba, a través de sentencia del 3 de diciembre de 2020[[9]](#footnote-9). Dicho cuerpo colegiado resolvió confirmar lo decido por el *a quo.* Para ello, precisó que al momento del retiro del actor, este devengaba el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 en un 30%, por lo que al liquidar la asignación de retiro, la CREMIL tuvo en cuenta ese mismo porcentaje como partida computable debido a que su derecho se causó con posterioridad a julio de 2014. En cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, manifestó que aquella no podía ser incluida como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales según la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 dictada al interior del proceso de radicado No. 2013-00237-01 (1701-2016).

Por último, en lo relacionado con la prima de antigüedad, aseguró que en la resolución de reconocimiento inicial, la prestación se tuvo en cuenta en un 38,5% y al realizar el cálculo correspondiente, advirtió que la CREMIL aplicó el porcentaje a la totalidad del salario y no se probó que luego de efectuar el reajuste mediante Resolución no. 12997 del 4 de mayo de 2018, se haya disminuido la base del 100% del salario.

**3.- Fundamento de la solicitud de amparo**

El accionante alegó que la autoridad judicial accionada:

3.1.- Incurrió en los defectos sustantivo y de violación directa de la Constitución, pues el hecho de que el Decreto 1162 de 2014 dispusiera que el subsidio familiar para quienes lo devengaron conforme con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, debía liquidarse en un 30% de lo recibido en actividad, comporta un trato discriminatorio, ya que el Decreto 1161 del mismo año determinó su valor en un 70% de la asignación básica, lo cual debió llevar a los jueces a aplicar la figura de excepción de inconstitucionalidad y, al no hacerlo, se vulneró su derecho a la igualdad. De igual forma, refirió que se transgredió el principio de favorabilidad que rige en materia laboral y no se tuvieron en cuenta el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ni los Convenios 95, 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relacionados con la afectación al mínimo vital, la movilidad del salario, los derechos de los trabajadores, entre otros.

3.2.- Pasó por alto que la prima de antigüedad no fue liquidada de conformidad con los criterios establecidos por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019, esto es, no se calculó tomando como base el 100% de la asignación salarial básica devengada por el soldado profesional, sino que, en cambio, tiene en cuenta el 70%. Al respecto, indicó que la CREMIL está tasando, por concepto de prima de antigüedad, la suma de $391.756, mientras que aplicando la fórmula contenida en la referida sentencia de unificación, el valor a pagar debería ser de $559.652,17.

**4.- Pretensiones**

Solicitó, el interesado, el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, que se revocara parcialmente la decisión proferida el 7 de diciembre de 2020 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba para que, en su lugar, se emitiera un nuevo pronunciamiento en el que se accediera a las súplicas relacionadas con la reliquidación del subsidio familiar, aplicando la excepción de inconstitucionalidad para obtener el 70% de la prestación según lo establecido en el Decreto 1161 de 2014; y se tenga en cuenta la prima de antigüedad en los términos de la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019.

**5.- Trámite de la acción de tutela y fundamento de la oposición**

5.1.- Mediante auto del 10 de junio de 2021 el ponente admitió la acción de tutela[[10]](#footnote-10) y ordenó notificar a las partes y a los terceros con interés[[11]](#footnote-11).

5.2.- En providencia del 1 de julio de 2021[[12]](#footnote-12) se requirió a la CREMIL para que allegara copia de los desprendibles de pago de la asignación de retiro reconocida al señor Argemiro Senior Altamiranda, correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2021, en los que se incluyeran, de forma detallada y discriminada, los conceptos que conforman la referida asignación, el valor que corresponde a cada uno de ellos y la fórmula que usan para tasarlos.

**5.3.- Contestaciones**

5.3.1.- La CREMIL[[13]](#footnote-13) solicitó declarar la improcedencia del amparo, pues considera que en el trámite judicial surtido no se vulneraron los derechos fundamentales alegados, en cambio, las providencias tuvieron como fundamento las normas y la jurisprudencia aplicables al caso concreto.

5.3.1.1.- Al dar respuesta[[14]](#footnote-14) al requerimiento realizado a través del auto del 1 de julio de 2021, informó lo siguiente:

*“Que revisada la nómina de asignaciones de retiro se verificó que al señor Soldado Profesional (RA) del Ejército ARGEMIRO SENIOR ALTAMIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía No. 78764570, le figura su asignación de retiro liquidada con los siguientes porcentajes y partidas computables:*

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| SUELDO | SMMLV + 60% | $1.453.642.00 |
| *PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN* |  | *70%* |
| ***SUBTOTAL*** |  | ***$1.017.549.00*** |
| *PRIMA DE ANTIGÜEDAD* | *(SB\*%LIQ\*38,5%)* | *$391.756.52* |
| *SUBSIDIO FAMILIAR* | *([(SB\*4%)+(SB\*58,5%)]\*30%)* | *$272.557.88* |
| ***TOTAL ASIGNACION RETIRO*** |  | ***$1.681.863.00*** |

*”*.

5.3.2.- Por su parte, el Tribunal Administrativo de Córdoba y el Juzgado Quinto Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Montería, guardaron silencio.

**II. CONSIDERACIONES**

**1.- Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela interpuesta por Argemiro Senior Altamiranda en contra de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 13 del Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

**2.- Problema jurídico**

La Sala abordará el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela en contra de providencia judicial, de encontrar que aquellos se encuentran superados, pasará a realizar el examen de los defectos alegados.

**3.- La acción de tutela en contra de providencias judiciales**

La Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005[[15]](#footnote-15) reconoció que la acción de tutela en contra de providencias judiciales está sujeta al cumplimiento de rigurosos requisitos de procedibilidad[[16]](#footnote-16) y de procedencia[[17]](#footnote-17), con el fin de determinar si se vulneraron o no los derechos de orden superior.

**4.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto**

4.1.- Frente a los cargos relacionados con los defectos sustantivo y de violación directa de la Constitución endilgados a la autoridad judicial por confirmar la negativa del reajuste del subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el Decreto 1794 de 2000, se advierte que estos no cumplen el requisito de relevancia constitucional, pues pese a que contienen una carga argumentativa, *prima facie,* suficiente, tienen como fin, ciertamente, revivir el análisis jurídico efectuado por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de radicado No. 23001-33-33-005-2017-00085-01.

Al efecto, se observa que la autoridad judicial accionada explicó, en la sentencia del 30 de diciembre de 2020, que:

*“En cuanto al subsidio familiar para los soldados que causen su derecho a la asignación de retiro con posterioridad a julio de 2014, dicha sentencia [de radicado No. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)] concluyó lo siguiente:*

*En conclusión, [l]os soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 20003 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.*

*(…)*

*Revisado el material probatorio se tiene que, en relación con la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro incluyendo como partida computable el subsidio familiar, se precisa que el actor al momento de su retiro devengaba el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 en un porcentaje de 30%, por lo que al liquidarle su asignación de retiro lo tuvieron en cuenta como partida computable en el mismo porcentaje, por lo que es dable concluir que este reconocimiento no está viciado de nulidad, toda vez que al causarse su derecho a la asignación de retiro con posterioridad a julio de 2014, lo procedente era incluir el subsidio familiar devengado en actividad”*[[18]](#footnote-18).

Con esto, resulta evidente que lo pretendido por el tutelante es que se analice nuevamente, la procedencia del reajuste del subsidio familiar al liquidar su asignación de retiro, pues si bien señaló la configuración de dos defectos, lo cierto es que repite los argumentos propuestos en sede ordinaria, tanto en la demanda, como en el recurso de apelación incoado en contra de la sentencia de primera instancia; razón por la que la Sala declarará la improcedencia de estos reproches, por falta de relevancia constitucional.

4.2.- No obstante, el argumento referido a la liquidación de la prima de antigüedad, en el que se alega el desconocimiento de los criterios planteados por la Sección Segunda de esta Colegiatura mediante la sentencia SUJ-015-CE-S2-2019, goza de *relevancia constitucional,* puesto que trata de dilucidar si la decisión de la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba desconoció los derechos fundamentales invocados.

En efecto, este cargo propone, básicamente, que la liquidación de la prima de antigüedad se efectuó se la siguiente manera:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Salario Básico (SB) | SMMLV + 60% | $1.453.642.00 |
| 70% del salario mensual | SB \* 70% | $1.017.549.00 |
| Prima de antigüedad | **(SB\*70%)** \* 38,5 % | **$391.756.52** |

Pero, según el peticionario, la forma correcta de tasar la prima de antigüedad debe ser la que sigue:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Salario Básico (SB) | SMMLV + 60% | $1.453.642.00 |
| 70% del salario mensual | SB \* 70% | $1.017.549.00 |
| Prima de antigüedad | **SB** \* 38,5 % | **$ 559.652.17** |

A pesar de lo expuesto, la actual causa no cumple el requisito de *subsidiariedad*, ya que contra la providencia objeto de tutela puede incoarse el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, regulado por los artículos 256 y siguientes del CPACA. Además, no se avista un perjuicio irremediable que impida que el interesado acuda a la jurisdicción ordinaria a efectos de pedir la protección de los derechos que alega inobservados.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**III. RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar la **IMPROCEDENCIA** de la acción de tutela con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente decisión a los interesados por el medio más expedito.

**TERCERO: ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada en el término.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Presidente de Sala**

|  |  |
| --- | --- |
| **GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE****Consejero de Estado****Aclaración de Voto****Cfr. Rad.** **11001-03-15-000-2019-01299-00** | **NICOLÁS YEPES CORRALES****Consejero Ponente** |

1. Según el documento de certificado 4EE75A6478F3B0E4 4E4E9DD7AFE5F694 08E5C649E4A2472A 57768CD620A5E26F, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 1-2 del documento de certificado 70DF722B2A801006 1C2D4363B3CF5B21 61AFABD692C8FEBC 2F4C7C4E620055BB, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 3-44 del documento de certificado 70DF722B2A801006 1C2D4363B3CF5B21 61AFABD692C8FEBC 2F4C7C4E620055BB, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-3)
4. Obra a folios 18-20 del documento de certificado D03A55830CB92266 C353AECC0BBE9090 4774CF7FF3031726 BE95640A0EF48C86, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-4)
5. Obra a folios 171-174 del documento de certificado D03A55830CB92266 C353AECC0BBE9090 4774CF7FF3031726 BE95640A0EF48C86, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-5)
6. Obra a folios 6-8 del documento de certificado D03A55830CB92266 C353AECC0BBE9090 4774CF7FF3031726 BE95640A0EF48C86, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-6)
7. Obra a folios 176-200 del documento de certificado D03A55830CB92266 C353AECC0BBE9090 4774CF7FF3031726 BE95640A0EF48C86, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-7)
8. Obra a folios 207-211 del documento de certificado D03A55830CB92266 C353AECC0BBE9090 4774CF7FF3031726 BE95640A0EF48C86, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-8)
9. Obra a folios 38-44 del documento de certificado D02A277B05AC04F0 5654607259B9A025 09779F0123A7C2BF C2BBDD8666FF4B45, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-9)
10. El auto obra en el documento de certificado 59F54DF3B63932AC A94A13BD8D52F924 A5C7D7646953566E CE46E1D6D9C66D83, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-10)
11. Las notificaciones obran en el documento de certificado D53C8C31C8B87EDE D38C35D7EBDE233D CCAB086851E47DFF 0E1EDC8F869D85DB, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-11)
12. El auto obra en el documento de certificado 31EE04DB205B5187 717472D5497203E2 B34A4C2B6C04B808 BDE33F9DEEFEF236, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-12)
13. La contestación obra en el documento de certificado A7DB64F70C41CA6E 58D72BEB79FE26F8 522B153B4083983C 39DBE67DAE6107F1, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-13)
14. Obra en el documento de certificado 542CF4F2AEDF6925 DC733FD7B2FE3FE3 043B7E75D4FE2549 6246221B0302178D, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-15)
16. De acuerdo con la sentencia C-590 de 2005, la tutela en contra de providencia judicial está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos generales de procedibilidad: que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; que la petición cumpla con el requisito de inmediatez; que en el evento de fundamentarse la solicitud en una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales; que se identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración de los derechos y, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso y; que el fallo censurado no sea de tutela. [↑](#footnote-ref-16)
17. Los requisitos específicos, también conocidos como defectos, son: defecto orgánico; defecto procedimental; defecto fáctico; defecto material o sustantivo; defecto por error inducido; defecto por falta de motivación; defecto por desconocimiento del precedente; y defecto por violación directa de la Constitución. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 41-43 del documento de certificado D02A277B05AC04F0 5654607259B9A025 09779F0123A7C2BF C2BBDD8666FF4B45, en el expediente de tutela digital. [↑](#footnote-ref-18)