CONSEJERO PONENTE: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre dos mil veinte (2020)

**Referencia:** Acción de tutela

**Radicación:** 11001-03-15-000-2020-04428-00

**Accionante:** Víctor Rafael Díaz Arroyo

**Accionado:** Tribunal Administrativo del Atlántico

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Sala decide la acción de tutela incoada por Víctor Rafael Díaz Arroyo en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico.

# ANTECEDENTES

## Solicitud de tutela

Víctor Rafael Díaz Arroyo, a través de apoderada judicial, solicitó el amparo[[1]](#footnote-1) de sus derechos a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, además de la garantía del principio de confianza legítima, que consideró vulnerados por el Tribunal Administrativo del Atlántico, con ocasión de la sentencia del 15 de noviembre de 2019 proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, identificado con número de radicación 08001-33-33-001-2018-00288-01, que inició en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional ­–CASUR– ­.

1. **Hechos**

**2.1.** El señor Díaz Arroyo presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de CASUR, con las pretensiones de que el juez que resolviera la causa: (i) inaplicara por inconstitucionales los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3 del Decreto 1858 de 2012 que prescriben que el subsidio familiar no es una partida computable para la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional; (ii) declarara la nulidad del acto administrativo E-00003 de 201728655 que negó la inclusión de dicha prestación en su asignación de retiro; y (iii) a título de restablecimiento del derecho, condenara a la entidad demandada a que reliquidara su pensión incluyendo tal emolumento[[2]](#footnote-2).

**2.2.** El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla, en sentencia del 15 de febrero de 2019[[3]](#footnote-3), negó las súplicas de la demanda. Como fundamento principal de su decisión, esgrimió que, los factores computables para la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo, son los contenidos en los artículos 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995 y en el ordinal 23.2 del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004. Con base en esto, concluyó que reconocer emolumentos distintos a los prescritos por la ley implicaría crear un nuevo régimen prestacional sin tener la competencia para ello. Esta decisión fue apelada por Víctor Rafael Díaz Arroyo.

**2.3.** El Tribunal Administrativo del Atlántico, en sentencia el 15 de noviembre de 2019[[4]](#footnote-4), confirmó la decisión del *a quo.* Dentro de sus consideraciones indicó lo siguiente:

**2.3.1**. El artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 no contempla el subsidio familiar como un factor computable para la liquidación de la asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

**2.3.2.** La Corte Constitucional en la sentencia C-941 de 2003 sostuvo que pueden existir diferencias entre los regímenes prestacionales de los miembros de la fuerza pública y estas solo se entenderán como un trato discriminatorio cuando el conjunto del sistema, no apenas uno de sus elementos integrantes, conlleve un tratamiento desfavorable para el destinatario.

**2.3.3.** Las sentencias del Consejo de Estado invocadas por el demandante no constituyen precedente porque definieron un asunto similar, pero para funcionarios de las fuerzas militares. Así, tampoco se advierte una vulneración del derecho a la igualdad pues se pretende comparar sujetos con diferentes rangos, cargos y niveles dentro de la fuerza pública.

1. **Pretensiones de tutela**

Víctor Rafael Díaz Arroyo, el 15 de octubre de 2020[[5]](#footnote-5), presentó escrito de tutela en el que solicitó al juez constitucional que: (i) ampare sus derechos invocados; y ii) ordene al Tribunal Administrativo del Atlántico que emita una nueva decisión en la que los proteja.

1. **Argumentos de la solicitud de tutela**

El peticionario consideró que el proveído enjuiciado incurrió en un defecto por desconocimiento del precedente judicial y en un defecto sustantivo. Para soportar esta afirmación presentó los siguientes argumentos:

* 1. Sus derechos se vulneran debido a que, por concepto de subsidio familiar, percibe unos ingresos distintos, en comparación con otros uniformados. En efecto, a título de subsidio familiar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 318 de 2020[[6]](#footnote-6), recibe un valor de treinta y cuatro mil cuatrocientos cinco pesos ($34.405) por cada uno de sus hijos y no se le reconoce monto alguno en lo que respecta a su esposa. En cambio, a los oficiales, suboficiales y agentes de policía se les reconoce un porcentaje por estar casados o en unión libre y una suma mayor por cada uno de sus hijos, de acuerdo con lo ordenado por los Decretos 1212 y 1213 de 1990. Lo mismo sucede con los integrantes de las fuerzas militares.
	2. El fallador censurado no observó la jurisprudencia de la Corte Constitucional[[7]](#footnote-7) que estableció que: (i) el subsidio familiar es un derecho fundamental por conexidad al mínimo vital que se encuentra en cabeza del núcleo familiar del trabajador; (ii) dicha subvención materializa los postulados de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia; y (iii) en el evento que se considere transgredido el artículo 13 constitucional por existir diferencias en el reconocimiento del referido subsidio, debe aplicarse un juicio integrado de igualdad.
	3. El tribunal no aplicó el test leve de igualdad, desarrollado en la jurisprudencia constitucional, que a su juicio, arrojaba como resultado que no existe justificación constitucionalmente admisible, que explique el trato diferenciado en términos del porcentaje que reciben, a título de subsidio familiar, los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y los demás integrantes de la fuerza pública.
	4. La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 20 de agosto de 2020, al decidir una solicitud de amparo en contra del fallo que resolvió el proceso de nulidad simple iniciado en contra del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004, manifestó que si el debate hubiera girado en torno al reconocimiento del subsidio familiar, sería razonable pensar que los sujetos comparables son los beneficiarios de la prestación, es decir el grupo familiar.
	5. La omisión de aplicar la excepción por inconstitucionalidad de las normas que regulan el porcentaje del subsidio familiar de los miembros del Nivel Ejecutivo, a pesar de que exista una evidente e injustificada contradicción reglamentaria con las normas Superiores, trae la configuración de un defecto sustantivo.
1. **Trámite de tutela e intervenciones**

El magistrado ponente admitió la solicitud en auto del 22 de octubre de 2020[[8]](#footnote-8). Notificadas las partes y los terceros interesados recibió las siguientes respuestas:

**5.1.** El **Tribunal Administrativo del Atlántico** reiteró[[9]](#footnote-9) los argumentos que expuso en la sentencia cuestionada, indicó que la decisión allí adoptada correspondió al marco legal y jurisprudencial que rige la materia, afirmó que no vulneró derechos fundamentales y por último, agregó que “crear derechos laborales por vía de tutela y/o de la excepción de constitucionalidad, en un proceso ordinario de carácter particular y subjetivo como el de nulidad y restablecimiento del derecho, trastoca la integridad e integralidad del sistema jurídico”[[10]](#footnote-10).

**5.2.** La **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional** manifestó[[11]](#footnote-11) que cumplió con la normativa vigente al momento en que profirió el acto administrativo debatido en el proceso ordinario. También solicitó que se negara el amparo deprecado, en razón a que la sentencia censurada en tutela se encontraba ajustada a derecho.

**5.3.** El **Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla**, por su parte,sostuvo[[12]](#footnote-12) que tomó su decisión con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado y las pruebas arrimadas al proceso.

# CONSIDERACIONES

1. **Competencia**

La Sala es competente para decidir la presente acción de tutela en virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

1. **Procedibilidad de la acción**

En los casos en que la solicitud de amparo ataca una providencia judicial, la doctrina constitucional ha indicado que el juez de tutela debe, en forma preliminar, realizar un examen de procedibilidad general de la acción; pues, solo una vez verificada la observancia de los requisitos que la determinan, procede el pronunciamiento de fondo sobre la problemática jurídica que el actor plantea en función de los defectos que reprocha a la actuación acusada y conforme a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[[13]](#footnote-13).

De conformidad con lo anterior, en el presente apartado se efectuará el examen correspondiente a los requisitos generales de procedibilidad de la presente acción.

**2.1.** Víctor Rafael Díaz Arroyo está **legitimado en la causa** *por activa* por cuanto fungió como parte demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho censurado en esta acción constitucional, y por tanto es titular del derecho al debido proceso[[14]](#footnote-14) que alega como vulnerado.

Asimismo, el Tribunal Administrativo del Atlántico lo está *por pasiva*, pues fue la autoridad que profirió la providencia judicial cuestionada.

**2.2.** El tutelante **expresó de manera clara y suficiente los hechos y los fundamentos de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial enjuiciada.** En concreto, manifestó que esta adolece de:

**2.2.1.** Un defecto por desconocimiento del precedente, porque el Tribunal Administrativo del Atlántico: (i) obvió la titularidad, finalidad y ámbito de aplicación del subsidio familiar definidos por la Corte Constitucional; y (ii) no aplicó el test de igualdad desarrollado en la jurisprudencia de esa misma Corporación, que, a su juicio, demuestra que no existe justificación constitucionalmente admisible que explique el trato diferenciado, en términos del porcentaje que reciben a título de esta prestación, los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y los demás integrantes de la fuerza pública.

**2.2.2.** Un defecto sustantivo, porque la autoridad accionada aplicó las disposiciones que regulan el subsidio familiar para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que, según su dicho, son abiertamente inconstitucionales.

**2.3.** Ahora bien, para verificar si tales argumentos tienen **relevancia constitucional** corresponde comprobar si el solicitante expone cargos que trascienden la situación litigiosa propia de la causa ordinaria[[15]](#footnote-15), denotan la posible amenaza o vulneración de un derecho fundamental y protestan una valoración en sentido negativo de la sentencia atacada, en clave de los defectos definidos por la jurisprudencia como únicas causales que habilitan el control constitucional concreto[[16]](#footnote-16).

**2.3.1.** Para hacer ese análisis, es pertinente poner de presente que la decisión censurada, proferida por el Tribunal Administrativo de Atlántico, tuvo por objeto determinar si debía incluirse el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del señor Díaz Arroyo.

En el escrito de tutela, tal como se señaló en el apartado 2.2., el accionante fundó el trato desigual reprochado y el juicio integrado de igualdad, en las diferencias porcentuales que existen en el reconocimiento del subsidio familiar a otros funcionarios pertenecientes a la fuerza pública, y no en la inclusión de esta prestación en la asignación de retiro.

Esta argumentación dista sustancialmente del objeto de debate que fue abordado en el proceso ordinario, en la medida en que las diferencias porcentuales surgen entre personas que se encuentran en servicio activo, y la inclusión del referido subsidio en la asignación de retiro, entre personas pensionadas, estatus que tienen normas específicas, incluso dentro del mismo régimen al que pertenece el interesado. Por ese motivo, resulta evidente que los reproches no se dirigen a atacar el contenido de la sentencia del 15 de noviembre de 2019 y de esa forma, no logran exponer un defecto en ella que haga de esta controversia relevante en términos constitucionales.

**2.3.2.** Sin perjuicio de lo anterior, en aras de hacer un ejercicio más garantista, la Sala entra a revisar los argumentos del señor Díaz Arroyo que podrían ajustarse al caso. A partir de este examen, advierte que estos planteamientos, lejos de expresar una protesta en contra de las razones que sustentaron la sentencia del 15 de noviembre de 2019, presentan un reproche de constitucionalidad abstracto de las normas que reglamentan el subsidio familiar en los uniformados que pertenecen al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Para la parte actora, la diferenciación que la normatividad hace en relación con el subsidio familiar entre los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y otros integrantes de la fuerza pública, implica un desconocimiento de la importancia constitucional que tiene dicha prestación para la familia y la niñez en Colombia. Este asunto, así planteado, escapa a la naturaleza de la acción de tutela como mecanismo de control concreto ante la posible afectación o vulneración de los derechos fundamentales, a partir de una determinada acción u omisión de las autoridades públicas, y no del ordenamiento jurídico en abstracto.

En conclusión, el accionante se dedica a traer elementos teóricos generales del subsidio familiar y a reprochar la inaplicación de la excepción de inconstitucionalidad de las disposiciones que lo regulan, sin exponer cargos que den cuenta de *circunstancias concretas de afectación derivada de la aplicación de estas* que las hiciera contrarias a la Constitución. De manera que, sus reproches carecen de relevancia constitucional, por cuanto no muestran la posible vulneración de garantías *iusfundamentales* a partir de la configuración de un defecto en la aplicación de las normas del subsidio familiar en la sentencia del 15 de noviembre de 2019.

Por consiguiente, la Sala declarará la improcedencia de la solicitud de amparo, en atención a que no superó el lleno de los requisitos generales exigidos para que proceda el pronunciamiento de fondo sobre la problemática jurídica que el actor plantea en esta acción constitucional.

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

**FALLA**

**PRIMERO. DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta por Víctor Rafael Díaz Arroyo en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. NOTIFICAR** la presente decisión a las partes y a los interesados por el medio más expedito.

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

**Notifíquese y cúmplase**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Presidente de Sala**

**Aclaración de voto Cfr. Rad.** **11001-03-15-000-2019-00022-00**

|  |  |
| --- | --- |
| **JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS****Magistrado** | **NICOLÁS YEPES CORRALES****Magistrado** |

1. Archivo electrónico identificado con el certificado 1205E17920D7FB28 D79B9D1379A916FB BFB7973B2576F252 18096AE209347C5B en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-1)
2. Información tomada de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Barranquilla contenida en las páginas 5 a 36 del archivo electrónico identificado con el certificado C32E365FD01A35A7 FF703C10E354195B F7DC49181834B2E8 A954BCC51069D5B1 en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-2)
3. Páginas 5 a 36 del archivo electrónico identificado con el certificado C32E365FD01A35A7 FF703C10E354195B F7DC49181834B2E8 A954BCC51069D5B1 en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-3)
4. Archivo electrónico identificado con el certificado 81F5A33D7583FEF5 94EBB0FEC18B5994 5CE60FE9FCBF16D4 68226C40E233991A en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-4)
5. Archivo electrónico identificado con el certificado 754F5D64476100D7 F034A3CEBE8F4F14 27620FC91B06AB9B E44C45BC45741BB3 en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-5)
6. “Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”. [↑](#footnote-ref-6)
7. El accionante citó las sentencias T–677 de 2007, C–1002 de 2007, C–337 de 2011, C–629 de 2011, T–942 de 2014, T–623 de 2016 y C–053 de 2018. [↑](#footnote-ref-7)
8. Archivo electrónico identificado con el certificado 4CDBC532CFBA4128 7F4DC6BD4372345E 46027C8704912A21 F243AB069090D362 en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-8)
9. Archivo electrónico identificado con el certificado 30AEFF1BFEED32B5 2ACAE04EE85D0677 0CD170DDCFFB331E 43C22388F46518F0 en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-9)
10. Página 8 ibídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Archivo electrónico identificado con el certificado 30126D8487F5304B CEDFFC6A07CD22AF 6A3BA16EB32CFB9A 9157D922C522E759 en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-11)
12. Página 1 del archivo electrónico identificado con el certificado C32E365FD01A35A7 FF703C10E354195B F7DC49181834B2E8 A954BCC51069D5B1 en el expediente digital. [↑](#footnote-ref-12)
13. Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que, si en una decisión judicial se presenta alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional. A saber: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, que ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material de prueba obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el que se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, cuando los jueces desconocen la aplicación de la Ley Fundamental, conforme al mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política que antepone de manera preferente la aplicación de sus postulados. [↑](#footnote-ref-13)
14. Este requisito se verifica en relación con este derecho porque solo su vulneración habilita el control constitucional concreto sobre providencias judiciales. Cfr. sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-14)
15. Por supuesto, el fallador de tutela requiere examinar que, de esos asuntos legales, no se desprendan violaciones a los derechos y deberes constitucionales, pues, de ser así, adquieren relevancia constitucional inmediata. Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2001, citada por la Corte Constitucional en las sentencias T-114 de 2002 y T-136 de 2015. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. sentencia C-590 de 2005. [↑](#footnote-ref-16)