



Radicado: 11001-03-15-000-2021-02665-00
Demandante: Segundo Enrique Rodríguez Díaz

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERA PONENTE: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá D.C., primero (1) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Referencia Acción de tutela
Radicación 11001-03-15-000-2021-02665-00
Demandante SEGUNDO ENRIQUE RODRÍGUEZ DÍAZ
Demandado TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A

Temas Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto por desconocimiento del precedente horizontal. Subsidio familiar. Infante de Marina Profesional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Corresponde a la Sección Cuarta, decidir en primera instancia la acción de tutela instaurada por el señor *Segundo Enrique Rodríguez Díaz*, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1983 de 2017.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 18 de mayo de 2021¹, el señor *Segundo Enrique Rodríguez Díaz*, interpuso acción de tutela contra el *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A*, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, a la seguridad social y al mínimo vital y móvil. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones²:

1. **TUTELAR** los derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y móvil y demás derechos conexos y, en consecuencia:
2. **REVOCAR** la sentencia de fecha agosto 06 de 2020, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección A, C.P. NESTOR JAVIER CALVO CHAVES. Actor. SEGUNDO ENRIQUE RODRIGUEZ DIAZ. Demandada. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Radicado N° 11001333501820180004101.
3. **RECONOCER**, reajustar y pagar el subsidio familiar establecido en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado correspondiente al radicado 11001-03-25-000-2010-00065-00, numero interno 0686-2010 de fecha junio 08 de 2017 y las respectivas aclaraciones.

¹ Fecha tomada del correo enviado por el actor en el que radicó la acción de tutela.

² Hoja 1 del escrito de tutela.



4. **RECONOCER** y pagar la indexación correspondiente al IPC certificado por el DANE y,
5. **RECONOCER** y pagar los intereses causados conforme lo ordena el inciso 3° del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.
6. **SIRVASE**, señor Magistrado reconocerme personería adjetiva para actuar en los términos y condiciones del poder conferido”.

2. Hechos

En el expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

2.1. El señor *Segundo Enrique Rodríguez Díaz* se encuentra vinculado a la Armada Nacional, en las fechas y cargos que a continuación se especifican:

- Como Infante de Marina Regular desde el 5 de mayo de 2000 hasta el 6 de noviembre de 2001.
- Como Alumno Infante de Marina Profesional, desde el 7 de noviembre de 2001 hasta el 7 de marzo de 2002.
- Como Infante de Marina Profesional, desde el 8 de marzo de 2002 a la fecha.

2.2. El 20 de marzo de 2010 contrajo matrimonio con la señora Any Margareth Henry Mendoza.

2.3. Sostuvo el actor, que el 5 de septiembre de 2014 le fue reconocido el subsidio familiar establecido en el Decreto 1161 de 2014

2.4. El 19 de julio de 2017 solicitó al Comandante de la Armada Nacional de Colombia el reconocimiento y pago de la prima de actividad en un 49.5% del salario básico devengado, y el subsidio familiar establecido en el Decreto 1794 de 2000.

Mediante Oficio del 29 de septiembre de 2017, la Jefe de División de Nóminas de la Armada Nacional negó la solicitud del actor. Respecto a la prima de actividad, sostuvo que el Decreto 1794 de 2000 no la contemplaba para el personal de Infantes de Marina Profesional; y frente al subsidio familiar, manifestó que este le había sido reconocido de acuerdo en lo establecido en el Decreto 1161 de 2014, en cuantía del 23% por su cónyuge y su hijo.

2.5. Por lo anterior, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor *Segundo Enrique Rodríguez Díaz* demandó a la Nación - Ministerio de Defensa - Armada Nacional, pretendiendo la nulidad del Oficio que negó su petición en relación con la prima de actividad y del subsidio familiar. A título de restablecimiento del derecho, pidió que ordenara el reconocimiento y pago de la prima de actividad en un 49.5% del salario básico devengado, y que se ordenara pagar el subsidio familiar conforme al Decreto 1794 de 2000.



- 2.6. Del asunto conoció en primera instancia el Juzgado Dieciocho Administrativo de Bogotá (Radicado Nro. 11001-33-35-018-2018-00041-00) que, mediante sentencia del 24 de julio de 2019 negó las pretensiones de la demanda.

En relación con la prima de actividad, indicó que al demandante le era aplicable el Decreto 1794 de 2000, por haber prestado sus servicios en la Armada Nacional como Infante de Marina Profesional, y que en esa medida, no tenía derecho al reconocimiento de este emolumento al no estar contemplado en dicho régimen y que no era posible inaplicar por inconstitucional esta norma con el argumento de ser contrario al derecho a la igualdad, sustentado en que a las Fuerzas Militares sí se les reconocía, ya que el trato diferenciado estaba justificado en razón de las funciones que cumplía una y otra fuerza, por lo que era justificable su reconocimiento a un determinado grupo de servidores.

Del subsidio familiar, indicó que estaba probado que el 20 de marzo de 2010, el actor contrajo matrimonio con la señora *Any Margareth Henry Mendoza*, y que de dicha unión nació el menor Emanuel Rodríguez Henry; y que mediante Orden Administrativa de Personal Nro. 0686 del 5 de septiembre de 2014, le fue reconocido al actor dicho subsidio en cuantía del 20% por matrimonio y 3% por el nacimiento de su hijo, para un total del 23%.

Que debía negarse el reconocimiento del subsidio familiar de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, ya que su reconocimiento estaba supeditado a la radicación de la solicitud que en su caso tuvo lugar el 25 de julio de 2014. En este orden de ideas, al no haber reportado el actor el cambio de estado civil a la entidad demandada como lo ordena el artículo 11, la norma aplicable era la vigente a la fecha en que se presentó la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar, esto es, el Decreto 1161 de 2014, y que así le fue reconocido el beneficio.

- 2.7. La anterior decisión fue apelada por el demandante ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que en sentencia del 6 de agosto de 2020³ confirmó la decisión del Juzgado.

El pronunciamiento se hizo únicamente frente a los argumentos presentados en el recurso de apelación que se orientaron a discutir lo relacionado con el subsidio familiar y así lo dijo en la providencia.

El Tribunal advirtió que, teniendo en cuenta la fecha de vinculación del demandante, la norma vigente para ese momento era el Decreto 1794 de 2000 y que para la fecha en que contrajo matrimonio (30 de marzo de 2010), ya había sido derogada esa norma por el Decreto 3770 de 2009.

Igualmente, indicó que mediante Orden Administrativa de Personal Nro. 0686 del 5 de septiembre de 2014, le fue reconocido al demandante el subsidio familiar en un 23% de conformidad con el Decreto 1161 de 2014.

³ Notificada a las partes por correo electrónico del 18 de noviembre de 2020, según constancia de notificación que obra a folio 131 del expediente ordinario remitido en medio digital al presente trámite.



Sostuvo que, verificado el material probatorio encontraba que, si bien el actor contrajo nupcias en vigencia del Decreto 3770 de 2009 - que posteriormente fue declarado nulo con efectos *ex tunc*- lo determinante era que el interesado radicó en debida forma los documentos para acreditar su derecho al subsidio familiar, en vigencia del Decreto 1161 de 2014, de manera que le asistía derecho al mencionado subsidio, en los términos y porcentajes establecidos en dicha norma.

Por último, anotó que de aceptarse en gracia de discusión que eventualmente podría ser beneficiario del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no debía perderse de vista que dicha norma establece para el soldado profesional la carga de reportar su cambio de estado civil, de manera que solo a partir de allí se acredita la condición para acceder a la prestación social y que en el expediente no había prueba siquiera sumaria que el demandante acreditara su matrimonio y hubiera solicitado el reconocimiento del subsidio familiar en vigencia de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

3. Fundamentos de la acción

Para el accionante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A en la providencia del 6 de agosto de 2020 emitida en segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Nro. 11001-33-35-018-2018-00041-00/01, incurrió en *defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial horizontal*, por las siguientes razones:

Explicó el actor que a todos los Soldados Profesionales que se casaron o declararon la unión marital de hecho en vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se les debía aplicar esta norma.

Además, indicó que el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017 dentro del radicado Nro. 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-2010), declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, lo que quiere decir que la norma que había sido derogada en virtud de este decreto recobró su vigencia y continuó en el ordenamiento jurídico hasta la vigencia del Decreto 1161 de 2014.

Que al haberse declarado nulo el Decreto 3770 de 2009 con efectos *ex tunc*, supone que revivió el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y que todos los Soldados que se casaron o declararon unión marital de hecho en vigencia del decreto declarado nulo, no podían solicitar a la entidad accionada que se reconociera un subsidio familiar que en su momento no estaba contemplado en el ordenamiento jurídico y que fue solo hasta la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, que se abrió la posibilidad de reclamar el subsidio que le era más beneficioso.

Hecho el anterior recuento, citó los siguientes casos relacionados con el precedente horizontal que estimó desconocido por la autoridad judicial accionada:

- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, expediente Nro. 11001-33-42-046-2018-00191-01, sentencia del 11 de noviembre de 2020.



- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, expediente Nro. 25269-33-33-002-2018-00138-01, sentencia del 13 de febrero de 2020.

4. Trámite impartido e intervenciones

- 4.1. Por auto del 26 de mayo de 2021, el despacho ponente admitió la acción de tutela, ordenó notificar a las partes accionante y accionada y dispuso la vinculación como tercero a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional quien actuó como demandado en el proceso ordinario y al Juzgado Dieciocho Administrativo de Bogotá quien emitió la sentencia de primera instancia dentro del proceso con radicación Nro. 11001-33-35-018-2018-00041-00.
- 4.2. El **Juzgado Dieciocho Administrativo de Bogotá**, luego de hacer un recuento de los argumentos que en su momento expuso en la decisión de primera instancia, señaló que no se incurrió en ninguna de las causales especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. Así mismo, que la tutela no era un mecanismo alternativo de defensa, razón por la que pidió se negara la presente acción constitucional.
- 4.3. El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A**, en relación con el caso estudiado en el proceso ordinario, indicó que verificadas las pruebas documentales obrantes en el expediente se encontró acreditado que si bien el demandante, quien laboró al servicio de la Armada Nacional, contrajo matrimonio en vigencia del Decreto 3770 de 2009, el cual posteriormente fue declarado nulo con efectos *ex tunc*, lo determinante al asunto era que radicó los documentos para acreditar su derecho al subsidio familiar en vigencia del Decreto 1161 de 2014, por lo que le asistía derecho a percibir el subsidio familiar en los términos y porcentajes establecidos en la norma en mención, al ser en vigencia de ésta que se reportó su cambio de estado civil para efectos del reconocimiento del subsidio familiar.

Así mismo indicó que de haberse aceptado en gracia de discusión que eventualmente podría ser beneficiario del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no debía perderse de vista que dicha norma establece para el Soldado Profesional la carga de reportar su cambio de estado civil, de tal suerte que solo a partir del momento en que reporta y acredita tal condición para acceder a dicha prestación social, puede hacerse exigible su derecho y que al no haber prueba siquiera sumaria que el demandante hubiera acreditado su matrimonio y hubiera solicitado el reconocimiento del subsidio familiar en vigencia de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y antes de la promulgación del Decreto 1161 de 2014, se resolvió confirmar la decisión del juzgado que negó las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, concluyó que al no advertir vulneración alguna de los derechos fundamentales del actor con la decisión proferida por esa Corporación, debían ser negadas las pretensiones de la demanda de tutela.



4.4. La **Dirección de Asuntos Legales y Administrativos de la Armada Nacional**, allegó correo electrónico dirigido al Grupo Contencioso del Ministerio de Defensa, en el que remitió por competencia funcional el presente asunto. No hubo pronunciamiento de fondo en relación con la presente acción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991⁴, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. Sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales, salvo cuando se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales, y así lo ha reconocido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Dada esa excepcionalidad, la jurisprudencia ha establecido una serie de *requisitos generales*⁵ y *especiales*⁶ que deben cumplirse de forma estricta, para lo cual, se deben reunir todos los requisitos generales, y por lo menos uno de los defectos o requisitos especiales de la acción.

De manera pacífica y reiterada, la jurisprudencia constitucional⁷ ha indicado que cuando se interpone la acción de tutela contra providencias judiciales, el examen de los requisitos generales de procedencia debe realizarse con especial rigor, para no desconocer los principios de autonomía e independencia judicial, y los de legalidad, cosa juzgada y juez natural como elementos esenciales del derecho al debido proceso.

Por lo anterior, la procedencia de la acción contra providencias judiciales exige un mayor rigor en la fundamentación del vicio que se atribuye a la sentencia judicial

⁴ Decreto 2591 de 1991, Art. 1º: “*Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto*”.

⁵ Los **requisitos generales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; ii) el accionante haya utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); iii) que la acción se haya interpuesto en un término prudencial (inmediatez); iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela; vi) injerencia de la irregularidad procesal en la providencia atacada.

⁶ Los **requisitos especiales** para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) defecto orgánico, ii) defecto procedimental, iii) defecto fáctico, iv) defecto material o sustantivo, v) defecto por error inducido, vi) defecto por falta de motivación, vii) defecto por desconocimiento del precedente y viii) defecto por violación directa de la Constitución.

⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-686 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de agosto de 2014. Proceso No. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). M.P. Jorge Octavio Ramírez R.



objeto de tutela y que el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos debe restringirse únicamente a los argumentos planteados por los intervinientes en el proceso.

3. Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos y el escrito de tutela, corresponde a la Sala establecer si al proferir la Sentencia del 6 de agosto de 2020, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho Nro. 11001-33-35-018-2018-00041-00/01, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A incurrió en el *defecto por desconocimiento del precedente horizontal* propuesto por el accionante, al considerar que el mismo Tribunal ha estudiado casos similares en los que ha accedido al reconocimiento del subsidio familiar, conforme al Decreto 1794 de 2000.

4. Defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial y su análisis en el caso concreto.

4.1. El *precedente judicial* busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma y, consecuentemente, se garantice el debido proceso del ciudadano.

Para la Sala⁸, puede plantearse la transgresión del precedente si se demuestra: (i) la existencia de una o varias decisiones judiciales que guardan identidad fáctica y jurídica con el caso en que se solicita su aplicación; (ii) que tales decisiones eran vinculantes para la autoridad judicial demandada, tanto por ser el precedente vigente, como por tener la fuerza vinculante suficiente; (iii) que la decisión judicial que se cuestiona en sede de tutela es contraria al precedente vinculante, (iv) y que el juez de instancia no presentó una justificación razonable para apartarse del precedente vinculante.

El desconocimiento del precedente constitucional es una causal autónoma y específica de procedibilidad, que se configura, entre otros motivos: (i) cuando se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad y/o (ii) cuando se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de tutela, mucho más cuando se trata de sentencias de unificación.

4.2. El señor *Segundo Enrique Rodríguez Díaz* alega la vulneración del derecho a la igualdad, porque considera que la autoridad judicial accionada incurrió en *defecto por desconocimiento del precedente horizontal* ya que en otros casos ha accedido al reconocimiento del subsidio familiar conforme dispone el Decreto 1794 de 2000, al reunir los requisitos exigidos para acceder al mismo, y en su caso concreto negó dicha pretensión.

En lo que tiene que ver con el ***precedente jurisprudencial horizontal***, advierte la Sala que su observancia no es tan rigurosa como la que se predica

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. Sentencia del 23 de abril de 2014. Expediente No. 11001-03-15-000-2013-02625-00. C.P. Jorge Octavio Ramírez.



del precedente vertical que es de obligatorio acatamiento, pues son los órganos de cierre los que trazan una línea jurisprudencial sobre determinado tema, a menos que se mencionen las razones por las que en determinados casos resulte válido apartarse del mismo.

En relación con el precedente proferido por los mismos tribunales, la regla no es rigurosa en la medida en que se trata de posiciones que se adoptan en virtud de la autonomía judicial con la que cuentan y que puede llevar a que existan eventualmente diferencias de criterio y de interpretación al momento de definir casos similares, por supuesto con argumentos razonables y debidamente sustentados.

- 4.3. Los precedentes citados por el accionante en el escrito de tutela fueron igualmente decisiones de la misma Corporación, es decir, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda; sin embargo, el primero de ellos, esto es, la sentencia de la Subsección B, proferida en el proceso con radicación expediente Nro. 11001-33-42-046-2018-00191-01 es del 11 de noviembre de 2020, además de ser posterior a la decisión cuestionada del 6 de agosto de 2020, fue proferida por una Subsección distinta a la que profirió la decisión cuestionada, de manera que no puede ser tenida como precedente pues esta específica causal de procedencia de tutela contra providencia judicial, parte del supuesto de decisiones que existan con anterioridad a la emisión de la sentencia respecto de la que se predica un desconocimiento del antecedente jurisprudencial, de manera que no hay lugar a ningún otro juicio adicional.

El segundo precedente invocado, esto es, el emitido por la Sección Segunda, Subsección D de esa misma Corporación - sentencia del 13 de febrero de 2020, expediente Nro. 25269-33-33-002-2018-00138-01 -, no puede ser tenido como un precedente vinculante, en la medida en que se trata de una Subsección distinta de la que resolvió el caso del actor (Subsección A) y en esa medida, que la Subsección D asumiera un criterio diferente al adoptado por la Subsección A, no constituye la vulneración del derecho a la igualdad, pues se trata de jueces de igual jerarquía, que razonablemente, pueden llegar a conclusiones diversas.

Como se dijo, en virtud de la autonomía judicial, dos jueces de igual jerarquía pueden tener criterios diferentes al momento de proferir una providencia, siempre que se trate de decisiones con una carga argumentativa razonable y suficiente, tal y como ocurre en este caso.

En esa medida, con respecto a este segundo pronunciamiento, no puede hablarse de un desconocimiento al no ser un verdadero precedente vinculante, lo que advierte la Sala es que la Subsección A de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la autonomía e independencia judicial, fundamentó su decisión de manera razonable en las normas aplicables al caso y las pruebas legal y oportunamente aportadas al expediente que le dieron claridad en cuanto a la situación concreta que rodeó el caso del actor *Segundo Enrique Rodríguez Díaz* y que en su criterio



interpretativo, lo llevaron a concluir que no era posible acceder al Subsidio Familiar reclamado en virtud del Decreto 1794 de 2000.

5. Por las razones expuestas en la presente providencia, la Sala encuentra que deben ser negadas las pretensiones de la demanda de tutela presentada por el señor *Segundo Enrique Rodríguez Díaz* al no configurarse el defecto por desconocimiento del precedente en los términos en los que fue propuesto.

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

FALLA

1. **Negar** las pretensiones de la acción de tutela presentada por el *Segundo Enrique Rodríguez Díaz*, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **Notificar** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
3. **Publicar** la presente decisión en la página web del Consejo de Estado.
4. De no ser impugnada la presente providencia, **enviarla** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ