

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

Medio de control	ACCION DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13-001-33-33-009-2018-00121-01
Demandante	YOLANDA SANTIAGO DE MONTERO Y OTROS
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL
Asunto	Improcedencia por subsidiariedad
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, la señora YOLANDA SANTIAGO DE MONTERO Y OTROS contra la sentencia de fecha trece (13) de junio de 2018 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se rechazó la tutela por improcedente, en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –ARMADA NACIONAL.

III. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes:

- *"Tutelar los derechos fundamentales a la igualdad, dignidad humana, debido proceso, mínimo vital, derecho a la pensión y derecho a la vejez digna.*
- *Ordenar al Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional, que de manera inmediata proceda a reconocerle a los accionantes la asimilación militar a que tienen derecho, aplicando a sus asignaciones de retiro la Ley 103 de 1912, y en*



consecuencia, se liquiden con base en la Ley 149 de 1896, por encontrarse esta vigente al momento de pensionarse los accionantes"

1.2. HECHOS (Fs. 2-5)

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

- Los accionantes fueron integrantes de la Banda de Guerra de la Armada Nacional y en estos momentos están pensionados como personal civil de Ministerio de Defensa Nacional.
- Cuando a los actores se les reconoció el derecho a la pensión de jubilación, la normatividad que se les aplicó fue el Decreto 1214 de 1990. Desconociéndose la aplicabilidad de la Ley 103 de 1912 en materia de prestaciones sociales para el personal integrante de las Bandas de Guerra, el cual era la norma vigente.
- La Ley 103 de 1912 fue derogada por la Ley 928 de 2004; todos los miembros de las Bandas de Guerra que se pensionaron antes de la derogatoria de la Ley 103 de 1912 se les debió reconocer la asimilación militar para tales efectos.
- La Ley 103 de 1912 en su artículo 1º estipula "Los miembros de las Bandas de Música del Ejército se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896, asimilación que exclusivamente se refiere al reconocimiento. El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B mediante sentencia del 06 de noviembre de 2003 Radicación (.....) sostuvo que "La Ley 149 de 1896, tiene relevancia exclusivamente en el reconocimiento de prestaciones sociales por que la Ley 103 de 1912 así lo dispuso cuando expresó "se reputan militares para los efectos de la Ley 149 de 1896..." que tenía tal carácter por todo lo anterior se ha concluido que los miembros de las bandas del ejército se reputan/ asimilan a. militares para los efectos de la citada Ley y en su hoja de servicios se les computarán los tiempos determinados e ella, que necesariamente tendrán repercusión en la prestación periódica a que pueden tener derecho. (...)"
- Como corolario la disposición legal debió cumplirse de oficio y a cabalidad por la autoridad administrativa correspondiente en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, pues la asimilación a la luz del artículo en referencia se erigía como un derecho al



reconocimiento de la pensión o asignación de retiro, cuyo mandato, como deber u obligación, era oponible al Ministerio de Defensa Nacional Armada Nacional en otros términos, debió asimilarlos a militares para tal efecto. Al no hacerlo así desconoce el Principio protectorio que orienta al Derecho del Trabajo basándose en la igualdad estipulada en el artículo 13 de la Constitución Política y el Principio de favorabilidad en relación al trabajador consagrado en el Artículo 53 de la carta política.

- La Corte Constitucional en su jurisprudencia precisa que de manera excepcional, se habilita la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio, cuando de acuerdo con las particularidades del caso, se verifiquen los siguientes aspectos: (i) No existe otro medio judicial de protección; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) el caso supone un problema jurídico de relevancia constitucional; y (iv) exista prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido.

2. CONTESTACIÓN DE TUTELA (Fs. 160-173)

En la contestación de Tutela, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, solicitó la improcedencia de la acción de tutela, ya que existen otros mecanismos de defensa para defender los intereses que accionan constitucionalmente.

Manifiesta CREMIL que su obligación es reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, aduce que en este caso ninguno de los accionantes o la Fuerza a la que pertenecían han radicado solicitudes referentes a las peticiones objeto de esta acción advirtiéndolo que CREMIL carece de legitimación de la causa por pasiva.

Declara el accionado que no le corresponde al juez de tutela dirimir las controversias de esta acción, debido a que a este no le corresponde reconocer prestaciones económicas que puedan ser reconocidas por otro medio judicial.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fs. 177 - 184)

A través de sentencia de fecha cinco (05) de marzo de 2018, el A quo decidió **declarar improcedente** la tutela teniendo en cuenta lo siguiente:



De acuerdo con el precedente Constitucional, la Sala concluye que en el caso concreto, la procedencia de la acción de tutela ejercida como mecanismo transitorio contra actos administrativos, que es lo que finalmente pretenden los actores, está sujeta a la comprobación de la existencia de amenaza de un perjuicio irremediable; se precisa que los derechos invocados no pueden considerarse como perjuicios irreparables, esto implica que todos los derechos podrían ser objeto de la acción de tutela y que el juez de tutela desplazaría al juez ordinario quien tiene la función de ejercer el control de legalidad sobre los actos administrativos.

Indica este despacho que los accionantes no demostraron que están expuestos a sufrir perjuicios irreparables, las supuestas violaciones a los derechos invocados puede ser restablecida plena y eficazmente por el juez que controla la legalidad de los actos de la administración.

Por otro lado, en relación con la condición especial que alegan los accionantes, de ser parte de la tercera edad; esta condición por sí sola, no los exime de acreditar los requisitos necesarios para la procedencia de este mecanismo judicial como mecanismo transitorio, ante la existencia de otros medios de defensa; esto permite es que el juez constitucional tenga un criterio más amplio para valorar los elementos de juicio que reposen en el expediente para demostrar tales circunstancias.

Finalmente concluye el despacho que la presente acción de tutela resulta improcedente ya que no cumple con los requisitos que hacen viable esta acción como mecanismo transitorio.

4. IMPUGNACIÓN (Fs. 189-197)

En el escrito de impugnación, el actor expone que encuentra varias inconsistencias en la decisión del a quo, entre estas aduce que no se tuvo en cuenta la integralidad argumentativa y probatoria expuesta en la solicitud provisional de amparo, el a quo solo expone dos argumentos para declarar la improcedencia de la acción de tutela; (i) Posible existencia de otro medio judicial y (ii) Principio de inmediatez, brindando información de estos pero no los contrapone con los argumentos de la acción.

La interpretación de la jurisprudencia constitucional realizada por el fallador para la toma de la decisión, no está acorde al fallo; ya que se estipula una protección a los derechos ciertos e indiscutibles en el ámbito laboral de forma excepcional cuando se vulneran derechos fundamentales.



El actor considera que se les está sometiendo a un perjuicio irremediable, tomando como referencia las edades de los accionantes quienes son considerados adulto mayor y no cuentan con tiempo para acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para dirimir el conflicto.

Manifiesta el actor que el presente caso cuenta con relevancia constitucional ya que vulnera derechos fundamentales como el debido proceso, seguridad social, igualdad de los accionantes por el no reconocimiento prestacional. Además señala que presentó prueba sumaria de la violación del derecho a la igualdad por parte del Ministerio de Defensa.

El accionante solicitó nuevamente le sean amparados sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y a la vida digna y que le sea ordenado al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL, para que de manera inmediata proceda a reconocerles la asimilación militar solicitada.

5. TRÁMITE

La acción de la referencia fue admitida el día 29 de mayo de 2018 (F. 150), notificada el 30 de mayo de 2018 (F. 151).

El día 13 de junio de 2018, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, envió respuesta de la Acción de Tutela de la referencia (Fs. 160-173)

El 13 de JUNIO de 2018, se dictó el fallo de primera instancia (F. 177-184) y el día 20 de junio de 2018 (Fs.189-197) se presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 21 de junio de 2018 concedió la impugnación para que surta el recurso ante el superior funcional. (F. 199)

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en



primera instancia por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿En el sub judice es procedente la tutela para ordenar el reconocimiento de la asimilación militar a miembros de la Banda de Guerra de la Armada Nacional?

Si la respuesta es negativa, se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario se revocará.

3. TESIS

Esta Sala de Decisión, confirmará el fallo impugnado debido a que la tutela no es el mecanismo procedente para solicitar el reconocimiento de la asimilación militar a miembros de la Banda de Guerra de la Armada Nacional, por no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el



La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.2 LA SUBSIDIARIEDAD O RESIDUALIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

Como se describió en las características esenciales de la Acción de Tutela, la subsidiariedad se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la Acción es vital para su procedencia.

De conformidad con el artículo 86 Constitucional, se puede dilucidar en qué consiste la subsidiariedad o residualidad de la Acción de Tutela.

"Artículo 86. Acción de Tutela. 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.



cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"¹.

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

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

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o con respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión." (Subrayado fuera del texto original)

De la lectura del artículo en cita, se entiende que la subsidiariedad de la Acción de Tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta judicial para la defensa de sus Derechos Constitucionales Fundamentales.

Atendiendo los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, se reafirma lo plasmado en la Carta Fundamental, como lo deja entrever este fragmento:

*"Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar "una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales", razón por la cual **no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.***

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. **Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada**



de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior. (Subrayas fuera del texto original)²

En ese sentido, las personas deben buscar la efectividad y protección de los Derechos Fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello, y en el caso que no existan dichos mecanismos es ahí cuando se debe acudir ante el Juez de Tutela, para exigir la protección de sus derechos.

Sin menoscabo de lo anterior, es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad en la Acción de Tutela, esto es cuando: **i-**. El interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; **ii-**. Teniendo otro medio judicial éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y, **iii-**. En los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela.

Cuando el Accionante se encuentra en cualquiera de las situaciones arriba descritas puede acudir, sin ningún reparo, ante el Juez de Tutela, sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección, restablecimiento y materialización del derecho conculcado sobre el carácter subsidiario de la Acción de Tutela.

4.3 PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.

Precisa la Sala que los accionantes al solicitar una asimilación militar están en búsqueda de una reliquidación pensional por medio de esta acción constitucional. Sobre la posibilidad de obtener a través de la acción de tutela reliquidación pensional, la Corte Constitucional ³ ha manifestado:

"6.2. En materia de reliquidación de pensiones por regla general la acción de tutela resulta improcedente, en tanto las controversias relacionadas con la seguridad social pueden ser resueltas a través de los medios de defensa que ofrece el ordenamiento jurídico, los cuales pueden ser de tipo administrativo o judicial.

En ese sentido, esta Corte, en la sentencia T-724 de 2013, determinó que "si el reconocimiento de una pensión por parte del juez de tutela es excepcionalísimo, debido a que está condicionado a la puesta en peligro de derechos fundamentales, circunstancia que debe demostrarse, con mayor razón el amparo constitucional por regla general se torna improcedente para ordenar reliquidación de pensiones ya reconocidas, pues por una parte, esta materia compete al juez

² Sentencia SU-037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.

³ Sentencia T-177 de 2015. MP. Jorge Ivan Palacio Palacio



ordinario y debe ventilarse en el escenario natural propio de esa clase de procesos, pero adicionalmente en estos casos se está ante una prestación económica ya reconocida y en consecuencia, por regla general, no existe amenaza o vulneración del derecho al mínimo vital del solicitante".

6.3. No obstante, existen situaciones en las cuales los medios ordinarios de defensa judicial pueden resultar ineficaces, para garantizar la protección de los derechos que hayan sido amenazados o vulnerados con la indebida liquidación de la mesada pensional, ello ocurre cuando se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que torna procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio de amparo.

De este modo, le corresponde al juez constitucional examinar la situación fáctica de cada caso en concreto, y las condiciones particulares de quien reclama el amparo constitucional para que de esta forma determine si el no reconocimiento del derecho pensional amenaza o vulnera los derechos fundamentales del actor, convirtiendo un problema de orden legal, que en principio debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, en un conflicto de rango constitucional, que debe ser objeto de análisis del juez de tutela.

6.4. En ese sentido, esta Corporación estableció una serie de requisitos que deben ser acreditados por la persona que pretenda obtener el amparo transitorio de los derechos que considere vulnerados con la liquidación incorrecta de su pensión, a saber:

"(i) el interesado tenga la calidad de jubilado, esto es, que se le haya reconocido su derecho pensional; (ii) el tutelante haya agotado los medios de defensa en sede administrativa y la entidad se mantenga en negar lo pedido; (iii) se haya acudido a la jurisdicción competente o que de no haberlo hecho se deba a causa ajena no imputable al actor, (iv) se demuestren las especiales condiciones del accionante y la inminente concurrencia de un perjuicio irremediable que hacen necesaria la intervención del juez constitucional, si el asunto gira estrictamente sobre una discrepancia litigiosa, su conocimiento y resolución desborda el conocimiento del juez de tutela, y, finalmente, v) no es suficiente que sean invocados fundamentos de derecho para que proceda el amparo transitorio, pues es necesario que sean acreditados los supuestos fácticos que demuestren las condiciones materiales del demandante."

6.5. En conclusión, si bien es cierto la acción de tutela, por regla general, es improcedente para ordenar la reliquidación de la pensión, porque existen medios ordinarios que resultan idóneos y eficaces para la satisfacción de este derecho prestacional, también lo es que, de forma excepcional, esta acción constitucional procede como mecanismo transitorio de amparo, eso sí, siempre que se acredite cada uno de los requisitos fijados por la jurisprudencia constitucional."

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

Revisada la demanda y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:



- Obra en el expediente cedula de YOLANDA SANTIAGO DE MONTERO (Fs. 123)
- Obra en el expediente copia de cedula del señor DALMIRO DANIEL CHAVEZ PEREZ (Fs. 99)
- Obra en el expediente copia de la cedula del señor ROBINSON GUZMAN ZAPATEIRO (Fs. 111)
- Obra en el expediente cedula de MARIA DEL ROSARIO SEPULVEDA IZQUIERDO (Fs. 113)
- Obra en el expediente cedula de ZAIDA DEL CARMEN OROZCO CARDALES (Fs. 120)
- Obra en el expediente cedula de ALEX ROBLES CARABALLO (Fs. 117)
- Obra en el expediente cedula de NELSON ANTONIO HERRERA GANDARA (Fs.115)
- Obra en el expediente copia de la Resolución 3639 de 2010 mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a YOLANDA SANTIAGO DE MONTERO (Fs. 127)
- Obra en el expediente copia de la Resolución 10897 de 1994 mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a DALMIRO DANIEL CHAVEZ PEREZ (Fs. 128-129)
- Obra en el expediente copia de la Resolución 2444 de 1989 mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a ROBINSON GUZMAN ZAPATEIRO(Fs. 138)
- Obra en el expediente copia de la Resolución 494 de 2007 mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a ZAIDA DEL CARMEN OROZCO (Fs. 141-143)
- Obra en el expediente copia de la Resolución 07169 de 1995 mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a ALEX ROBLES CARABALLO (Fs. 146-148)
- Obra en el expediente copia de la Resolución 00356 de 2000 mediante la cual se le reconoció la pensión de jubilación a NELSON ANTONIO HERRERA GANDARA (Fs. 134-135)

5.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

La señora, YOLANDA SANTIAGO DE MONTERO Y OTROS, presentó acción de tutela contra, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –ARMADA NACIONAL, a efectos de que se le ampararan sus derechos fundamentales



a la igualdad, dignidad humana, debido proceso, mínimo vital, derecho a la pensión y derecho a la vejez digna.

Para el restablecimiento de sus derechos solicita se ordene a la accionada que de manera inmediata proceda a reconocerle a los accionantes la asimilación militar a que tienen derecho, aplicando a sus asignaciones de retiro la Ley 103 de 1912, y en consecuencia, se liquiden con base en la Ley 149 de 1896, por encontrarse esta vigente al momento de pensionarse los accionantes.

El Juez de primera instancia declaró improcedente la tutela para obtener el reconocimiento de la asimilación militar; considerando que la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio contra actos administrativos está sujeta a la comprobación de la existencia o amenaza de un perjuicio irremediable, lo cual no se acreditó en el subjudice. Igualmente precisa el a quo que la condición de pertenecer a la tercera edad, por sí sola no exime de la acreditación de los requisitos necesarios para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio, ante la existencia de otros medios de defensa. Decisión que fue objeto de la impugnación, de la cual se ocupa la Sala en este momento.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial, así como los hechos probados y el objeto de la impugnación.

Como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, la acción de tutela tiene naturaleza subsidiaria; y su finalidad es la de la protección de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o conculcados. En este orden el carácter subsidiario, conlleva a que las controversias relacionadas con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltas por las vías ordinarias, ya sean jurisdiccionales o administrativas y solo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no sean idóneas para evitar un perjuicio irremediable resulta viable acudir a la acción de amparo constitucional.

En el sub judice, los actores persiguen la asimilación militar para efectos de reliquidar sus respectivas pensiones de jubilación; sin embargo no existe en el plenario prueba alguna del cumplimiento de todos y cada uno de los



requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional⁴. En este orden si bien están acreditadas las calidades de jubilados de los accionantes, no están demostrando que hayan agotado los medios de defensa en sede administrativa, tampoco que se haya acudido a la jurisdicción competente; si bien dos de los accionantes se encuentran en el segmento de la tercera edad (YOLANDA SANTIAGO DE MONTERO y NELSON HERRERA GANDARA), ello por sí solo no habilita la procedencia excepcional del medio de amparo constitucional.

Aunado lo anterior, los accionantes no acreditaron la afectación al mínimo vital, tampoco haber desplegado alguna actividad administrativa o judicial tendiente a la protección de sus derechos, así mismo no acreditaron que los medios ordinarios establecidos sean ineficaces, para la efectiva protección de sus derechos; igualmente no se probó la configuración o amenaza de un perjuicio irremediable. Como se indicó en párrafos anteriores, la condición de pertenecer al segmento de la tercera edad, por sí solo no habilita para el ejercicio excepcional de la acción de tutela, con el fin de reclamar el reconocimiento o reliquidación pensional; sino que requiere además la acreditación de los demás requisitos señalados en la sentencia citada en el marco normativo y jurisprudencial, los cuales deben cumplirse de manera concurrente.

Por lo anterior la Sala, frente al incumplimiento del requisito de la subsidiariedad, confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia de fecha cinco (13) de junio de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declara improcedente la solicitud de Tutela de la señora YOLANDA SANTIAGO DE MONTERO Y OTROS de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

⁴ Sentencia T-177 de 2015. MP. Jorge Ivan Palacio Palacio.



SEGUNDO: COMUNÍQUESE la presente providencia al Juzgado de origen y, por secretaría

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutoriada ésta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° ____.

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Ausente con permiso.

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

