

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 4o

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No.:	11001-33-34-006-2021-00381-00
ACCIONANTE:	JAIME ROJAS VARGAS
ACCIONADO:	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL – DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES -
Acción:	TUTELA
Sentencia de primera instancia	

Procede el Despacho a emitir sentencia en la acción de tutela promovida por el señor **Jaime Rojas Vargas** contra el **Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional-Dirección de Prestaciones Sociales-**.

I. ANTECEDENTES

HECHOS EN QUE SE FUNDA LA ACCIÓN

Los hechos expuestos por el accionante, relevantes para el fondo del asunto, se sintetizan así:

-Aduce que contrajo matrimonio con la señora Lina Marcela Figueroa Duran, identificada con C.C. No 1.052.384.366 de Duitama, según consta en registro civil de matrimonio del 17 de septiembre de 2008 en la Notaría Segunda, motivo por el cual se debe tener en cuenta ese año.

-Indica que en el año 2008 se dirigió al batallón correspondiente para hacer cambio de su estado civil, papeles que se debían radicar con el primer personal de las brigadas para acceder al subsidio familiar y que pese a que le recibieron los documentos le informaron que el subsidio familiar se encontraba desactivado por orden de comando del ejército.

- Manifiesta que como se evidencia en el acta de unión marital de hecho del 14 de abril de 2010 contrajo matrimonio, lo cual determina y ratifica su derecho al subsidio familiar establecido en el Decreto 1794 de 2000.

-Reitera que se debe tener en cuenta que el 17 de septiembre de 2008 contrajo matrimonio con la señora LINA MARCELA FIGUEROA DURAN, por lo que le asiste derecho en los términos del Decreto No. 1794 de 2000 al reconocimiento del subsidio familiar equivalente al 4%.

-Explica que no pudo acceder al subsidio familiar con el Decreto No. 1794 de 2000, el cual en ese momento se encontraba vigente, debido a que el ejército había desactivado dicho subsidio y que el mismo sólo fue activado hasta el año 2014, con el Decreto No. 1161 del año 2014, dejándolo en desigualdad y pérdida de su derecho adquirido.

-Afirma que el ejército no tiene las facultades para declarar la nulidad del subsidio familiar en ese momento y que al desactivar el mismo, vulneró los derechos a la igualdad y mínimo vital, creando una discriminación directa y una desmejora en sus condiciones salariales y prestacionales.

PRETENSIONES.

Solicita el accionante que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, e igualdad y principio de favorabilidad. Como consecuencia de ello solicita:

“PRIMERO: Solicito ordenar a COPER- COMANDO DE PERSONAL DEL EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA en principio que se me reconozca el derecho ya adquirido al subsidio familiar bajo el DECRETO 1794 del año 2000 por estar dentro de los términos establecidos, ya que mi matrimonio consta de fecha 17 de septiembre de 2008, según consta registro civil de matrimonio, notaria segunda, estando en vigencia el DECRETO 1794 de 2000.

SEGUNDO: Solicito se haga el respectivo retroactivo siendo jurídicamente viable ya que en primer lugar el ejército desactivo el subsidio familiar hasta la expedición del nuevo DECRETO 1161 del año 2014 en el cual se empezó a reconocer el subsidio familiar desconociendo a quienes teníamos el derecho ya adquirido por fechas ya establecidas en vigencia del anterior decreto y tiempo de suspensión por parte del ejército de este subsidio”.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue presentada el 17 de noviembre de 2021 a través de la plataforma dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura¹ y mediante

¹ Acta individual de reparto (Archivo 06 expediente digital)

providencia del 18 de noviembre del mismo mes y año se admitió y se dispuso notificar a la entidad accionada y se le concedió el término de dos días para pronunciarse sobre los hechos que motivaron la acción, así mismo se requirió a la accionada para que allegara información y certificación relacionada con los hechos de la presente. El mismo día fue notificado el auto admisorio a la entidad accionada, mediante envío de correo electrónico dirigido al Director de Personal del Ejército Nacional-Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional-².

III. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA

1. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL-COMANDO DE PERSONAL-DIRECCION DE PERSONAL-

La accionada, mediante correo electrónico enviado el 19 de noviembre de 2021, suscrito por el Oficial Sección Ejecución Presupuestal DIPER, dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

Manifiesta que al consultar el archivo documental se encontró que mediante oficio radicado **No. 2021311001661191** del 13 de agosto de 2021, le fue otorgada respuesta a la petición que versa sobre las mismas pretensiones.

Agrega que consultado el Sistema de Información Administración de Talento Humano (SIATH), se encontró que al actor mediante Orden Administrativa de Personal No. 1887 de 30 de agosto de 2014, le fue reconocido el 23%, con novedad fiscal 10 de julio de 2014 de la siguiente manera:

20% por el matrimonio con la señora Lina Marcela Figueroa Durán.

3% por el nacimiento de su hijo Sergio Julián Rojas Figueroa.

Explica que el acto administrativo por el cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar, se expidió bajo el ordenamiento jurídico del Decreto 1161 de 2014, norma que se encuentra vigente y goza de presunción de legalidad.

Sostiene que no obra registro de solicitud alguna para la fecha que refiere el actor, añade que en cuanto a la solicitud de que se efectúe el reconocimiento y pago del

² Archivo 09 expediente digital.

subsidio familiar conforme a lo previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 200, aclara que si bien es cierto, existe sentencia del Consejo de Estado sus efectos son ex tunc y que en el caso particular existe una situación jurídica consolidada por cuanto ya se había reconocido esta acreencia.

Asegura que no es viable jurídicamente acceder a la solicitud del accionante, por cuanto el acto administrativo que ordenó el reconocimiento, se encuentra vigente; goza de presunción de legalidad y se trata de una situación jurídica consolidada y que la solicitud de reconocimiento del retroactivo se niega de plano al no ser procedente legalmente.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional para afirmar que el presente asunto se enmarca dentro de la situación fáctica de hecho superado, al tiempo que indicó que el accionante contaba con otra vía judicial a la cual podía acudir, máxime cuando se trata de reconocimientos que no le han sido negados y que no media afectación a derecho fundamental alguno y que sólo el Juez ordinario a través del control de nulidad puede disponer el retroactivo de los dineros que aduce en caso que le asista tal derecho.

Expresa que como lo pretendido por el accionante es incrementar sus ingresos, el mecanismo eficiente es la acción ordinaria ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la cual se puede ordenar la suspensión de los efectos del acto administrativo como medida precautelar, desde antes de la admisión de la demanda, cuando se acredite que con la ejecución del acto se puede causar al actor un perjuicio.

Añade que la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela se torna improcedente cuando se trata de exigir el pago de una suma de dinero por concepto de acreencias laborales, excepto cuando se afecten otros derechos fundamentales como el mínimo vital, la dignidad humana y la integridad física, situaciones que no le resultan aplicables al accionante, toda vez que en la actualidad goza de un salario el cual no es precario.

Con base en lo anterior, solicita se rechace la presente acción por improcedente, consecuencialmente, se desestimen las pretensiones del actor, toda vez que no ha conculcado derecho alguno y no existen razones fácticas ni jurídicas que acrediten la vulneración de derechos fundamentales; que se tenga como un hecho superado y

que se declare que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el fin perseguido y que cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

IV. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de esta acción según lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, dado que las conductas que motivan la acción se producen en esta ciudad, en concordancia con lo establecido en el Decreto 333 de 2021, que modificó las reglas de reparto de la acción de tutela.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo planteado por el accionante en el escrito de tutela, corresponde al Despacho establecer si la autoridad accionada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, e igualdad y principio de favorabilidad respecto del reconocimiento y pago del subsidio familiar, junto con su respectivo retroactivo, desde el 17 de septiembre de 2008, fecha en la que contrajo matrimonio, en los términos del Decreto No. 1794 de 2000 en un porcentaje equivalente al 4%.

3. MARCO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

3.1. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El derecho fundamental al debido proceso aparece consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual preceptúa: “*el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”. Con base en lo anterior, el debido proceso administrativo se refiere a la obligación que recae en la administración de actuar con base en las normas o procedimientos previstos previamente por el Legislador o la autoridad competente, para el cumplimiento de una determinada actuación administrativa. En otras palabras, siguiendo lo dicho en la sentencia T-552 de 1992, “*se trata del cumplimiento de la secuencia de los actos de la autoridad administrativa, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, y que tienden a un fin, todo de acuerdo con la disposición que de ellos realice la ley*”³.

³ Corte Constitucional. Sala de Revisión de Tutelas. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Sentencia de Tutela No. 552

Luego, este derecho impone a todas las autoridades someter sus actos al trámite establecido para el efecto y actuar con base en los principios que orientan la función pública.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado la interpretación de lo que se debe considerar el derecho fundamental al debido proceso:

“El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso y ordena que sea aplicado en todas las actuaciones administrativas y judiciales. Además, desarrolla un conjunto de garantías específicas, tales como el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el principio de favorabilidad penal, el derecho a la defensa, la contradicción, a aportar pruebas y a impugnar las sentencias.

Este derecho constituye uno de los elementos más importantes del orden constitucional. En primer lugar, porque el constitucionalismo puede entenderse como la existencia de límites al poder público y, en segundo término, porque el debido proceso (uno de sus componentes esenciales) asegura que las decisiones de las autoridades se basen en leyes dictadas por el Congreso democráticamente elegido, al tiempo que prohíbe la arbitrariedad y el capricho y exige que las actuaciones del Estado sean racionales, razonables y proporcionadas.

El debido proceso es entonces una exigencia de ajuste de las decisiones públicas al Derecho. Los principios de razonabilidad (que las decisiones persigan fines constitucionalmente legítimos y no generen tratos desiguales), y de proporcionalidad (según el cual la satisfacción de esos propósitos no puede llevar a una lesión intensa de otros principios o fines constitucionales), complementan los rasgos de este principio constitucional.

*El conjunto de principios y garantías sustanciales, derivados del artículo 29 Superior, se cumple en trámites reglados. En ellos se enlazan las garantías en una serie de pasos, definidos según el ámbito de la actuación, para alcanzar los fines legítimos a la luz de la Constitución, garantizando siempre al interesado el derecho a ser oído, presentar pruebas y controvertir aquellas que obren contra sus intereses. Al respecto, se expresó en la sentencia C-1189 de 2005 que el debido proceso administrativo corresponde “(i) al conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal [...] con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado **funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados**”.*

Las garantías del debido proceso se concretan de formas distintas, o con distinta intensidad, según el tipo de procedimiento o trámite en que deben aplicarse. La finalidad que se persiga en ellos y el nivel de afectación de los derechos fundamentales de la persona inmersa en cada trámite, son los parámetros para

de 7 de octubre de 1992. Exp. Ref. T-3197.

definir el estándar en que cada garantía se desarrollará, preservando siempre, como mínimos, la defensa y contradicción.

En el campo específico de los procedimientos administrativos, la Corte ha explicado que las garantías que integran el derecho son, entre otras “i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) a ser notificado en debida forma; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a ejercer los derechos de defensa y contradicción; ix) a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso⁴”

3.2. MINIMO VITAL

La Corte Constitucional⁵ ha reiterado que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *“constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”*

En este orden de ideas, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida.

Al existir diferentes mínimos vitales, es una consecuencia lógica que haya distintas cargas soportables para cada persona. Para determinar esto, es necesario indicar que entre mayor sea el ingreso de una persona, mayor es la carga que puede soportar y, por ende, la capacidad de sobrellevar con mayor ahínco una variación en el caudal pecuniario que reciba. Por esta razón, la Corte Constitucional⁶ ha determinado que los requisitos que deben comprobarse para acreditar la

⁴ Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Sentencia de Tutela No. 324 de 25 de mayo de 2015. Exp. Ref. T-4664494.

⁵ Sentencia SU-995/99.

⁶ Con referencia a la exposición de los alcances de la protección del derecho al mínimo vital Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-995/99.

vulneración del mínimo vital, “se resumen en que (i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidad (sic) básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave”. (subraya fuera del original)

En suma, el derecho al mínimo vital se relaciona con la dignidad humana, ya que se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna. Encuentra su materialización en diferentes prestaciones, como el salario o la mesada pensional, mas no es necesariamente equivalente al salario mínimo legal, pues depende del status que haya alcanzado la persona durante su vida. Empero, esta misma característica conlleva a que existan cargas soportables ante las variaciones del caudal pecuniario. Por lo mismo, ante sumas altas de dinero, los cambios en los ingresos se presumen soportables y las personas deben acreditar que las mismas no lo son y que se encuentran en una situación crítica. Esto se desprende de las reglas generales de procedencia de la acción de tutela contempladas en el artículo 86 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991.

De manera pues, que a fin de examinar la vulneración del derecho al mínimo vital no es posible analizarlo bajo el rasero objetivo, general e impersonal de la ley, sino que atendiendo el principio constitucional de prevalencia de la dignidad humana que se dirige a mirar las condiciones de vida particular de cada ser humano, debe analizarse si en el caso concreto con las acciones u omisiones de la autoridad pública o el particular que cumpla funciones públicas las mismas se están mermando.

3.3. DERECHO A LA IGUALDAD

El derecho a la igualdad ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, y desde sus inicios dicha Corporación lo ha definido así:

“Concepto de igualdad

6. La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de comparación". Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista

desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado tertium comparationis, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad.

Alcance del principio de igualdad

7. El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como principio normativo de aplicación inmediata, supone la realización de un juicio de igualdad, a la vez que excluye determinados términos de comparación como irrelevantes; es así como, en atención al principio de igualdad se prohíbe a las autoridades dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio "por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

En relación con el anterior criterio, en otras decisiones se ha reiterado que los supuestos de hecho iguales deben recibir el mismo tratamiento jurídico, porque sólo así, se materializa la protección constitucional al principio a la igualdad. Por manera que al demostrarse que a un mismo supuesto de hecho se le da un trato diferenciado, será necesario corregir dicha situación mediante los instrumentos legales previstos, que en el caso de la afectación de este principio en su dimensión de derecho fundamental es procedente el mecanismo excepcional de la tutela.

3.4. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Sea lo primero indicar que el principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, *“los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social”*, respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece⁷.

En consecuencia, el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha precisado:

⁷ Sentencia T-832A de 2013. Sobre el particular, la Corte sostuvo en esa providencia lo siguiente: *“El legislador desarrolló el principio de favorabilidad en armonía con el criterio de conglobamento en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos: ‘Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad’ (énfasis añadido). En acuerdo con el anterior precepto, el artículo 20 del mismo cuerpo normativo expresa: ‘Conflictos de leyes. En caso de conflicto entre las leyes del trabajo y cualesquiera otras, prefieren aquéllas’. Cabe precisar, sin embargo, que el criterio de inescindibilidad o conglobamento no es absoluto y por ello admite diversas limitaciones atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad analizables en cada caso concreto (Infra 59 y 60)”*.

“(…)

En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva⁸. Igualmente, la Sala precisa que la duda que surge en este contexto es de carácter normativo, por esa razón no es posible la utilización de estos principios en caso de incertidumbre sobre la ocurrencia de un aspecto fáctico, esto es, en el escenario de la prueba de los hechos^{9,10}

Así mismo a efectos de precisar el alcance del principio de favorabilidad, en sentencia T-1268 de 2005 la Corte estimó: *“la favorabilidad opera no solo cuando existe conflicto entre dos [disposiciones jurídicas] de distinta fuente formal, o entre dos [disposiciones jurídicas] de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola [disposición jurídica] que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes”*.

Ahora bien, es preciso mencionar que existe la interpretación *pro homine*, en virtud del cual *“las normas han de ser interpretadas en favor de la protección y goce efectivo de los derechos de los individuos, en procura de que los preceptos legales se conviertan en instrumentos que respeten en la mayor medida posible, las garantías y prerrogativas esenciales para la materialización de la mejor calidad de vida de las personas¹¹”*.

Este criterio de interpretación tiene sustento en los artículos 1º y 2º de la Constitución, que consagran la dignidad humana y la efectividad de los principios, derechos y deberes contenidos en la Carta como fin social. Así entonces, el servidor judicial tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca y garantice tales postulados constitucionales¹². Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia *“principio de interpretación pro homine”* o *“pro persona”¹³*

3.5. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

⁸ Cfr. Sentencia T-1268 de 2005.

⁹ Esta imposibilidad de aplicar los principios de favorabilidad e in dubio pro operario en el escenario de la prueba de los hechos no se opone, sin embargo, al uso de estándares flexibles en materia probatoria laboral y de la seguridad social.

¹⁰ Sentencia T-832A de 2013. Reiterada en la sentencia T-730 de 2014

¹¹ Sentencia T-121 de 2015. Reiterada en la sentencia T-536 de 2017.

¹² Sentencia T-536 de 2017.

¹³ Sentencia C-438 de 2013.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede siempre que el tutelante no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, la Corte Constitucional¹⁴ ha señalado lo siguiente:

“Se encuentra ya muy decantada la jurisprudencia de la Corte acerca de la naturaleza residual de la acción de tutela y sus condiciones de procedencia cuando existe un mecanismo ordinario de defensa. Así ha destacado en múltiples oportunidades <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-023-11.htm> - fn10 que los medios y recursos judiciales ordinarios son el escenario preferente para invocar la protección de los derechos constitucionales fundamentales que se consideren vulnerados en una situación específica, y a ellos deben acudir, en principio, los afectados, a fin de hacer prevalecer la supremacía de estos derechos y el carácter inalienable que les confiere la Carta¹. En consecuencia, la acción de tutela adquiere la condición de medio subsidiario, cuyo propósito no es el de desplazar a los otros mecanismos, sino el de fungir como último recurso orientado a suplir los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias presenta el orden jurídico, en materia de protección de derechos fundamentales.

Así, la protección de derechos fundamentales es un asunto que el orden jurídico reserva a la acción de tutela en la medida que el mismo no ofrezca al afectado otros medios de defensa judicial, de igual o similar eficacia. Sin embargo, de la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no deviene automáticamente la improcedencia de la acción de tutela.

En aquellos eventos en que se establezca que el ordenamiento jurídico tiene previsto un medio ordinario de defensa judicial, corresponde al juez constitucional resolver dos cuestiones: la primera, consiste en determinar si el medio judicial alterno presenta la idoneidad y eficacia necesarias para la defensa de los derechos fundamentales. Si la respuesta a esa primera cuestión es positiva, debe abordarse la cuestión subsiguiente consistente en determinar si concurren los elementos del perjuicio irremediable, que conforme a la jurisprudencia legitiman el amparo transitorio.¹²¹”

El anterior criterio fue reiterado en la sentencia T-177 de 2011:

En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.¹⁵

¹⁴.- Sentencia T-972/05.

¹⁵.- Sentencia T-177/11.

Y particularmente sobre el perjuicio irremediable, en sentencia T-225 de 1993 indicó que para que se esté ante un perjuicio irremediable se hace necesario los siguientes elementos: i) un perjuicio inminente, ii) medidas que deben adoptarse de manera urgente frente al mismo; y iii) que el peligro emergente sea grave; de ese modo la protección de los derechos fundamentales se tornaría impostergradable.

Por lo anterior, teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, corresponde al juez constitucional determinar la procedencia de dicha acción como mecanismo principal o transitorio, valorando la idoneidad y eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable.

3.5.1. REQUISITO GENERAL DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA: SUBSIDIARIEDAD.

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-544/13, sobre el requisito se subsidiariedad, puntualizó:

“(...)

Requisito de subsidiariedad. Reiteración de Jurisprudencia

La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual, subsidiario y cautelar, orientado a proteger de manera inmediata los derechos fundamentales que están siendo amenazados o conculcados.

Lo anterior, conforme a lo estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política que consagra a la acción de tutela como un mecanismo de naturaleza subsidiaria, para la protección de los derechos fundamentales que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.¹⁶ De lo anterior se deduce, que no es la finalidad de esta acción ser un mecanismo alternativo a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro sin ninguna distinción, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias.

Sin embargo, la existencia de otro medio judicial no significa que la intervención del juez de tutela es improcedente o innecesaria, pues deben tenerse en cuenta dos circunstancias especiales a saber: (i), que los medios alternos con que cuenta el interesado deben ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso¹⁷ y; (ii), que a pesar de la existencia de otros

¹⁶ En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 del 1 de agosto de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-1198 del 15 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1157 del 1 de noviembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-321 del 21 de marzo de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷ Sentencia T-384 del 30 de julio de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El primer evento se presenta cuando el medio judicial previsto para resolver la respectiva controversia no resulta idóneo ni eficaz, debido a que, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución pronta, por lo que la normativa admite que la acción de tutela proceda excepcionalmente. El requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal.¹⁸

La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado. Esto significa que un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.¹⁹

En relación con el segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que cuando la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial ordinario, es preciso demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Tal perjuicio irremediable se caracteriza:

“(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”²⁰

En efecto, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.²¹”

4. PRUEBAS

Por la parte accionante:

- Constancias de haberes históricos recibidos por el accionante desde el mes de septiembre de 2008, hasta el mes de febrero de 2020, de los cuales se

¹⁸ Ver sentencias T-106 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell y T-100 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁹ Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

²⁰ Cfr. sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²¹ Sentencia T-301 de 2009, T-061 de 2013.

evidencia que desde el mes de septiembre de 2014 ha venido devengando por concepto de subsidio familiar un porcentaje del 23% (Archivo 02, expediente digital).

- Registro Civil de Matrimonio No. 05253838 correspondiente a los contrayentes Jaime Rojas Vargas y Lina Marcela Figueroa Durán, quienes contrajeron nupcias el 17 de septiembre de 2008 (Archivo 03, expediente digital).
- Derecho de petición sin fecha, suscrito por el actor, dirigido al Comando General de la Dirección de Prestaciones Generales, a través del cual solicita el reconocimiento, pago y reintegro de las sumas de dinero dejadas de percibir por concepto de subsidio familiar, al cual considera tener derecho desde el momento de la solicitud del subsidio, teniendo en cuenta la hoja de vida (fls. 1-3, Archivo 04, expediente digital).
- Copia de la cédula de ciudadanía del accionante (fl. 4, Archivo 04, expediente digital).
- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Lina Marcela Figueroa Durán (fl.5, Archivo 04, expediente digital).

-

- **Por la parte accionada:**

- Informe de solicitud de derecho de petición, donde se evidencia que en la oficina de ejecución presupuestal se radicó solicitud el 6 de agosto de 2021, bajo el No. 619761 (Archivo 10, expediente digital).
- Respuesta dada a derecho de petición radicado con el No. 619761, de fecha 18 de agosto de 2021, en la cual se evidencia oficio No. 2021311001661191, suscrita por el Oficial Sección Ejecución presupuestal DIPER, dirigida al accionante, en la cual se le comunica que verificado el sistema aparece que se le reconoció mediante orden administrativa de personal No. 1887 de 30 de agosto de 2014, por concepto de subsidio familiar un 23% con novedad fiscal de 10 de julio de 2014 (20% por el matrimonio con la señora Lina Marcela Figueroa Durán y 3% por el nacimiento de su hijo Sergio Julian Rojas Figueroa).

Adicionalmente, aclaró que el acto administrativo que ordenó el reconocimiento del subsidio familiar, se expidió bajo el Decreto No. 1161 de 2014, norma que se encuentra vigente y goza de presunción de legalidad y

que no es posible concederle a la sentencia proferida por el Consejo de Estado efectos “ex tunc”, razón por la cual no era jurídicamente viable acceder a la solicitud presentada (Archivo 10, expediente digital)

5. EL CASO CONCRETO

En el presente asunto, el accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, e igualdad y principio de favorabilidad y como consecuencia de ello se ordene el reconocimiento y pago del subsidio familiar, junto con su respectivo retroactivo, desde el 17 de septiembre de 2008, fecha en la que contrajo matrimonio, en los términos del Decreto No. 1794 de 2000 en un porcentaje equivalente al 4%.

Por su parte la accionada afirmó que al consultar el archivo documental se encontró que mediante oficio **No. 2021311001661191** de 13 de agosto de 2021, le fue otorgada respuesta a la petición formulada tendiente al reconocimiento y pago del subsidio familiar desde la fecha en que contrajo matrimonio – 17 de septiembre de 2008, y que mediante Orden Administrativa de Personal No. 1887 de 30 de agosto de 2014, le fue reconocido el 23%, con novedad fiscal 10 de julio de 2014 de la siguiente manera: 20% por el matrimonio con la señora Lina Marcela Figueroa Durán y 3% por el nacimiento de su hijo Sergio Julián Rojas Figueroa. Solicita se declare improcedente la presente acción de tutela.

En primer lugar, corresponde al Despacho analizar lo atinente al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, toda vez que el accionante acude a la presente acción con el fin de que este Juez Constitucional ordene el reconocimiento y pago del subsidio familiar y su correspondiente retroactivo, desde el 17 de septiembre de 2008, fecha en la que contrajo matrimonio, en los términos del Decreto No. 1794 de 2000, en un porcentaje equivalente al 4%.

Retomando los argumentos que fueron expuestos en el marco jurídico de esta sentencia, según los cuales, la acción de tutela busca evitar de manera inmediata la amenaza o vulneración de un derecho fundamental y su procedencia está condicionada a que el interesado no disponga de otro medio de defensa judicial, y en el evento de existir éste, puede resultar procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso, es indudable que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., a través del cual puede solicitar ante el Juez de lo Contencioso Administrativo la nulidad del acto administrativo que le negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar y el pago del retroactivo desde el 17 de septiembre de 2008 bajo las condiciones del Decreto 1794 de 2000, contenido en el Oficio No. 2021311001661191: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de 13 de agosto de 2021, al igual que podrá formular las medidas cautelares previstas en los artículos 229 y siguientes de la misma codificación, medio de control que resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos cuya protección ahora pretende a través de esta acción constitucional.

Además, advierte el Despacho que el accionante no interpuso esta acción de tutela como mecanismo transitorio, así como tampoco alegó ni mucho menos acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que permita la procedencia del presente amparo tutelar como mecanismo transitorio, toda vez que si bien es cierto la accionada a través del oficio con radicado No. **2021313002403121** -MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.5- (Archivo 10, expediente digital), negó la solicitud presentada por el actor, no se evidencia que dicha situación genere una grave afectación a su **mínimo vital**, pues se trata de un porcentaje del 4% reclamado desde el 17 de septiembre de 2008 hasta el 10 de julio de 2014, fecha a partir de la cual se le reconoció el derecho al subsidio familiar en un porcentaje del 23% (Archivo 02, expediente digital).

De otra parte, en lo que concierne a su derecho a la **igualdad**, el Despacho considera que no se le ha dispensado un trato discriminatorio con la decisión de la accionada de no acceder a su petición de reconocimiento y pago del subsidio familiar y su retroactivo desde el 17 de septiembre de 2008, como quiera que no aparece demostrado que respecto de otros miembros de la fuerza pública que se encontraran en condiciones iguales o similares al accionante, si se les reconoció y canceló el subsidio familiar y su retroactivo por periodos anteriores al año 2014, más exactamente en aplicación del Decreto 1794 de 2000. Por tanto, no es posible llevar a cabo el juicio de igualdad, ya que no existe el parámetro de comparación o lo que la doctrina ha denominado "*tertium comparationis*", razones por las cuales no se acredita la vulneración de este derecho fundamental

Ahora bien, respecto de la presunta vulneración de los derechos al **debido proceso**, y **principio de favorabilidad**, en cuanto a los hechos que dieron origen a la presente, se debe indicar que el análisis de las razones por las cuales se le negó la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar y su retroactivo al accionante en los términos solicitados, es un asunto de carácter litigioso el cual no puede ser dirimido por este Juez Constitucional, como quiera que para ello existe un Juez natural como lo es el Juez de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, el Despacho declarará improcedente la presente acción de tutela, por cuanto, como ya se dijo, el accionante cuenta con otro mecanismo judicial para controvertir el reconocimiento y pago del subsidio familiar junto con el retroactivo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

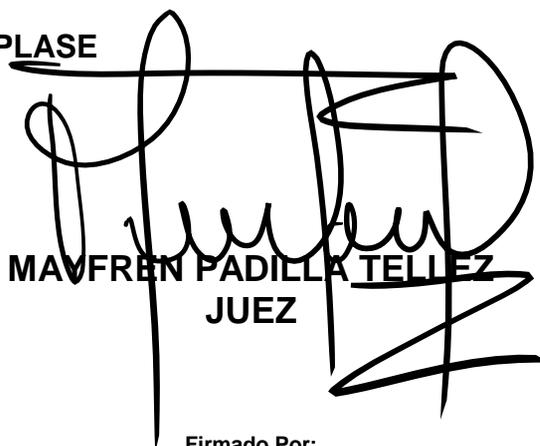
RESUELVE

PRIMERO: DECLARASE IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por el señor **Jaime Rojas Vargas** contra el **Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional – Dirección De Prestaciones Sociales-**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes mediante correo electrónico.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de que la decisión no sea impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAYFREN PADILLA TELLEZ
JUEZ

Dcv

Firmado Por:

Mayfren Padilla Tellez
Juez
Juzgado Administrativo

006

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a48aadadb59a5e277f09e98c6618f60050ba48e5d31b3b6beedcb89eafb2f42a**
Documento generado en 26/11/2021 09:08:39 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>