



JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-

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

RADICACION:	110013337042 2021 00054 00
DEMANDANTE:	JOSE CAICEDO REYES
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
ACCIÓN:	TUTELA
DERECHOS:	IGUALDAD, PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

1 ASUNTO POR RESOLVER

Una vez surtido el trámite procesal que la ley asigna a las acciones de tutela, corresponde al Despacho entrar a decidir de fondo sobre el presente asunto.

2 DEMANDA Y PRETENSIONES

El accionante incoa la presente acción de tutela por considerar que la entidad accionada vulnera sus derechos fundamentales de igualdad, principio de solidaridad y principio de favorabilidad al no reconocerle el porcentaje de la Prima de Actividad de acuerdo con el grado que tenía en el momento de su retiro.

Por lo tanto, solicita i) el ajuste y el reconocimiento y pago de la reliquidación de la asignación de retiro y el pago de los dineros retroactivos; ii) se condene a CREMIL a reconocer y pagar el reajuste de la asignación de retiro a título de restablecimiento del derecho desde su retiro hasta la fecha de pago; iii) se ordene a CREMIL que del resultado del ajuste salarial fijar dicho valor para el pago de la asignaciones futuras; y iv) se condene a CREMIL a pagar indemnización por los perjuicios materiales y morales a causa del no pago de la asignación que le correspondía.

3 TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela fue admitida con auto de 12 de marzo de 2021, que fue notificado al día siguiente a la entidad accionada CREMIL.

4 CONTESTACIONES

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"

Sostuvo que mediante Resolución No. 1024 del 29 de junio de 1994, se resolvió el reconocimiento de la asignación de retiro a favor del señor Sargento Primero (r) del Ejército JOSE CAICEDO REYES. También adujo que debido a que el accionante fue retirado del servicio con un tiempo de veinte (20) años, nueve (9) meses y veintinueve (29) días, de acuerdo con el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, en principio le corresponde un reconocimiento de la partida computable de prima de actividad del 25%.

Al efecto, aportó copia simple de la Resolución No. 1024 del 29 de junio de 1994, en la que se observa que fue reconocida en un 25% la partida computable de prima de actividad.

No obstante, sostuvo que la acción de tutela de la referencia es improcedente por no acreditación de la inmediatez y la subsidiariedad; la primera, debido a que la liquidación cuestionada fue ordenada por medio de la Resolución No. 1024 del 29 de junio de 1994, es decir hace más de 22 años; y la segunda, en tanto que el accionante tiene a su disposición los medios de defensa ordinarios, sin que proceda la acción ni como mecanismo transitorio ni para impedir un perjuicio irremediable.

5 PROBLEMA JURÍDICO

¿Procede la acción de tutela de la referencia para resolver de fondo la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro a favor del señor Sargento Primero (r) del Ejército JOSE CAICEDO REYES?

En caso de que proceda el estudio de fondo, el despacho deberá establecer si ¿le asiste derecho al señor Sargento Primero (r) del Ejército JOSE CAICEDO REYES a que

sea reliquidada la asignación de retiro que le fue concedida mediante Resolución No. 1024 del 29 de junio de 1994, reajustando el componente del IBL incluyendo en un 55% la Partida denominada "Prima de Actividad"?

Tesis del Accionante: sostiene que, en virtud de los principios de igualdad y oscilación, así como del artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, dado el nuevo Régimen Prestacional del personal de la Fuerza Pública, tiene derecho a que se reajuste su asignación de retiro incluyendo en el calculo del IBL el 55% de la partida por prima de actividad.

Tesis de la accionada: sostiene que pese la acción de tutela de la referencia es improcedente para estudiar de fondo sobre la prosperidad de lo pretendido por el accionante, como quiera que no se cumplen los requisitos de subsidiariedad y de inmediatez de la acción de amparo, y debido a que en el caso de marras no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable.

Tesis del Despacho: No se ampararán los derechos fundamentales invocados por el accionante, por cuanto los cuestionamientos a liquidación de su asignación de retiro y la pretensión de reliquidar la misma, deben someterse al control judicial mediante los mecanismos ordinarios de defensa, lo que torna improcedente la acción de tutela por falta de cumplimiento del requisito de subsidiariedad y por falta de acreditación de perjuicio irremediable que amenace la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital.

ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

El mecanismo de protección de los derechos fundamentales

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

"ARTICULO 86. 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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

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 respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que 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 (...)”

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.

Los presupuestos de la acción de tutela

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la “acción u omisión” de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de

manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (*extra o ultra petita*) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

EL CASO EN CONCRETO

Improcedencia del amparo por el requisito de subsidiariedad y la no acreditación de perjuicio irremediable

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, el señor JOSE CAICEDO REYES prestó sus servicios a la CAJA DE RETIRO DE LAS FFMM – CREMIL, y una vez cumplidos los requisitos legales para pensionarse, le fue reconocida la asignación de retiro que CREMIL ha pagado hasta la fecha. Sin embargo, asegura el accionante que a pesar de que en el momento de su retiro le fue reconocida la "Prima de Actividad", la entidad accionada está vulnerando sus derechos fundamentales al no reconocerle el porcentaje de la prima de actividad de acuerdo al grado que tenía en el momento de su retiro.

Por lo anterior, solicitó i) el ajuste y el reconocimiento y pago de la reliquidación de la asignación de retiro y el pago de los dineros retroactivos; ii) se condene a CREMIL a reconocer y pagar el reajuste de la asignación de retiro a título de restablecimiento del derecho desde su retiro hasta la fecha de pago; iii) se ordene a CREMIL que del resultado del ajuste salarial fijar dicho valor para el pago de la asignaciones futuras; y iv) se condene a CREMIL a pagar indemnización por los perjuicios materiales y morales a causa del no pago de la asignación que le correspondía.

Pues bien, conviene precisar que la asignación del retiro está revestida de una naturaleza prestacional¹, por lo que, aunque no constituye propiamente la pensión tradicional, se asimila a la pensión de vejez y cuenta con condiciones especiales y específicas que benefician a los miembros de la fuerza pública. Entre estas condiciones se encuentra legalmente establecida la pensión por actividad que consiste en un reconocimiento adicional por desempeñar actividades consideradas de alto riesgo y que implican una disminución en la expectativa de vida.

En tal medida, observando que lo pretendido por el accionante se concreta en obtener una reliquidación de su asignación de retiro, esto es una pretensión pecuniaria por ser de contango prestacional, advierte el despacho no es dable acceder a la solicitud de amparo elevada, como quiera que su procedencia se encuentra condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial adecuado, con la excepción de que se presente un perjuicio irremediable, según se dispuso en el artículo 6 del Decreto 25910 de 1991:

"Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

- 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. [...]"*

(Subrayas del despacho.)

Como se puede observar, la acción de tutela es un instrumento judicial excepcional de protección de los derechos fundamentales, pues de acuerdo con su naturaleza de subsidiaria, resulta improcedente en aquellos casos en que el interesado cuente con otra herramienta ordinaria que le permita salvaguardar sus derechos. A este respecto se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-505 de 2013, reiteró:

"El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentren amenazados o violados por la omisión o acción de las autoridades públicas o de los particulares. Sin embargo, esta sólo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio. Esto tiene como finalidad impedir que este mecanismo, que es excepcional, se convierta en principal."

¹ Al respecto, ver Sentencia C-432 de 2004 de la Corte Constitucional.

(Subrayas del despacho.)

En este orden de ideas, considera el despacho que el amparo solicitado por la actora resulta improcedente por no cumplir con el requisito de subsidiariedad al que se condiciona la procedencia de la tutela, en tanto que el señor JOSE CAICEDO REYES deberá, si a bien tiene ejercer la defensa de sus intereses, puede actuar ante la Jurisdicción por medio de las acciones ordinarias, que son los mecanismos de defensa mediante los que puede censurar y cuestionar las decisiones administrativas con las que se encuentre inconforme, como lo es justamente la contenida en la Resolución No. 1024 del 29 de junio de 1994.

En pocas palabras, la acción constitucional de tutela de la referencia resulta improcedente en el caso de marras debido a la naturaleza residual del amparo constitucional.

Ahora bien, comprende el Despacho que, aun existiendo un mecanismo ordinario que resulte idóneo y eficaz para obtener la defensa de los intereses jurídicos del accionante, excepcionalmente la acción de amparo puede proceder como mecanismo de protección transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, en el caso de marras, la parte actora no manifiesta encontrarse ante la inminencia y urgencia de un perjuicio irremediable. Por el contrario, al encontrarse probado que mediante la Resolución No. 1024 del 29 de junio de 1994 al accionante se le reconoció el derecho a percibir una asignación de retiro, se estima que no hay lugar a considerar que se encuentre en riesgo su derecho al mínimo vital.

Consecuencialmente, considera el despacho que las medidas necesarias para impedir el perjuicio que aduce la parte actora le está causando la entidad accionada no son de extrema urgencia, en el sentido de que las circunstancias fácticas en las que se encuentra el ciudadano exijan una ejecución o remedio inmediato y que torne procedente desplazar a los medios de defensa ordinarios.

En este orden de ideas, corresponde denegar las pretensiones elevadas por el accionante al no encontrarse acreditado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, por contar la parte actora con los medios de defensa ordinarios por

medio de los cuales puede cuestionar la decisión administrativa contenida en la Resolución No. 1024 del 29 de junio de 1994, ante el juez natural de la causa.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO. - DENEGAR por improcedente el amparo de los derechos fundamentales que le asisten al señor Sargento Primero (r) del Ejército JOSE CAICEDO REYES, por lo considerado en esta providencia.

SEGUNDO. - NOTIFICAR por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - ENVIAR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ANA ELSA AGUDÉLO AREVALO
JUEZ