

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO TREINTA DE FAMILIA

Bogotá D. C., cuatro (04) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Rad: 11001-31-100-30-2022-00028-00

Clase de proceso: Acción de Tutela

Procede este Despacho a proferir sentencia dentro de la Acción de Tutela instaurada a nombre propio por ALFONSO PEREZ OROZCO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL.

ANTECEDENTES

El señor ALFONSO PEREZ OROZCO inicia acción de tutela contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL, por considerar que se le está vulnerando el derecho fundamental a la igualdad, al trabajo, debido proceso, seguridad social y mínimo vital.

HECHOS Y PRETENSIONES

Indica el accionante que ingreso a las filas militares como soldado regular del servicio militar del 6 de julio 2000 al 29 de diciembre de 2001, perteneciendo en ella hasta el presente, toda vez que concluido el término reglamentario, fue incorporado como alumno infante profesional desde el 08 de enero de 2002, siendo promovido como infante profesional desde el 19 de febrero de 2002, permaneciendo como tal hasta la fecha.

Refiere que durante un largo lapso se ha venido incurriendo en un indebido manejo de los derechos adquiridos que por virtud de ley le corresponden en relación con el salario, donde a los soldados profesionales se les pretende burlar y desmejorar reiterativamente. En el año 2008 se les elimino el derecho adquirido al subsidio familiar y en el 2014 fue restituido y desmejorado. Indica que para los soldados profesionales e infantes de Marina profesionales de las fuerzas militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, se les tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el 30% de dicho valor, el cual será sumado en forma directa al valor que corresponda por asignación de retiro o pensión de invalidez.

Manifiesta que al momento de la asignación de retiro, la caja liquidadora lo mejora notablemente no acogándose a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en la que se estableció que se reconocería el subsidio familiar como partida computable en la asignación del retiro y que seria pagado en el porcentaje del 30% para quienes al

momento del retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 200 y en el 70% para el personal de soldados profesionales que perciba tal partida.

Refiere que en los Decretos 1793 y 1794 del año 200, el Gobierno Nacional estableció el régimen salario como prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, e igualmente en el apartado 14 del Decreto 4433 de 2004 se estableció que la asignación lo pertinente a la asignación de retiro para los soldados profesionales. Sobre lo anterior.

Indica que la accionada no está teniendo en cuenta al momento de la liquidación de la asignación de retiro el subsidio familiar, sino que liquidan desmejorándolo situación que afecta los derechos adquiridos que le corresponden, teniendo en cuenta que el subsidio familiar fue creado por el legislador pensando en el bienestar de la familia de los soldados profesionales, sin que se tenga en cuenta que como soldado profesional ha tenido que abandonar su núcleo familiar, poniendo en constante riesgo su vida e incluso podría perder su familiar como quiera que permanece alejado de los mismo por largos periodos de tiempo.

De lo anterior indica que un soldado profesional estando activo, devenga una asignación salarial digna y al momento de pensionarlo se le desmejora significativamente, teniendo en cuenta que la prima de orden público y el bono de alimentos se deben pagar en ciertos lugares, eliminándose estos cálculos en la asignación de retiro. Adicionalmente en la liquidación para asignación de retiro se debe tener en cuenta la prima de actividad, sin que la accionada la haya tenido en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Refiere que previo a que se le informara como iba a ser liquidada su asignación de retiro interpuso el 2 de marzo de 2020 un derecho de petición informando la posible manera en que desmejoraban su asignación de retiro, ante lo cual, las entidades ante la cual interpuso la petición le informaron que la encargada de resolver sobre el particular correspondía a la CREMIL.

Por otro lado, el 26 de febrero de 2021, se le notifica la Resolución No.3003 del 2021, mediante la cual se le indica los cálculos a tener en cuenta para liquidar su asignación de retiro, dentro de la cual no se tuvo en cuenta que el subsidio familiar que devengaba para el mes de diciembre de 2020 era por valor de \$768.078, por lo cual una vez notificado interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución No.3003 de 26 de febrero de 2021, al no estar de acuerdo con la resolución por desmejorársele significativamente su asignación de retiro pues su asignación fue reducida en más del 50% comparado con la asignación salario que tenía estando activo.

Conforme a lo anterior, manifiesta el accionante que se le esta violando de manera arbitraria sus derechos adquiridos que por ley se deben respetar.

PRUEBAS

La parte accionante anexa a su solicitud, los siguientes documentos:

- Copia de la constancia de notificación de la Resolución No.3003 del 26 de febrero de 2021.
- Copia del recurso de reposición en subsidio de apelación interpuesto contra la Resolución No.3003 del 26 de febrero de 2021.
- Copia de la Resolución No.303 del 26 de febrero de 2021.
- Copia de comprobante de nomina expedida por el Ejército Nacional de fecha 04 de noviembre de 2019, 28 de enero de 2020, 31 de enero de 2020 y el 15 de enero de 2021.
- Copia de derecho de petición mediante el cual se solicita vigilancia y control del no desmejoramiento de la asignación de retiro de fecha 02 de marzo de 2020.
- Copia de la cédula de ciudadanía del accionante y su cónyuge.
- Copia de las respuestas proferidas por las Defensoría del Pueblo, el Congreso de la República, la Personería de Bogotá y la Contraloría General de la Nación.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- Admitida la tutela el 24 de enero de 2022, se ordenó la vinculación de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, y la notificación de las convocadas, para que en término de dos (2) días se pronunciaran sobre los hechos materia de la presente acción.

2.- El 25 de enero de 2022, se notificó a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, a través del correo institucional del Juzgado, informando sobre la admisión de la presente tutela, adjuntando copia de la referida solicitud.

3.- La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, brindaron contestación a la acción constitucional dentro de la oportunidad conferida.

CONTESTACIÓN AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO.

La entidad accionada refirió: “Verificados los hechos y pretensiones que originan la acción de tutela, se evidencia que estos no guardan relación con alguna acción u omisión en que haya incurrido esta Agencia frente al caso en concreto, ya que lo que se pretende el accionante entre otras es que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso, con el propósito de proferir sentencia con fines de unificación dada la necesidad de sentar jurisprudencia en lo que respecta a la reliquidación de la asignación de retiro adicionando las partidas computables que le pagaban al accionante estando en servicio activo y que lo tengan en cuenta en la asignación de retiro, sin vulnerar sus derechos adquiridos como lo establece la constitución norma de normas.

No obstante, como el actor pretende vía acción de tutela que “(...) la agencia Nacional de defensa Jurídica del Estado envíe un reporte a este juzgado con el balance general de las múltiples demandas por estos hechos, en su contra como prueba contundente ya que YO NO DESEARIA DEMANDAR y endeudar más al patrimonio de los colombianos (...)” Nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos.

En primer término conviene señalar que, en efecto como lo manifiesta el accionante en su escrito de tutela, esta Entidad debido a la masiva presentación de demandas presentadas por personal de las Fuerzas Armadas de Colombia, solicitó por radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018, al Consejo de Estado que unificara la jurisprudencia en temas relacionadas con la Asignación de Retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, en especial, aclarando “¿cuál es la regla aplicable para efectos de calcular la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales?, en virtud a por (sic) las siguientes problemáticas:

- I. Reajuste del 40% al 60% de la Asignación de Retiro de los Soldados Voluntarios.
- II. Reajuste del monto de la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales de acuerdo con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- III. Inclusión del subsidio familiar en la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales.
- IV. Reajuste de la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales para que sea calculada incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad.
- V. Reajuste de la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales para que se reconozca por cada año de servicio adicional a los 20 años de servicio, un 4%, tal y como se hace con los Oficiales y Suboficiales.
- VI. Reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta el incremento de la Prima de Actividad a partir de la expedición del Decreto 2863 de 2007.

En respuesta a lo anterior, el Consejo de Estado, manifestó en comunicación del 25/09/2018 que se adjunta a la presente que “(...) la Sección Segunda del Consejo de Estado, consciente de la urgencia de unificar sobre algunos temas que tienen gran incidencia en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó como uno de los objetivos dentro del plan de gestión para el año en curso, la unificación jurisprudencial.

Es por ello que, desde principio del año 2018, adelanta gestiones pertinentes con el fin de proferir sentencias de unificación sobre varios temas, entre ellos, las diversas problemáticas que plantea frente a la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, las cuales son objeto de estudio por el colectivo de unificación y sobre estas ya se está elaborando proyecto (...).

Ahora bien, respecto a la segunda petición elevada en el escrito de tutela por el señor ALFONSO PEREZ OROZCO, relacionada con enviar “(...) un reporte a este juzgado con el balance general de las múltiples demandas por estos hechos, en su contra como prueba contundente ya que YO NO DESEARIA DEMANDAR y endeudar más al patrimonio de los colombianos (...); Después de realizar la consulta en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado – eKOGUI con corte al 31 de diciembre de 2021, se informa lo siguiente:

(...)

De los anteriores procesos, se identificaron 4.147 procesos instaurados en contra de la Nación por indebida liquidación de la asignación de retiro a miembros de la Fuerza Pública que mencionaran específicamente el reconocimiento del subsidio familiar. Entre estos, 1.266 procesos se encontraban en estado activo con pretensiones indexadas por \$24.101.650.350 y 2.881 en estado terminado con pretensiones indexadas por \$74.092.035.252. Esta información se encuentra en la pestaña General_SUBFA del archivo anexo.

Cabe anotar que el reporte y actualización de la información en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado-eKOGUI es responsabilidad de las entidades públicas de orden nacional.

Por tanto, se reitera que en relación con la problemática planteada, que ha derivado en una alta litigiosidad por temas, esta Entidad hizo uso de una de las facultades otorgadas por el legislador en el artículo el artículo (sic) 271 de la ley 1437 de 2011, solicitando al Consejo de estado unificar la jurisprudencia, sin que a la fecha, se reitera, se haya tenido conocimiento de que hayan proferido alguna Sentencia de Unificación Jurisprudencial sobre esta materia; sin embargo, dicho ejercicio no la convierte en sujeto pasivo de las pretensiones reclamadas por el accionante, ni la faculta para resolver asuntos a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Por lo anterior y dado que en virtud de sus competencias la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, no va a intervenir, se solicita su desvinculación de la presente acción”

CONTESTACIÓN CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL.

La entidad accionada refirió: “Uno de los requisitos que establece el artículo 86 constitucional es el de la subsidiariedad. De acuerdo con éste la acción de tutela solo es procedente cuando no existan otros medios de defensa judicial, salvo cuando este es utilizado como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el presente caso, el accionante solo se limita a indicar que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, SIN acreditar que se le está ocasionando un perjuicio irremediable con la no reliquidación de la asignación de retiro.

(...)

En conclusión, basta con revisar las pretensiones de la acción de tutela, para evidenciar que lo que busca en sí la accionante con esta acción constitucional, es propio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y NO de la acción de tutela.

(...)

Como puede observarse, el objeto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es reconocer y pagar la asignación de retiro a los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las “Fuerzas Militares”, valga la pena aclarar, Ejército, Fuerza Aérea y Armada Nacional.

En cumplimiento de estas funciones, en la Hoja de Servicios Militares, radicada en esta Entidad bajo el No 20603878 del 28 de Diciembre de 2020, distinguida con el No. 3-12503870 del 10 de Diciembre de 2020, expedida por la respectiva fuerza, consta que el (la) señor(a) ALFONSO PEREZ OROZCO fue retirado (a) de la actividad militar por Sic) POR TENER DERECHO A LA PENSION, baja efectiva 27 de Febrero de 2021 con el grado de SOLDADO PROFESIONAL (r) DEL EJÉRCITO. En atención a lo indicado por el legislador, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante RESOLUCION NÚMERO 3003 DEL 2021 (26 de Febrero de 2021), consideró y resolvió lo siguiente:

(...)

Esta entidad, mediante RESOLUCIÓN NÚMERO 6808 DEL 2021, desatando el recurso de reposición interpuesto por el accionante, consideró y resolvió lo siguiente:

(...)

RESUELVE ARTÍCULO 1°. Confirmar la Resolución No. 3003 del 26 de febrero de 2021 por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.
(...)

De conformidad con lo anterior, esta entidad NO ha pretendido desconocer los derechos de la accionante, pues además de que le ha garantizado el debido proceso en la actuación administrativa, se le han puesto en conocimiento los argumentos de hecho y de derecho por los cuales NO se accede al reconocimiento de la asignación de retiro.

En ese sentido, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ha actuado de conformidad con los preceptos legales vigentes, aplicando lo consignado por el legislador. Por ello no es posible acceder a las pretensiones del accionante en el sentido de reliquidar su asignación de retiro, por los argumentos que a continuación se exponen:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares carece de competencia para acceder a su pretensión de unificación de jurisprudencia, pues dentro de su naturaleza y objeto NO se contempla dicha función. Lo anterior teniendo en cuenta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa nacional, el cual de acuerdo con el artículo 5° del Acuerdo No. 008 del 3 de noviembre de 2016 tiene por objeto solamente el reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y sus sustituciones a los beneficiarios de estas

En relación con la reliquidación de la asignación de retiro, incluyéndose partidas computables reconocidas a oficiales y suboficiales en actividad.

(...)

A partir del año 2014 con la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de ese año, también se incluyó como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar. En ese sentido, lo señalado por el legislador, para la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, solo pueden tenerse en cuenta los siguientes conceptos y partidas computables:

- El 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004.
- Prima de antigüedad (38.5% del salario mensual devengado en actividad).
- Subsidio familiar (siempre que se cause el derecho a asignación de retiro después de julio del año 2014, de conformidad con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, según aplique).

En atención a lo dispuesto por el legislador, NO es posible para esta Caja de Retiro, el reconocimiento de partidas adicionales a las señaladas por el legislador, pues éste en uso del principio constitucional de configuración legislativa, dispuso solo los conceptos mencionados anteriormente, e incluso señaló expresamente en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, la prohibición expresa de incluir partidas adicionales a las señaladas, a saber:

(...)

En ese sentido el régimen especial para el reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro, de los soldados profesionales señalado en el Decreto 4433 de 2004 no contempla la inclusión de ninguna de las partidas computables que perciben los soldados profesionales para la liquidación de la asignación de retiro, salvo las señaladas expresamente en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 reseñado, y el subsidio familiar siempre que se cause el derecho a percibir asignación de retiro después del mes de julio de 2014.

Ahora si bien es cierto, a los suboficiales y oficiales se les reconocen partidas computables que devengan en actividad, ello no constituye un desconocimiento del principio de igualdad. Al respecto el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 haciendo un estudio de los principios de igualdad, favorabilidad y progresividad, concluyó que el examen realizado por el legislador al señalar partidas computables diferenciadas para soldados profesionales y oficiales y suboficiales, además de que se ajustaba al principio de libertad en la configuración legislativa, atendía a la diferencia que existe en relación con los aportes que realizan cada uno de los grados en actividad, siendo entonces proporcional y ajustada al principio de igualdad, la consagración de unas partidas computables para soldados profesionales y otras para oficiales y suboficiales.

(...)

Como se advierte, la liquidación de la asignación de retiro, así como las partidas computables que deben ser tenidas en cuenta, serán sobre las que el militar efectúe aportes estando en servicio activo. Ahora bien para su caso concreto, siendo soldado profesional en actividad solo realiza aportes en servicio activo sobre su salario mensual y la prima de antigüedad

(...)

De acuerdo con lo anterior, y en atención a que el accionante se desempeñó como soldado profesional, durante su servicio solo realizó aportes sobre su asignación salarial mensual y sobre la prima de antigüedad, y NO sobre otras partidas computables, razón

por la cual NO hay lugar a la inclusión de éstas como factor para la liquidación de la asignación de retiro, salvo el subsidio familiar (por haberse incluido para los soldados profesionales a partir de julio de 2014), por las razones expuestas.”

CONSIDERACIONES

Aspectos preliminares

Este Juzgado es competente para conocer de la presente acción, por mandato de los artículos 86 de la Constitución Nacional, 37 del Decreto 2591 de 1991; numeral 1°, inciso 2°, del Decreto 1382 de 2000; y 38 de la Ley 489 de 1998.

La solicitud satisface las formalidades legales y no se advierten anomalías que invaliden lo actuado, lo cual habilita al Despacho para decidir de fondo el asunto.

Naturaleza jurídica de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional ha pregonado de antaño que la acción de tutela fue instituida como un mecanismo extraordinario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que pueda derivarse de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos previstos en la ley, sin que pueda erigirse en una vía sustitutiva de los medios ordinarios de defensa que el ordenamiento jurídico ha consagrado para salvaguardarlos.

Es claro, entonces, que este instrumento judicial se torna improcedente cuando la persona afectada tuvo o tiene la oportunidad de obtener la protección del derecho que estima amenazado, por los cauces ordinarios y ante las autoridades competentes, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Procedencia de la acción de tutela.

El art. 86 de la Constitución Política de Colombia, dispone: *“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”*.

En el caso bajo examen, el ciudadano ALFONSO PEREZ OROZCO, se encuentra legitimado en la causa por activa para interponer la acción de tutela, en virtud del citado postulado constitucional.

Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso. En el asunto de la referencia, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL es la entidad, a quien se

le aduce vulneración del derecho invocado y de quien se solicita cese su actuar vulnerador.

Derecho Fundamental Invocado Como Vulnerado

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

El artículo 13 de la Constitución Nacional refiere el derecho a la igualdad y establece: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

La jurisprudencia constitucional también ha establecido sobre el Debido Proceso que: *“El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.*

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia "de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso.”

Ahora bien, se observa que la Corte ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela respecto al Debido Proceso, cuando se advierte o bien la inminencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad de los otros mecanismos judiciales de defensa.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política que a su tenor literal reza: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley”.

DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL

El derecho al mínimo vital ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional como un aspecto de naturaleza fundamental relacionado con la dignidad humana.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia que: "...El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

Con arreglo a los imperativos de la igualdad material, la Carta reconoce que si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de su derecho. De ahí que algunas normas de la C.P., consagran la obligación del Estado de otorgar una especial protección a los grupos más vulnerables de la población."

En otras palabras, la Constitución Política contempla una serie de sujetos necesitados de un "trato especial" en razón de su situación de debilidad manifiesta. El régimen de favor comprende a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico.

Problema Jurídico

Corresponde a esta Juzgadora determinar si la entidad accionada ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante, tales como el derecho al debido proceso.

CASO CONCRETO

En la Constitución Política de Colombia, en su Artículo 86, la acción de tutela, fue erigida como un instrumento de protección ante las autoridades judiciales, siendo subsidiaria, residual y autónoma, permitiendo el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares. De contera, que jurisprudencialmente se ha decantado que la Acción de tutela, ostenta al menos cinco funciones importantes:

1. Proteger de manera residual y subsidiaria los derechos fundamentales de los habitantes frente a las acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares que puedan violarlos.
2. Afianzar y defender de manera coherente y ordenada, la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica.
3. Actualizar el derecho legislado, en especial el derecho preconstitucional, orientado a todos los servidores públicos para que lo interpreten y apliquen a la luz del derecho constitucional.
4. Unificar la interpretación sobre el alcance de los derechos fundamentales.

5. Promover una cultura democrática fundada en la protección efectiva de los derechos de las personas y en los valores del Estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, esta especial figura está reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, consagrando en su Artículo 6º, las causales generales de improcedencia que tienden a racionalizar el uso de la acción, y que supeditan su viabilidad a la no existencia de otro medio de defensa judicial salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.

Sin embargo, la regla general a la cual se ha hecho referencia, presenta excepciones:

- a) Cuando el afectado sea un sujeto de especial protección constitucional, como lo son: los niños y las niñas, las personas que sufren alguna discapacidad, las mujeres embarazadas o los ancianos, por cuanto su situación de debilidad manifiesta impone el amparo mayor que la Constitución les brinda y, por ende, el estudio de fondo de sus asuntos.
- b) Cuando la vulneración al derecho a la seguridad social implique un agravio a un derecho fundamental como la vida, el mínimo vital o el debido proceso¹.
- c) Cuando los medios de defensa con los cuales cuenta el accionante, se tornan ineficaces para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos² o se pueda prever la ocurrencia de un perjuicio irremediable³.

Ahora el artículo 29 de la Constitución Nacional establece: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...*”

El espíritu de la norma en cita, es la garantía con que cuenta toda persona o la sociedad, para pedir de las autoridades competentes la protección de su derecho de defensa, que le permitan una decisión en justicia, cuando éste se encuentre amenazado por actuaciones judiciales y administrativas ante la inobservancia del principio de legalidad.

En el caso *sub examine*, se tiene frente a los antecedentes administrativos, que el accionante fue miembro activo de las Fuerzas Militares en el grado de soldado profesional del Ejército Nacional, quien fue retirado de la actividad militar por tener derecho a pensión, misma que le fuera reconocida mediante la Resolución No.3003 del 26 de febrero de 2021 proferida por la accionada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. Contra la citada resolución, el accionante interpuso recurso de reposición.

Así mismo, conforme a la contestación allegada por la accionada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, se tiene que el recurso de reposición interpuesto por el accionante contra la Resolución No.3003 del 26 de febrero de 2021, fue resuelto mediante la Resolución No.6808 del 28 de abril de 2021 dentro de la cual se resolvió confirmar la Resolución No.3003 del 26 de febrero, agotándose así la vía gubernativa.

¹ Sentencias T-905 de 2008, T-850 de 2008, T-1083 de 2001 y T-038 de 1997.

² Sentencia T-1268 de 2005.

³ Sentencia T-1083 de 2001.

Ante lo anterior, es pertinente indicar que, si bien es procedente la Acción de Tutela ante la presunta vulneración a derechos tales como el Debido Proceso, no se puede pasar por alto que la misma es un instrumento de protección excepcional, cuando se advierte que no existen otros mecanismos de defensa judicial, o bien la inminencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad de los otros mecanismos judiciales de defensa.

Es así como, jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha indicado que la acción de Tutela no tiene como fin llevar procesos sustitutivos de los mecanismos judiciales ordinarios y en consecuencia, es deber de los ciudadanos acudir principalmente a dichos mecanismos previstos para ventilar y solucionar las controversias que surgen cuando consideran que sus garantías fundamentales están siendo afectadas, lo anterior porque, según lo ha expuesto la Corte Constitucional: “ (...) *el desconocimiento de lo anterior conllevaría que la acción de tutela se convirtiera en un mecanismo paralelo de protección, que implicaría que el juez constitucional resolviera toda controversia que en principio sería competencia de los jueces ordinarios y, a su vez, se desnaturalizarían no solo la tutela en sí, sino también las funciones que la Constitución le otorgó a la administración de justicia. Así las cosas, se ha afirmado que, en principio, al existir otros mecanismos de defensa judicial, la acción constitucional no es el medio al cual se debe acudir para la protección de derechos fundamentales.*” (Sentencia SU-298/15).

Así mismo, ha indicado la Corte que, a pesar de la existencia de otro medio ordinario de defensa, la tutela procede cuando sea utilizada como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable de manera injustificada, estableciendo unos requisitos para que se presente el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“A) El perjuicio ha de ser inminente: 'que amenaza o está por suceder prontamente'. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud

del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.”
(Sentencia T-253 del 27 de mayo de 1994)

Así las cosas, encuentra el Despacho, a la luz de lo indicado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, que la acción de tutela instaurada es improcedente para acceder al amparo constitucional que solicita el accionante, como quiera que las resoluciones proferidas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, mediante los cuales se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del accionante como soldado profesional, corresponden a actos administrativos respecto de los cuales, cualquier reproche sobre las condiciones, omisiones o consideraciones, debe surtirse mediante la correspondiente acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción judicial que es idónea y eficaz para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad accionada y en efecto restablecer los derechos que se llegaren a advertir como vulnerados.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el accionante no logra demostrar que, con las resoluciones proferidas por la Entidad accionada, se le esté ocasionando un perjuicio irremediable, o que sea una persona de especial protección a razón de edad o que padezca una enfermedad catastrófica sobre la cual requiera algún tratamiento médico el cual está siendo negado por las omisiones en que puedan estar incurriendo la aquí accionada.

Sobre lo anterior, para que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio la Corte Constitucional ha dicho:

“La noción de perjuicio que trae el inciso 2° del numeral 1° del art. 6° del Decreto 2591 y que en su noción básica reproduce el inciso primero del art. 1° del Decreto 306 de 1992, contiene dos elementos que permiten su precisión, a fin de que su amenaza autorice el uso de la acción de tutela como mecanismo transitorio: el primero referido a su carácter “irremediable” y el segundo a que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante “indemnización”. Se entiende por irremediable el daño para cuya reparación no existe medio o instrumento. Es el daño o perjuicio que una vez se produce, no permite retrotraer las circunstancias al estado anterior a la vulneración del derecho; y en este sentido debe tomarse la expresión “perjuicio irremediable”. El segundo elemento así lo viene a confirmar cuando predica que el daño, trátase de sus categorías moral ó material, que tiene bien acogidas la jurisprudencia colombiana de tiempo atrás, cuando de considerar la eventualidad del perjuicio irremediable se trata puede ser indemnizado en su integridad”. (Sentencia T-468, del 17 de julio de 1992)”.

En consecuencia, y conforme a lo ya expresado, concluye este Despacho que la presente acción constitucional es improcedente en tanto no se probó que la misma se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y teniendo en cuenta que las controversias existentes contra las decisiones proferidas por la Entidad accionada deben ser ventilados a través de los mecanismos judiciales y ante la autoridad judicial correspondientes.

Por otro lado, respecto a la vinculada AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, encuentra el Despacho que el accionante no acreditó haber elevado petición alguna ante la Entidad para solicitar la información requerida en las pretensiones de la presente acción constitucional, sin que en consecuencia haya lugar a tutelar los derechos del accionante respecto a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO.

Por lo expuesto, este Despacho Constitucional no tutelara las pretensiones y derechos reclamados por el accionante.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo solicitado por el señor **ALFONSO PEREZ OROZCO** por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Contra el presente fallo procede impugnación por la vía jerárquica.

TERCERO: Remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo de tutela, en caso de no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

CUARTO: Notificar esta decisión a las partes por el medio más expedito. Líbrense comunicaciones.

NOTIFÍQUESE,

**VIVIANA MARCELA PORRAS PORRAS
JUEZ**

Firmado Por:

**Viviana Marcela Porras Porras
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 030
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: **09d146e1084c2f7ad5738755d4a2800d911fcf248f6b9173492ce82846bdc2e1**

Documento generado en 04/02/2022 03:34:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>