REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de enero de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN:	**TUTELA**
PROCESO N°.	**11001-33-42-055-2021-00388-00**
ACCIONANTE:	**OMAR MILCÍADES ACOSTA RIVAS**
ACCIONADOS:	**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, EJÉRCITO NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES - EJC y CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL (vinculado)**
ASUNTO:	**FALLO DE TUTELA N°. 002**

Procede el despacho a proferir sentencia dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Omar Milcíades Acosta Rivas, identificado con cédula de ciudadanía N°. 4.045.205, en nombre propio, en contra de Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL (vinculada), al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, discriminación, mínimo vital, principio de favorabilidad e igualdad.

I. Objeto

Las pretensiones de la acción, son:

> *Se sirva ordenar a la entidad accionada **LA NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL- DIRECCIÓN DE PRESTACIONES GENERALES***
>
> ***PRIMERO:** Solicito **me sea reliquidado auxilio de cesantías con el debido reajuste del 60% teniendo en cuenta como partidas salariales:** de asignación básica, prima de antigüedad, subsidio familiar más la duodécima parte de la prima de navidad.*
>
> ***SEGUNDO:** Solicito se ordene a la entidad accionada el restablecimiento del derecho, **reliquidar la asignación básica, aplicándome el régimen contenido el inciso 2º del artículo del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000,** lo equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, más las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad, subsidio familiar y cesantías, y lo que efectivamente debe percibir un soldado profesional.* Negrillas fuera de texto

II. Hechos

Los hechos narrados por el tutelante:

> ***PRIMERO:** Yo, OMAR MILCIADES ACOSTA RIVAS Soldado Profesional, en cumplimiento de mi deber de prestar el servicio militar obligatorio desde 10-02-2000 hasta el 11-08-2001, y como soldado profesional del 26-09-2001 hasta el 30-03-2020.*

SEGUNDO: *Mediante resolución N° 280118 del 11 junio de 2020 el jefe de desarrollo humano del Ejercito Nacional me reconoce y ordena el pago de cesantías definitivas.*

TERCERO: *El día 2021-09-07 radiqué derecho de petición ante el comando del ejército nacional solicitando la reliquidación total de mi asignación básica en aplicación del artículo 1 inciso 2 del decreto 1794 de 2000 con la respectiva indexación que dicho incremento se me aplique a las demás prestaciones devengadas y se ordene la reliquidación de las cesantías reconocidas con el régimen de retroactividad.*

En respuesta al derecho de petición con radicado N° 63627 fecha 27 de septiembre de 2021 el jefe de procesamiento de nómina del ejército nacional expresa que es improcedente pronunciarse sobre la aplicación o no del régimen retroactivo ya que no contempla el reconocimiento de dicho salario sobre los parámetros solicitados.

III. Actuación Procesal

Mediante auto de 14 de diciembre de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar al Ministro de Defensa Nacional - Doctor Diego Andrés Molano Aponte o quien haga sus veces, al Comandante del Ejército Nacional - General Eduardo Zapateiro Altamiranda o quien haga sus veces, al Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional - Coronel Héctor Alfonso Candelario Guaneme o quien haga sus veces y al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL - General Alejandro Navas Ramos o quien haga sus veces.

Respuesta de las Accionadas

Mediante correo electrónico de 15 de diciembre de 2021, la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, dio respuesta, indicando que al revisar la hoja de servicios del accionante, fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión con baja efectiva desde el 29 de junio de 2020, con el grado de soldado profesional ® del Ejército, por lo que la entidad procedió a expedir la Resolución N°. 6234 de 20 de mayo del 2020, ordenando el reconocimiento y pago de la asignación de retiro. Así mismo, señaló que respecto al reconocimiento y pago de cesantías definitivas por retiro, es competente la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional y la Dirección de Personal del Ejército Nacional, por lo cual, puso en conocimiento de la primera, remitiéndole la acción a los correos dipso@ejercito.mil.co y dipso-registro@buzonejercito.mil.co. Finalmente solicitó se declare falta de legitimación en la causa por pasiva, en relación con la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y se ordene su desvinculación.

Por su parte, el **Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional**, no dieron respuesta a la acción de tutela.

IV. Pruebas

- **Accionantes**

1.- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Omar Milcíades Acosta Rivas (02AnexoDeTutela.pdf).

2.- Copia de la petición radicada ante el Comando de Personal del Ejército Nacional (03AnexoDeTutela.pdf).

3.- Copia de la Resolución N°. 280118 de 11 de junio de 2020, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de cesantías definitivas (04AnexoDeTutela.pdf).

4.- Copia de la certificación de tiempos de servicio, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional (05AnexoDeTutela.pdf).

5.- Copia de la respuesta a la petición, con radicado N°. 63627 de fecha 27 de septiembre de 2021 (06AnexoDeTutela.pdf).

- **Accionadas**

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL

1.- Copia de la Resolución N°. 6234 de 20 de mayo de 2020, *"Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al Soldado Profesional ® del Ejército Omar Milcíades Acosta Rivas"* (13AnexoCremil.pdf).

2.- Copia de la Resolución N°. 8855 del 2020, por medio de la cual se resuelve recurso de reposición, presentado en contra de la Resolución N°. 6234 de 20 de mayo de 2020 (13AnexoCremil.pdf).

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el Decreto 1983 de 2017, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

5.2. Problema Jurídico

Estudiado el expediente, el despacho advierte que se centra en determinar: ***i.)*** ¿es procedente la acción de tutela para determinar que al accionante se le reliquide el auxilio de cesantías con el reajuste del 60%, teniendo en cuenta como partidas salariales: la asignación básica, prima de antigüedad, subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de antigüedad, y ordenar la reliquidación de la asignación básica, aplicando el régimen contenido en el Decreto 1794 del 2000?; de ser así, ***ii.)*** al señor Omar Milcíades Acosta Rivas, se le están vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, discriminación, mínimo vital, principio de favorabilidad e igualdad, por parte del Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL?

5.3. Acción de Tutela

Es preciso indicar que, el artículo 86 de la Constitución Política, consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Por su parte, en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991[1], se establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

[1] "Por el cual se reglamenta la acción de tutela".

5.3.1. Procedencia

La acción de tutela tiene carácter residual, vale decir, que procede en tanto el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, en tal sentido, el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución dispone: "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".

A su vez, el numeral 1° del artículo 6° del decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá: "Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable…"

Acentuando la anterior norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-177 de 2011, establece:

> *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.*** *La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes;* ***no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona****; 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. Negrillas fuera del texto*

La norma y jurisprudencia citadas, indican que para amparar los derechos de una persona por medio de la acción de tutela, es necesario que exista una amenaza real, que no se disponga de otro medio, y/o que se encuentre en un estado de especial protección por parte del Estado.

5.3.2. Subsidiariedad

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

> *(...)* ***la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción****. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de*

existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente. Negrillas fuera del texto

Así pues, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados.

Lo planteado por la jurisprudencia tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas pasen por alto los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento.

5.3.3. Perjuicio Irremediable

En relación con el perjuicio irremediable la Corte en Sentencia T-1316 de 2001, ha señalado:

*(...) En primer lugar, el perjuicio **debe ser inminente o próximo a suceder**. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, **el perjuicio ha de ser grave**, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, **deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva**: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.*

Por consiguiente, para que exista un perjuicio irremediable, es necesario que este sea inminente, que las medidas para corregirlo sean urgentes, que el daño a su vez sea grave y su protección perentoria.

5.3.4. Inmediatez

La inmediatez es creada para que el amparo de los derechos fundamentales sea de manera rápida, inmediata y eficaz. Es así, que si se presenta demora en la presentación de la tutela, deberá ser improcedente, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios administrativos o de defensa judicial.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 792 de 2009, estableció:

(…) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, la misma Corporación en Sentencia T – 987 de 2008, indicó:

> *El presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, con esta exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Tal condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En relación con el plazo razonable, esta Corte ha considerado que el mismo debe medirse según la urgencia manifiesta de proteger el derecho, es decir, según el presupuesto de inmediatez y según las circunstancias específicas de cada caso concreto.*

Luego, para que proceda la acción de tutela, deberá establecerse el tiempo que dura el accionante en reclamar, pues tratándose de derechos fundamentales su exigencia debe ser inmediata.

Conforme a los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, se concluye que la tutela: ***i.)*** tiene carácter subsidiario, ***ii.)*** debe ser utilizada con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable, donde se vean afectados derechos fundamentales, y ***iii.)*** procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de derechos fundamentales y se convertiría en recurso ordinario.

Por su parte, en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991[2], se establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

5.4. Derechos Fundamentales Presuntamente Vulnerados

En este caso se aduce como transgredidos los derechos fundamentales al debido proceso, discriminación, mínimo vital, principio de favorabilidad e igualdad.

5.5. Derechos Fundamentales - Normas y Jurisprudencia Aplicables

5.5.1. Debido Proceso

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos: *"Artículo 29.* ***El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*** *(…)"* Negrillas fuera de texto

Es decir, que desde nuestra carta magna, se le imponen a las autoridades y a las personas que ejercen funciones públicas, el deber de respetar el debido proceso en todas sus actuaciones, garantizando con ello su observancia, no solo en el ámbito jurídico sino también en lo administrativo, esa garantía se traduce en el respeto que debe tener la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad, y a la garantía de que la actuación administrativa se surtirá respetando todas sus etapas, ajustándose al ordenamiento jurídico legal y a los preceptos constitucionales.

Es así como, en la Sentencia T-200 de 2011, la Corte Constitucional, señaló:

[2] "Por el cual se reglamenta la acción de tutela".

(…) Sobre el debido proceso administrativo ***la Corte ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, y a los procesos que adelante la administración*** *con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.* Negrilla fuera de texto

Luego, debe recordar el despacho que el debido proceso se aplica al desarrollo de cualquier actuación que adelante una entidad pública o particular que ejerza funciones públicas, garantizándose así los derechos de defensa y contradicción.

5.5.2. Discriminación

Cuando hablamos de discriminación, nos referimos a un trato diferente y perjudicial el cual se da a una persona por motivos de raza, sexo, religión, entre otras. Al respecto, la Corte constitucional, en Sentencia T-691 del 2012, al respecto, señaló:

Las reglas y principios que inspiran el estado social y democrático de derecho que es Colombia, ***excluyen los actos de discriminación en contra de cualquier persona****. Son actuaciones contrarias al principio de dignidad humana y, por tanto, proscritas del orden constitucional vigente. Cuando tales actos conllevan una puesta en escena, ante un grupo de personas que hacen las veces de público,* ***la discriminación implica afectaciones inmateriales a la dignidad que han de ser especialmente valoradas por el juez constitucional****, de acuerdo con las reglas aplicables.*

(...)

Son muchos y variados los actos de discriminación a los que puede verse enfrentada una persona. Estos, pueden provenir de distinta clase de individuos o instituciones, tener diferentes grados de impacto, a la vez que pueden ocurrir en contextos y situaciones distintas. Los actos de discriminación pueden ser de carácter consciente o inconsciente. Es decir, ***la persona que comete el acto puede tener intención o no de discriminar, incluso puede no darse cuenta que se trata de tal tipo de acto, ni antes ni después de cometido. Lo relevante del acto, desde la perspectiva de la protección del derecho a la igualdad y la no discriminación, por lo tanto, no es la existencia de un propósito de dañar o discriminar, es la existencia o no de un acto que afecte la dignidad humana****, con base en razones fundadas en prejuicios, preconceptos, usualmente asociados a criterios sospechosos de discriminación como raza, sexo, origen familiar o nacional o religión, por ejemplo.*

La Corte Constitucional se preocupó desde un inicio por mostrar cómo discriminaciones estructurales siguen inmersas en las culturas dominantes de los distintos pueblos, comunidades y grupos sociales que habitan Colombia. Patrones clasistas, sexistas o racistas, persisten en las estructuras jurídicas, sociales e institucionales, en ocasiones tan íntimamente vinculadas a las prácticas cotidianas, que simplemente se vuelven invisibles. Son discriminaciones estructurales que simplemente no se ven. En un estado social y democrático de derecho, fundado en la dignidad humana, el uso de expresiones racistas por parte de los docentes está proscrito de los espacios educativos, salvo que ello sea razonable y proporcionado constitucionalmente, en circunstancias específicas. Ningún ser humano ha de ser sometido a un trato cruel y degradante como el que supone ser puesto en un escenario de discriminación, en el cual se reproduzcan estereotipos claramente racistas, humillantes y ofensivos.

Uno de los retos más complejos que plantea la protección frente a actos de discriminación, es su prueba. La jurisprudencia ha resaltado, que una de las principales garantías en los casos en los que se produce un acto de discriminación, consiste precisamente en que se invierta la carga de la prueba, ***en especial cuando se trata de personas que alegan haber sido sometidas a tal trato, con base en una categoría sospechosa de discriminación o cuando se trata de personas en situación de sujeción o indefensión****.*

5.5.3 Mínimo Vital

Con respecto al mínimo vital, la Corte Constitucional en Sentencia T-053 de 2014, aclaró:

El mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, *el cual* ***se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna, 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" y encuentra su materialización en las diferentes acreencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral.* Negrilla y subrayado fuera de texto.

5.5.4. Favorabilidad

El principio de favorabilidad, es aplicable es aquellos casos en los cuales existan dudas en cuanto a la aplicabilidad de la disposición jurídica en determinado caso que se esté analizando, buscando aplicar siempre la norma que preste más beneficio al trabajador, es así, que la Corte Constitucional, en Sentencia T-088 de 2018, sobre este principio, expresó:

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 pertenece.*

(…)

*Para la Corte Constitucional la 'duda' que dar lugar a la aplicación de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario '****debe revestir un carácter de seriedad y objetividad****, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. 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 objetiva'.[36] 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.* (Negrilla fuera del texto).

5.5.5. Igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

> *Art. 13.- 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.*
>
> *El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.*
>
> *El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

El estudio del concepto del derecho a la igualdad, según la Sentencia C-090 de 2001 la Corte Constitucional, manifestó:

> *Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto".*
>
> *(…), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven.* ***Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.***"[3] Negrillas fuera de texto

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues, si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

5.5.6. Excepcionalidad de Amparo

Como reiteradamente lo ha definido la Corte Constitucional y el artículo 86 de la Carta Magna lo estipula, la acción de tutela ***"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"***, de manera que, su

[3] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 de 2001.

procedibilidad se supedita a que el accionante no tenga a su alcance otros mecanismos de defensa o, que al tenerlos, no sea los idóneos o eficaces para garantizar la defensa de sus derechos, o por último, cuando busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá de manera transitoria, esto es, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto en la vía judicial ordinaria judicial.

En esa dirección, la Guardiana Constitucional, en Sentencia T-146 de 2019, señaló:

(…)

Este Tribunal, desde sus primeras decisiones, ha considerado que el amparo *constitucional no fue consagrado para generar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales, tampoco para modificar las reglas que fijan los ámbitos de competencia de los jueces, mucho menos para crear instancias adicionales "(…) ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos (…)".*

En tal sentido, la acción de tutela "(…) permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos". Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección.

La inobservancia de esta carga procesal instituiría al amparo constitucional como un mecanismo de protección paralelo que concentraría en los jueces de tutela todas las decisiones inherentes a los operadores judiciales ordinarios y especializados de las distintas jurisdicciones, con lo cual se vaciarían sus competencias y se desbordarían las funciones que la Carta estableció en el marco del principio de acceso a la administración de justicia.

***13. Bajo ese entendido, la procedibilidad de la acción de tutela se sujeta a las siguientes reglas: (i)** como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; **(ii)** la tutela **como mecanismo definitivo** cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, **(iii)** cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren **especial protección constitucional**, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedencia de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.*

*De esta manera, **el juez constitucional al analizar la procedencia de la solicitud de amparo cuando existen mecanismos judiciales ordinarios a los que puede acudir el actor, debe contemplar la existencia de las siguientes excepciones: i)** en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, cuando se advierta que las vías ordinarias al alcance del afectado resultan ineficaces para la protección del derecho; y, ii) la posibilidad de acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

(…)

La concesión del amparo bajo dicha modalidad de protección exige la acreditación de: (i) *una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-;* ***(ii)*** *la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación;* ***(iii)*** *la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y* ***(iv)*** *el carácter impostergable de los remedios para la efectiva protección de los derechos en riesgo.*

En suma, la constatación en abstracto de la existencia de una vía judicial ordinaria no es suficiente para descartar la procedibilidad de la acción de tutela, por lo que el análisis de este requisito exige que el juez constitucional establezca que, de cara a los derechos involucrados y a la situación particular que se revisa, es idónea y suficiente para brindar la protección requerida.

16. ***Ahora bien, esta Corporación ha establecido que el estudio de la procedencia de la tutela cuando el actor pretende controvertir un acto administrativo debe considerar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, consagró los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho****. Cuando se trata de la lesión a un derecho subjetivo con ocasión de la expedición de un acto administrativo, el afectado podrá acudir ante la administración de justicia con el objeto de solicitar la nulidad de tal actuación y del mismo modo sea restablecido su derecho de conformidad al artículo 138 de la citada norma. Por lo tanto, al existir otros mecanismos judiciales para resolver las pretensiones del actor, la tutela se torna improcedente.* Negrillas fuera de texto

De otra parte, la Corte Constitucional, se ha referido al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

41.- El ordenamiento prevé la nulidad y el restablecimiento del derecho como medio de control judicial de los actos de carácter particular y concreto proferidos por la administración. ***Específicamente, a través de ese instrumento se busca desvirtuar la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo y obtener la consecuente indemnización de los perjuicios que el acto haya podido causar durante el tiempo en el que permaneció vigente****.*

Actualmente, el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- establece el medio de control en los siguientes términos: "[t]oda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior".

De acuerdo con las causales a las que remite la norma referida, el acto se puede confrontar por: (i) *la infracción de las normas en las que debió fundarse;* ***(ii)*** *la emisión del acto por una autoridad que carecía de competencia para el efecto;* ***(iii)*** *expedición irregular;* ***(iv)*** *desconocimiento del derecho de audiencia y defensa;* ***(v)*** *falsa motivación, y* ***(vi)*** *desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.*

42.- Esta Corporación, en concordancia con las previsiones legales, y con el desarrollo jurisprudencial y el doctrinal, se ha referido en diversas oportunidades a los rasgos del medio de control. Por ejemplo, la ***sentencia C-426 de 2002[103] , aludió a las características de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de acuerdo con la normatividad anterior:***

*"****(i)*** *ésta se ejerce no solo para garantizar la legalidad en abstracto, sino también para obtener el reconocimiento de una situación jurídica particular y la adopción*

de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento o reparación. ***(ii)*** *A diferencia de la acción de nulidad, la misma sólo puede ejercerse por quien demuestre un interés, esto es, por quien se considere afectado en un derecho suyo amparado por un precepto legal.* ***(iii)*** *igualmente, tal y como se deduce de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A, esta acción tiene un término de caducidad de cuatro meses, salvo que la parte demandante sea una entidad pública, pues en ese caso la caducidad es de dos años." (…)* Negrilla fuera de texto.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario aclarar que la procedencia excepcional de la acción de tutela, respecto de actos administrativos de carácter particular y concreto, requiere de un análisis riguroso, en razón a que por su naturaleza estos actos se presumen legales, por lo tanto, deberán ser controvertidos a través del medio de control judicial, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

De otro lado, para que sea procedente transitoriamente el amparo, el accionante debe estar ante un perjuicio irremediable, aspecto que debe estar debidamente probado, para que se suspenda la aplicación del acto administrativo, mientras concluye el respectivo proceso, conforme al artículo 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991.

Caso Concreto

Pretende el accionante que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional y al Ejército Nacional - Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, reliquidar el auxilio de cesantías con el reajuste del 60%, teniendo en cuenta como partidas salariales: asignación básica, prima de antigüedad, subsidio familiar más la duodécima parte de la prima de navidad; así mismo, el restablecimiento del derecho, reliquidando la asignación básica, con aplicación del régimen contenido el inciso 2 del artículo del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en el 60%, más las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones, navidad, subsidio familiar y cesantías, y lo que efectivamente debe percibir un soldado profesional.

Frente a lo anterior, la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, en respuesta a la acción, señaló que el señor Omar Milcíades Acosta Rivas, fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión con baja efectiva desde el 29 de junio de 2020, con el grado de Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, con un tiempo de servicio de 20 años, 4 meses y 28 días, con derecho al reconocimiento de una asignación de retiro, en cuantía de 70.00 % del salario mensual (Decreto 2360 del 26 de Diciembre 2019), indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual más el 40%, en los términos del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000) de conformidad con lo señalado en el artículo 5º del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014, teniendo en cuenta para el cómputo de las partidas salariales el sueldo básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar, por lo que se procedió con la expedición de la Resolución N°. 6234 de 20 de mayo de 2020, por medio de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al accionante. Posteriormente, el accionante interpuso en término recurso de reposición en contra de la resolución, el cual fue resuelto mediante Resolución N°. 8855 de 2020, confirmando la decisión.

Respecto a la solicitud del accionante, encaminada a que se reliquide la asignación de retiro, con aplicación del régimen contenido el inciso 2 del artículo del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, la accionada señaló que el Consejo de Estado, realizó el planteamiento jurídico con el cual se buscaba determinar *"si al ser incorporados como soldados profesionales, el salario básico de quienes venían como soldados voluntarios, debe fijarse en un mínimo incrementado en un 40%, en aplicación del inciso 1 de la norma en cita, o en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto (en) su inciso 2" (*)"*, indicando que mediante Sentencia de Unificación N°. CE-SUJ2 850013333002-20130060-01 del 25 de Agosto de 2016, Consejo de Estado;

Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; Demandante: Benicio Antonio Cruz; Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, aclarada mediante la sentencia de 6 de Octubre de 2016, se unificó la jurisprudencia respecto a la problemática planteada, decidiendo que con fundamento en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios, posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.

Finalmente señaló, que respecto al reconocimiento y pago de cesantías definitivas por retiro, es competente la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional y la Dirección de Personal del Ejército Nacional, por lo cual, puso en conocimiento de la primera, la acción de tutela, remitiéndola a los correos: dipso@ejercito.mil.co y dipso-registro@buzonejercito.mil.co, quien no se pronunciaron al respecto.

Por lo anterior, y revisadas las pruebas allegadas al expediente, se pudo establecer que mediante Resolución N°. 280118 de 11 de junio de 2020, al accionante se le reconoció y ordenó pagar con cargo al presupuesto del Ejército Nacional, las sumas relacionadas por concepto de prestaciones sociales, frente a la cual, se presentó petición ante el Comando de Personal del Ejército Nacional, el 7 de septiembre de 2020, pidiendo:

> *… la nulidad de la Resolución N° 292060 de 09 MARZO DE 2021, en su efecto realizar los reajustes conforme a la Ley, y en aplicación al Derecho de igualdad y principio de favorabilidad, de acuerdo con expuesto en la parte motiva de esta Petición.*
>
> *Solicito emitir el pago del reajuste desde el momento de la emisión de la Resolución N° 280118 de 11 JUNIO DE 2020, hasta la emisión de la reliquidación reclamada.*
>
> *Ordenar a quien le corresponda ordenar el pago de la indexación correspondiente sobre los valores adeudados, así como el pago de los intereses en mora de conformidad con el artículo 2º de la Ley 244 de 1995.*

Ante lo anterior, la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, remitió respuesta al accionante, en los siguientes términos:

> *En ese orden, me permito indicar* ***que la nulidad de un acto administrativo se persigue como medio de control, ante la jurisdicción contenciosa administrativa*** *(Artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), como quiera que la administración carece de competencia para declarar la nulidad.* Negrillas fuera de texto
>
> *Aunado a lo anterior y respecto a su solicitud de reliquidación de cesantías "(…)" de conformidad con el ÚLTIMO SUELDO o jornal devengado "(…)" me permito indicar que no es posible acceder favorablemente a lo peticionado, como quiera que de acuerdo al régimen prestacional unitario aplicable a los señores soldados profesionales contemplado en el Decreto 1794 de 2000, la liquidación de las cesantías definitivas se efectúa en aplicación del artículo 9 de precitada norma, la cual reza que:*
>
> *"(…)" CESANTÍAS. El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional. (…).*

Ahora bien, como el caso de la vulneración alegada, se deriva de las Resoluciones N°. 6234 de 20 de mayo de 2020, Resolución N°. 8855 de 2020 y N°. 280118 de 11 junio de 2020, es necesario advertir que en contra de estas, proceden los recursos de ley, para agotar vía administrativa, y seguidamente, iniciar la acción correspondiente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, buscando que se declare nulidad y se restablezcan los derechos, es de anotar, que dicho medio, permite solicitar suspensión provisional del acto administrativo, por lo que es evidente, que existe un mecanismo idóneo y eficaz, para hacer valer los derechos del accionante, lo que conlleva improcedencia de la acción de tutela, por ausencia de subsidiariedad.

De otra parte, los derechos que se consideran vulnerados, deben exigirse ante el juez natural, quien está obligado a protegerlos si observa su quebrantamiento; con la salvedad de que existen criterios jurisprudenciales, que llevan a que vía acción de tutela, proceda de manera transitoria o definitiva su amparo, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos particulares; que en el caso, se presentan, así: en primer lugar, no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable; en segundo lugar, no se evidenció que el tutelante pertenezca a un grupo de especial protección constitucional; y en tercer lugar, no es posible establecer que se estén quebrantando derechos al debido proceso, discriminación, mínimo vital, principio de favorabilidad e igualdad, por cuanto no se aportaron pruebas que así lo determinen. Luego, el tutelante debe estarse al procedimiento ordinario, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo que conlleva a la improcedencia de la acción de tutela.

En conclusión: ***i.)*** existe un mecanismo ordinario para controvertir actos administrativos, que no puede ser reemplazado por la acción de tutela, el cual corresponde al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, idóneo y eficaz para solicitar el reajuste en un 60% de cesantías definitivas, asignación básica y prestaciones sociales del accionante, y ***ii.)*** verificados los presupuestos para la procedencia excepcional de la acción de tutela como mecanismo transitorio, no se observó la configuración de estos en el caso particular.

En caso de no presentarse impugnación en contra del presente fallo, por la secretaría del juzgado, se procederá con el envío de este a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR por improcedente la acción de amparo presentada por el señor Omar Milcíades Acosta Rivas, identificado con cédula de ciudadanía N°. 4.045.205; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Por la secretaría del juzgado, **NOTIFICAR** la presente decisión a las Partes, a la Agente del Ministerio Público Delgada ante este despacho judicial y al Defensor del Pueblo; conforme a lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

TERCERO.- HACER SABER que en contra de la presente decisión, procede el recurso de impugnación para ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación**.

CUARTO.- RECONOCER personería adjetiva a la Doctora Patricia Sorey Ortiz Nieves, identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.960.011 y tarjeta profesional N°. 281.196 del Consejo Superior de la Judicatura, para representar los intereses de la

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, dentro de la acción de tutela de la referencia.

QUINTO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, por la secretaría del juzgado, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO.- Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, por la secretaría del Juzgado, **PROCEDER** al archivo de este, luego de las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Luis Eduardo Guerrero Torres
Juez
Juzgado Administrativo
055
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:
a2303a8ee2b7eaece330c6fd356a47a47fca8eca6f7e7a14cfbb059f48e76f5e
Documento generado en 18/01/2022 12:05:33 PM

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