Cartagena de Indias D.T. y C., Veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Acción	**ACCIÓN DE TUTELA.**
Radicado	**13-001-23-33-000-2018-00596-00**
Demandante	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.**
Demandado	**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA.**
Magistrado	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ.**
Tema	*Improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por no cumplirse todos los requisitos generales y no existir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir en primera instancia la acción de tutela instaurada por LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES contra el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, por medio de la cual se pretende la protección de los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia y prevalencia del derecho sustancial.

II. ACCIONANTE

La presente acción fue instaurada por el señor la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra del JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA.

IV. ANTECEDENTES

4.1. Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

"1- Que se tutelen los Derechos Fundamentales de CREMIL violados por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO al proferir la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2017 que condena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la reliquidación de asignaciones de retiro del señor EMILEX CASTRO HERNÁNDEZ con la inclusión de todos los factores salariales.

2- Que como consecuencia de la tutela de los derechos fundamentales, sea REVOCADA la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA y en su lugar se tengan en cuenta que la liquidación de la asignación de retiro no se puede realizar sobre factores salariales o partidas computables devengadas en actividad, sino que las mismas deben ser liquidadas con la normatividad vigente en el momento que se liquida la asignación de retiro, para el caso concreto el Decreto 4433 de 2004, articulo 16, el cual consagra expresamente las partidas computables que deben ser reconocidas para los soldados profesionales e infantes de marina.

3- Subsidiariamente, que el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sección segunda declare la prescripción cuatrienal del pago de las mesadas, de conformidad a lo expuesto por el cuerpo de la presente acción de tutela y en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004."

4.2. Hechos.

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

Determina la parte accionante que los hechos admitidos por el despacho de primera instancia con respecto a la fijación del litigio se encuentra el reconocimiento de la asignación de retiro del señor EMILEX CASTRO HERNÁNDEZ se dio a través de la Resolución Nro. 1299 del 21 de abril de 2010 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por haber acreditado un tiempo de 20 años 07 meses y 28 días.

Que a través de derecho de petición de fecha 26 de agosto de 2010, solicitó la reliquidación de la asignación de retiro incluyendo el subsidio de familia y la reliquidación de la prima de antigüedad de acuerdo al artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Finalmente, el despacho reconoce como hecho la respuesta negativa que da CREMIL mediante Oficio Nro. 57068 del 27 de octubre de 2010, por medio

del cual se negaron todas y cada una de las pretensiones que esbozaba el peticionario bajo Radicado 67680 del 26 de agosto de 2010.

A través de sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena se profirió providencia desfavorable a mí representada resolviendo

> PRIMERO: INAPLICAR por inconstitucional con efecto inter parte las disposiciones normativas contenidas en el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 para el caso concreto (...)
>
> SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. 0056016 adiado 28 de septiembre de 2013, mediante el cual se negó el reajuste de su asignación de retiro (...)
>
> TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, que reconozca y pague al señor EMILEX CASTRO HERNÁNDEZ la diferencia en la asignación mensual de retiro que resulte entre que se haya pagado por concepto y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, conforme a la formula AR= [(SM*70%)+(PA*38.5%)], donde AR es Asignación de retiro, SM es el salario mensual y PA es la prima de antigüedad, incluyendo como factores computables para la liquidación de las asignaciones de retiro además de los ya mencionados, las pretensiones mensuales *"prsolvol y segvidsubs",* y las denominadas *"adic, prima servicio anual y adic prima navidad"*
>
> CUARTO: Las sumas resultantes de la condena, serán ajustadas en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia utilizando la formula .
>
> R=RH* Índice final/Índice Inicial.
>
> Representando R el valor real, se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de las diferencias salariales y prestaciones causadas (...)
>
> QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la entidad demandada, con sustento en los razonamientos expuesto en esta sentencia.
>
> (...)

4.3. Contestación de los Accionados

4.3.1.-Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena[1].

Mediante escrito presentado ante esta Corporación el día 14 de agosto de 2018, el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena dio contestación a la acción de tutela de la referencia, argumentando lo siguiente:

[1] Folios 50-54 Cdno 1.

Con respecto al fallo, manifiesta el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena que estima pertinente manifestar que el Dr. Arturo Eduardo Matson Carballo, reasumió las funciones de Juez en propiedad de ese despacho desde el día 3 de julio de la presente anualidad, luego de finalizada la licencia no remunerada concedida para desempeñar el cargo en provisionalidad de Magistrado del Tribunal Administrativo de Bolívar, según designación de la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, de ahí que es necesario precisar que el Dr. Hernán Darío Guzmán Morales, quien al ejercer el cargo de Juez de dicho despacho profirió la sentencia por cuya causa se promovió la acción de tutela.

Afirma el Juzgado Segundo Administrativo de Bolívar, que es cierto que en primera instancia conoció de la demanda, que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor EMILEX CASTRO HERNÁNDEZ en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con radicado 13-001-33-33-002-2014-00417-00.

Las pretensiones formuladas en la demanda pueden ser reducidas en estricto sentido a cinco aspectos.

1. La nulidad del oficio Nro., 0056016 del 28 de septiembre de 2013, mediante el cual el subdirector de Prestaciones sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio respuesta a la petición formulada el 10 de septiembre de 2013.
2. La inaplicabilidad por Inconstitucional e Ilegal del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio a la igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004.
3. Se condene a la demandada a re liquidar la asignación de retiro del demandante en su calidad de infante de marina retirado por indebida aplicación de la formula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004(…)
4. Incluir en su base todos los factores salariales devengados tales como: subsidio familiar, prima de antigüedad, prima de vacaciones y otros emolumentos devengados, pagando las respectivas diferencias de las mesadas de retiro, debidamente indexadas conforme a los términos en los artículos 187 a 192 del C.P.A.C.A.
5. Se condene en costas a la demandada.

Luego de haberse sustanciado las etapas del procedimiento ordinario al que alude la Ley 1437 de 2011, el proceso concluyó con sentencia de 20 de septiembre de 2017, favorable a las pretensiones del demandante, bajo los argumentos de orden jurídico, jurisprudencial, previo análisis del acervo probatorio, conforme las reglas de la sana critica; dicha providencia fue notificada personalmente en el día 25 de septiembre de 2017 a los extremos del litigio debidamente ejecutoriada, constatando que contra la misma **no se interpuso recurso de apelación** y que por solicitud de parte interesada el día

20 de octubre de aquella anualidad, se entrega copia de la sentencia, tal como registra el sistema de información Justicia Siglo XXI.

En relación con las pretensiones de la tutela, el despacho se permite indicar que las mismas resultan improcedentes por las razones que inmediatamente pasan a exponerse.

1. Tratándose de la acción de tutela contra providencia judicial, existe una corriente argumentativa reiterada y uniforme de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que señala la procedencia excepcional y las condiciones de que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad(exigencias generales)

   La Corte Constitucional en sentencias C-543 de 1992 y T- 079 de 1993 analiza la procedibilidad de la tutela contra providencia judicial en los eventos que se prueba la configuración de una vía de hecho, fijando las reglas de procedibilidad de este mecanismo constitucional contra decisiones judiciales como se conocen actualmente.

   La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica del 5 de agosto de 2014 con Ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez, preciso que la acción de tutela solo resulta procedente contra providencias judiciales, siempre y cuando se respete el principio de la autonomía del Juez Natural y se cumplan los requisitos generales y específicos que precisa la Corte Constitucional.

   Siendo así, los requisitos generales de procedibilidad de los que dispone la Corte Constitucional su exigibilidad total, pues en ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la acción de tutela, encontramos que dichos requisitos son:

   I. Que la cuestión que se discuta tiene relevancia constitucional.
   II. Que se haya agotado todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada.
   III. Que se cumpla el requisito de inmediatez
   IV. Que no se argumente una irregularidad procesal.
   V. Que se expresen de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y
   VI. Que la providencia objeto de la presente acción no haya sido dictada dentro de una acción de tutela.

Denota en calidad de causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra decisión judicial, los errores en los cuales puede incurrir la providencia cuestionada describiendo los siguientes tipos:

a) Defecto Orgánico, se presenta cuando el Juez carece de competencia
b) Defecto Procedimental, ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido
c) Defecto Fáctico, cuando el Juez no tuvo en cuenta el material obrante en el expediente para proferir decisión
d) Defecto Material o Sustancial, se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión
e) Error Inducidos, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales
f) Decisión sin motivación
g) Desconocimiento del precedente judicial; y
h) Violación de la Constitución Política.

Resalta, el Juzgado accionado, que es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada, incurrió en alguna de las causales específicas podrá ser razón suficiente para conceder el amparo constitucional.

Precisa en el libelo contestatario, el Juzgado accionado, que tras haber conceptualizado los parámetros jurisprudenciales necesarios para la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, advierte que la impetrada por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dentro del asunto controvertido, no cumple con los siguientes requisitos:

En primer lugar, quien hoy promueve la acción de tutela, pese a que conoció con suficiente anticipación la decisión judicial atacada en sede de tutela, cuando le fue debidamente notificada, no interpuso contra la misma medio ordinario de defensa judicial, el cual establece el artículo 243 del C.P.A.C.A. consiste en el recurso de apelación.

Se precisa que la sentencia fue dictada por dicho Juzgado el día 20 de septiembre de 2017 y la misma fue notificada a CREMIL, a través de mensaje de datos a su buzón de notificaciones judiciales el día 25 de septiembre de 2017, pero pese a estar enterada debidamente, no hizo uso del medio de impugnación procedente dentro del trámite ordinario que prevé el ordenamiento contencioso administrativo.

Siendo ello así, se observa a prima facie que la solicitud de tutela que hoy ocupa la atención del Tribunal, no satisfizo el primero de los presupuestos de

procedencia de este tipo de dispositivos constitucionales contra providencia judicial, por lo que debe ser declarada su manifiesta improcedencia.

En segundo lugar la acción de tutela promovida no cumple con el Requisito de Inmediatez, habida cuenta que entre la fecha de notificación de la sentencia cuestionada **(25 de septiembre de 2017)** y aquella en que se radica el amparo constitucional **(02 de agosto de 2018)** ha superado el término prudencia que ha construido la jurisprudencia nacional.

Respecto a este término prudencial, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia unificada del 5 de agosto de 2014 explicó que el término de inmediatez cobra mayor relevancia cuando el recurso de amparo se dirige a cuestionar providencias judiciales, toda vez que se encuentra en juego los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, principios tutelares del Estado de derecho, acogió como regla general un plazo de seis (06) meses contados a partir de la notificación de la providencia; considerando los argumentos anteriores, como válidos para cuestionar la petición de amparo constitucional, teniendo en cuenta que se centran en los presupuestos de procedibilidad.

Ahora bien y si en el evento de considerar la acción, el Juzgado señala que tampoco existen elementos de juicio cuya entidad jurídica haga suponer que dicha providencia judicial incurrió en alguno de los defectos o causales específicas para que dicha acción de tutela prospere, la afirmación anterior tiene como sustento;

Que bajo lo que denomina "Una falta de estricto rigor procesal", sostiene el accionado en la presente acción de tutela, que el accionante invoca sentencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado ajenas al régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública para considerar la inclusión de la totalidad de los factores o partidas computables efectivamente percibidas en la asignación de retiro del señor Emilex Castro Hernández, frente a lo anterior, cabe decir que la providencia que hoy se cuestiona no invoca pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el accionante incurre en una imprecisión que eventualmente le atribuye un alcance distinto a la Sentencia de 20 de septiembre de 2017.

De igual manera, debe decirse que la sentencia en mención satisfizo la carga argumentativa necesaria para acceder a las pretensiones de la demanda, pues en efecto, en dicha providencia se explicó que actualmente el concepto de salario cuenta con un parámetro jurisprudencial amplio, en lo

que se refiere concretamente a esta jurisdicción y con el fin de soportar dicha afirmación trajo a colación entre otras providencias, las sentencias del 04 de agosto de 2017(sic) y 1 de agosto de 2013[2], en las cuales el Consejo de Estado manifestó expresamente que por salario debe entenderse todo lo que habitual y periódicamente percibe un servidor como retribución directa por el suministro de su fuerza laboral, a lo que suma el concepto de salario en el convenio 95 de la OIT.

El Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, resalta que la argumentación del accionante en sede de tutela, referida la falta de pertinencia de las sentencias invocadas por este despacho frente a regímenes salariares y prestaciones especiales. Al respecto, olvida la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que el Consejo de Estado también en su Sección Segunda, ha sostenido que "Excepcionalmente y cuando se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas de la aplicación de los regímenes especiales generan un trato desfavorable para sus destinatarios (...) se configura una evidente discriminación que impone el retiro de la normatividad especial, por desconocimiento del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política"

En estos términos, la argumentación que sustenta la decisión adoptada por este despacho el 20 de septiembre de 2017, en ejercicio de la autonomía funcional **I)** Satisface la carga argumentativa que se exige frente a este tipo de decisión **II)** Atiende el parámetro jurisprudencial actual que sobre el concepto de salario ha desarrollado el Consejo de Estado y **III)** Garantiza el debido proceso de las partes en la medida en que toda la actuación procesal que antecedió dicha decisión se ajusta a los presupuestos establecidos en la Ley 1437 de 2011.

En razón con lo anterior, reitera, con absoluto respeto la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela de la referencia o, si es el caso, desestimar las pretensiones de la misma, pues, no sería el escenario procesal natural el de la acción constitucional adecuado y pertinente para discutir el fondo del asunto planteado en la providencia que se ataca, cuando lo que realmente se pretende en el trasfondo, es la impugnación de la decisión, situación que como se anotó en líneas procedentes tenía como cause, el recurso de apelación, cuya oportunidad dejo vencer por incuria de la parte accionante.

---

[2] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B. Rad. 0112-2019; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección B. Rad. 0070-2011

4.3.2.-EMILEX CASTRO HERNÁNDEZ.

A pesar de haberse notificado el auto admisorio de la acción constitucional, el día 13 de agosto de 2018[3], al Señor Emilex Castro Hernández, no obra en el expediente, informe alguno en el que contenga su intervención con respecto a la acción en comento, ante este Tribunal.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela, fue presentada el 02 de agosto de 2018[4], la misma fue repartida el 09 de agosto del mismo año[5], y admitida mediante auto No. 571 del diez (10) de agosto de 2018[6], en donde se dispuso se diera curso a las notificaciones de rigor, comunicándole a la entidad accionada a que dentro de las 48 horas siguientes a la respectiva comunicación, rinda informe sobre los hechos de la misma, ordenándose vincular al Señor Emilex Castro Hernández por tener injerencia en este asunto.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1. La Competencia

El Tribunal es competente para conocer de la acción de tutela en primera instancia, según lo establecido en el artículo 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el Numeral 5, del Art 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1983 de 2017, en el cual se estipula lo siguiente:

> *"5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada".*

6.2. El problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar sí:

¿En esta acción constitucional se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales de tutela?

---

[3] Folio. 49 Cdno 1
[4] Folios. 1-10 Cdno 1
[5] Folio. 44 Cdno 1
[6] Folio 46 Cdno 1

En caso de superarse el problema anterior, la Sala estudiará los defectos o causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial para resolver el siguiente:

¿El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y la prevalencia del derecho sustancial de la accionante, cuando concedió las pretensiones de la demanda radicada por el Señor Emilex Castro Hernández en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho al condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al incluir la reliquidación de asignaciones de retiro por inclusión de todos los factores salariales devengados?

Para desarrollar el interrogante anterior se desarrollará el siguiente temario: (i) Generalidades de la acción de tutela, (ii) Principio de Inmediatez (iii) acción de tutela contra providencias judiciales, procedencia excepcional; y (iv) caso en concreto.

6.3. Tesis de la Sala

La Sala rechazará por improcedente la solicitud de amparo, en la medida en que no se cumple los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, porque no cumple con el requisito de inmediatez, de la acción como quiera que sobrepasa el tiempo razonable de seis meses, según lo establecido por el Consejo de Estado y no agotar todos los mecanismos ordinarios de defensa judicial con los que cuenta la parte accionante para hacer cumplir sus derechos dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo fue el recurso de apelación contra la providencia aquí cuestionada.

6.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

6.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, u objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

6.4.2. Acción de tutela contra providencias judiciales, procedencia excepcional.

La Corte Constitucional reconoce la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, entendidas como sentencias y autos[7], cuando con éstas se vulneren los derechos fundamentales de las personas, en particular el derecho al debido proceso. Ello, en razón a que esa acción constitucional procede contra la "acción o la omisión de cualquier autoridad pública"[8], incluyendo entonces las autoridades judiciales[9], que en el ejercicio de la función de administrar justicia deben ajustarse a la Constitución y la ley

---

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-125 de 2010.
[8] Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia
[9] Ver sentencia C-543 de 1992, en la que se dijo: "no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad (autoridad pública) en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para los particulares y también para el Estado"

para así garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en ella; pero sin embargo no siempre resulta así.

Es por eso que si bien la Corte Constitucional mediante sentencia C-543 de 1992 declaró inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que preveían la posibilidad de proteger por medio de la acción de tutela los derechos fundamentales vulnerados por las autoridades judiciales en sus decisiones, al considerar que tal acción no estaba concebida para cuestionar las providencias de los jueces, en virtud de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, además de transgredir la autonomía e independencia judicial, **nunca cerró la posibilidad de interponer acciones de tutela** cuando *"la actuación de la autoridad judicial carezca de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de la persona, incurriendo de esa manera en lo que se ha denominado como "vía de hecho"*[10], verbigracia, decisiones manifiestamente arbitrarias porque se basan en normas evidentemente inaplicables (defecto sustantivo), las que son proferidas con carencia absoluta de competencia (defecto orgánico), las que se apoyan en una valoración arbitraria de las pruebas (defecto fáctico), las que se profieren en un trámite que se apartó ostensiblemente del procedimiento fijado por la normativa vigente (defecto procedimental), entre otros**.**

En ese sentido, la Corte distinguió las providencias judiciales de las vías de hecho, aduciendo que las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico; a su turno las segundas, son apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas[11]; de suerte que, se busca un equilibrio adecuado entre dos elementos fundamentales del orden constitucional: (i) el respeto por los principios de autonomía e independencia judicial y (ii) la primacía de los derechos fundamentales.

En su construcción jurisprudencial, la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005 replanteó el concepto de vías de hecho, para establecer unos requisitos genéricos -y rigurosos- de procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales, dentro de los que se distinguen unos de

---

[10] Ver Sentencias C- 543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández G., T- 518 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo
[11] Sentencia T-368 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. [20] Cfr. sentencia T-018 de 2008

carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, con la eficacia de principios de estirpe constitucional y legal como la seguridad jurídica, la cosa juzgada, la independencia y autonomía del juez; y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo[12].

Los requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005, son:

> *"a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.*
>
> *b.* ***Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable****. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*
>
> *c.* ***Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.***
>
> *d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.*
>
> *e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Esta*

[12] Cfr. sentencia C-590 de 2005

exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.

f. Que no se trate de sentencias de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". (Subrayado y negrita fuera de texto).

Tocante a los requisitos especiales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, se tratan de defectos sustanciales que por su gravedad hacen incompatible la decisión judicial con los preceptos constitucionales, entre los que se destaca:

"a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución, que es el defecto que se deduce de infringir directamente una o varias disposiciones o normas razonablemente vinculables a la Constitución"[13]. (Subrayas fuera de texto)

Corolario de lo hasta aquí expuesto, se tiene que, cuando se presentan las causales genéricas de procedibilidad y se configura por lo menos uno de los defectos o fallas graves que hacen procedente la acción de tutela contra una providencia judicial; existe una "actuación defectuosa" que debe ser reparada por el juez constitucional.

6.4.3.-Principio de Inmediatez.

La Corte Constitucional en numerosas sentencias, ha establecido cuando se satisface el principio de inmediatez de la acción constitucional de tutela, como en la sentencia T-246-2015, donde manifestó al respecto que:

"El principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

El Juez de tutela debe realizar valoración de los hechos que configuran el caso concreto cuando la acción no se presenta en un término prudencial y razonable.

La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual."

Así mismo en sentencia T-332-2015 la Corte Constitucional, en relación a la Inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, aseguró que:

"De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que

[13] C-590 de 2005

originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados. La petición ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Si se limitara la presentación de la demanda de amparo constitucional, se afectaría el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos.

Por lo tanto, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de tutela. Del mismo modo, si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza."

En sentencia T-022-2017, resalta que, el principio de inmediatez debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, como se cita a continuación:

"La eficacia de la acción de tutela frente a la protección de los derechos fundamentales se encuentra relacionada directamente con la aplicación del principio de la inmediatez, presupuesto sine qua non de procedencia de dicha acción, dado que su objetivo primordial se encuentra orientado hacia la protección actual, inmediata y efectiva de derechos fundamentales. Bajo ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, siendo el elemento de la inmediatez consustancial al amparo que la acción de tutela brinda a los derechos de las personas, ello necesariamente conlleva que su ejercicio deba ser oportuno y razonable."

6.4.4. El caso concreto.

En el caso sub examine, el accionante Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicita el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y prevalencia del derecho sustancial que concibe violados dentro de la presente acción constitucional por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena en sentencia de primera instancia de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), al conceder las pretensiones de la parte demandante, la cual le fue desfavorable a la misma.

El fundamento de su inconformidad, radica en que, en la sentencia del 20 de septiembre del 2017, el Juez de primera instancia, **I)** ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer y pagar al Señor Emilex Castro Hernández, la diferencia en la asignación mensual de retiro que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que resulte de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 conforme la fórmula que determinó el Juzgado en la parte resolutiva de la sentencia **II**) Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nro. 0056016 del 28 de septiembre de

2013, mediante el cual se negó el reajuste en su asignación de retiro lll) Las sumas resultantes de las condenas, serán ajustadas en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia (...)

Expuesto lo anterior, procede la Sala a resolver sobre la vulneración del derecho fundamental del actor, de conformidad con los hechos y los documentos que obran en el expediente.

6.5.- Hechos relevantes probados

Así las cosas, advierte la Sala que se encuentran demostrados los siguientes hechos:

-Copia de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), visible a folios 31 a 42 Cdno 1.

-Consulta de proceso, Rama Judicial, de fecha catorce (14) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Donde se detalla el registro de las actuaciones surtidas del proceso, visible a folios 53 a 54 Cdon 1.

6.6.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso bajo estudio, el actor solicita el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y prevalencia del derecho sustancial que concibe violadas la parte accionante dentro de la presente acción constitucional en sentencia de primera instancia de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena al conceder las pretensiones de la parte demandante, la cual le fue desfavorable al accionante.

En primer lugar, la Sala debe determinar si se cumplen con los presupuestos establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional[14], con el objeto de determinar si por éste instrumento subsidiario se pueda revisar la providencia judicial antes mencionada, esto es, siempre y cuando apliquen

[14] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 297/15, en la que se hace un reiteración jurisprudencia sobre ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, para que proceda la tutela como mecanismo de protección excepcional frente a providencias judiciales, tal como viene de exponerse en la parte considerativa de esta providencia, so pena su rechazo.

todas las causales generales de procedencia y, por lo menos, una de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, carga que debe cumplir el accionante, no sólo en su planteamiento, sino también en su demostración[15], como a continuación se describen:

Requisitos generales de procedencia señalados en la sentencia C-590 de 2005:

> *"a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, ciertamente el asunto bajo estudio tiene importancia constitucional, más cuando se encuentran en conflictos, derechos fundamentales de los asociados, tales como debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial.*

Este requisito se cumple, porque el peticionario está alegando, que se le está vulnerado su derecho al acceso a la administración de justicia, debido proceso y prevalencia del derecho sustancial con el actuar de la entidad accionada.

> *b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable."*

Este requisito no se configura, pues luego de sustanciadas las etapas del procedimiento ordinario al que alude la Ley 1437 de 2011, el proceso concluyó con sentencia de fecha 20 de septiembre de 2017, favorable a las pretensiones para la parte demandante del libelo demandatorio, bajo los argumentos de orden jurídico, jurisprudencial, previo análisis de acervo probatorio, conforme a las reglas de la sana critica. Dicha providencia fue notificada personalmente el día 25 de septiembre a los extremos del litigio, quedando debidamente ejecutoriada y sin interposición de recurso de apelación.

Se precisa que la sentencia fue dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, el día 20 de septiembre de 2017 y la misma fue notificada a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de mensaje de datos a su buzón de notificaciones judiciales, el día 25 de septiembre de 2017, pero pese a estar enterada debidamente no hizo uso del medio de impugnación procedente dentro del trámite ordinario que prevé el ordenamiento contencioso administrativo, tal como se observa en la consulta

[15] Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-590 de 2005 y T-332 de 2006, entre otras.

de proceso que obra en folios 53-54 como registra el sistema de información Justicia XXl.

> *c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.*

Esta exigencia, no se cumple en este caso, habida cuenta la sentencia de tutela promovida no cumple con el requisito de inmediatez, debido a que que entre la fecha de notificación de la sentencia cuestionada **(25 de septiembre de 2017)** y aquella en que se radica el amparo constitucional **(02 de agosto de 2018)** se ha superado el término prudencial que ha construido la jurisprudencia nacional.

Desde la fecha hasta la presentación de la presentación de acción constitucional, han transcurrido 10 meses, aproximadamente, sin que se hiciere uso de este mecanismo de protección constitucional, El tiempo antes establecido, supera el termino razonable de seis (6) meses que identificado, el Consejo de Estado, como el tiempo para intentar la acción de tutela contra providencias judiciales.

Cabe anotar que, la anterior situación imposibilita al Juez Constitucional abordar de fondo la solicitud de amparo, máxime cuando no se acredita siquiera la existencia de un perjuicio irremediable, frente al cual se supone que sea inminente y grave, razón por la cual la garantía de los derechos fundamentales por medio de la acción de tutela debe ser urgente e impostergable. La inminencia del perjuicio hace relación a la amenaza que esta por suceder y su gravedad a la intensidad del daño moral o material en el haber jurídico de la persona.

A su vez, la finalidad de la acción de tutela no puede contravenir los requisitos generales de procedibilidad, en el caso de no agotar todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada, ni las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra las decisiones judiciales.

Por todo lo expuesto, dado el incumplimiento de los requisitos generales la Sala de Decisión rechazará por improcedente la presente acción de tutela.

VII. CONCLUSIÓN

La respuesta al problema jurídico planteado al inicio es negativo, en razón a que no se cumplen con los requisitos generales para que excepcionalmente proceda la acción de tutela, ya que en el caso que nos corresponde la misma por encontrarse dirigida en contra de una providencia judicial ,está supeditada a que, la accionante haya acudido previamente a los instrumentos procesales previstos en el ordenamiento jurídico para exponer las irregularidades en las que a su sentir pudo haber incurrido el juez, puesto que como mecanismo residual y subsidiario, el amparo no puede remplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni debe ser utilizado para reabrir debates que debieron presentarse ante la autoridad natural de la causa en los términos previstos en la ley.

En este caso, CREMIL no demostró haber agotado los medios de defensa judicial, por lo que esta Sala, insiste en el carácter subsidiario de la acción, que a su vez no puede constituirse como alternativa a los mecanismos ordinarios e idóneos de defensa judicial, porque salvaguarda las competencias atribuidas por la Constitución y la Ley a las diferentes autoridades, garantizando su independencia y preservando "la plenitud de las formas propias de cada juicio"; garantías estas que integran las reglas del debido proceso constitucional, que supone la aplicación de los procedimientos debidos en cada caso concreto.

Así mismo, se tiene que la actora no alega, perjuicio irremediable, que suponga peligro grave e inminente hacia la tutelante, por el cual el juez constitucional tenga que entrar al campo del juez legal para conceder amparo de tutela.

Por todo lo expuesto, la Sala de Decisión rechazará por improcedente la presente acción de tutela.

Razón a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley;

FALLA:

PRIMERO: RECHAZAR por improcedente la acción instaurada por el apoderado judicial de la Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares, en contra del

Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

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

TERCERO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala de la fecha, según consta en Acta No.084

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

Acción	**ACCIÓN DE TUTELA**
Radicado	**13-001-23-33-000-2018-00596-00**
Demandante	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**
Demandado	**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**
Magistrado	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**