



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de 2018

SENTENCIA DE TUTELA No. 63

Accionada: CREMIL

Accionante: TERESA OSORIO GALLEGO

Derechos Invocados: debido proceso administrativo, igualdad, mínimo vital y seguridad social.

Radicado: 110013335-017-2018-00145-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por la señora TERESA OSORIO GALLEGO, por intermedio de apoderado, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES por la presunta vulneración a los derechos fundamentales debido proceso administrativo, igualdad, mínimo vital y seguridad social. No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia así:

I. ANTECEDENTES

LA ACCIÓN. Refirió la señora TERESA OSORIO GALLEGO que es viuda, con cuatro hijos, cabeza de familia, cuenta con 46 años de edad y presenta problemas de salud muy delicados.

Agrega, que probó mediante 10 declaraciones extrajuicio ante la Notaría Única de Caicedonia, que mantuvo una convivencia continua, estable e ininterrumpida por más de 5 años con el señor ORLANDO PEÑA GARCÍA en el periodo comprendido abril de 2012 hasta el 16 de mayo de 2017, fecha de su fallecimiento, en casa de propiedad del causante.

Indicó que el señor ORLANDO PEÑA GARCÍA, era viudo y devengaba dos pensiones, una reconocida por CREMIL y la otra por COLPENSIONES. Manifestó que los días 6, 7, 9 de junio y 13 de julio de 2017, envió documentación a la Caja para obtener el pago de la sustitución pensional de su compañero fallecido y mediante Resolución 6534 le negó su reconocimiento y pago aduciendo no acreditar los requisitos exigidos por el Decreto 4433 de 2004.

Contra la anterior decisión presentó los recursos de ley, la CAJA le solicitó documentación adicional para resolver el recurso de reposición y a través de la Resolución 9946 de 18 de diciembre de 2017, negó el derecho a la sustitución pensional.

Sostuvo que mediante Resolución SUB-247681 de 4 de noviembre de 2017 COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobrevivientes a su favor y la mesada viene siendo pagada desde diciembre de 2017, dicha Resolución fue remitida a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que conocieran de fondo que COLPENSIONES sí efectuó las investigaciones, la visita a la residencia del fallecido y verificó los testimonios de la familia y vecinos.

Por las anteriores razones la tutelante solicita que se ordene a CREMIL que reconozca y pague la sustitución pensional, al menos de forma transitoria, a la señora TERESA OSORIO GALLEGO en calidad de compañera permanente.

DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO. Considera que con la actuación de la entidad accionada se están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, igualdad, mínimo vital y seguridad social.

ARGUMENTO DE LA AUTORIDAD ACCIONADA. Dentro del término establecido en el auto de fecha 24 de abril de 2018, la entidad accionada manifestó que “mediante Resolución 6534 del 17 de agosto de 2017” (sic) reconoció asignación de retiro al señor Sargento Viceprimero ORLANDO PEÑA GARCÍA, quien falleció el 16 de mayo de 2017 y tras su fallecimiento se presentó a reclamar la sustitución pensional la señora TERESA OSORIO GALLEGO en calidad de compañera permanente.

Añadió que, la señora Aleyda Milena Peña Perdomo, en calidad de hija del militar fallecido manifestó que fue la única persona que estuvo pendiente del cuidado del causante y, bajo la gravedad del juramento, que no conoce la existencia de hijos menores de edad, ni derecho a reclamar o acceder al reconocimiento pensional de su padre, porque su madre falleció el 22 de abril de 2012 y cualquier solicitud o reclamación presentada por la señora Teresa Osorio Gallego no debe ser tramitada, ya que dicha persona no era esposa de su padre, ni su compañera permanente. La señora Teresa se desempeñaba realizando oficios domésticos en la casa de su padre desde el 1º de junio de 2013.

De tal manera que, una vez revisada la documentación e información aportada y los documentos obrantes en el expediente prestacional del militar, la Caja de Retiro, procedió a evaluar si a la señora Teresa Osorio Gallego le corresponde el derecho a la sustitución de la asignación de retiro y se concluyó que no existen elementos de juicio que permitan establecer el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro al no existir pruebas idóneas y conducentes a demostrar la convivencia con el militar.

Argumentó también que, no le corresponde al juez de tutela reconocer las prestaciones económicas solicitadas por esta vía, pues para ello existe la jurisdicción competente, si una vez cumplido este procedimiento persiste la vulneración de derechos, este puede acudir a la acción constitucional, al no disponer de otro medio judicial.

Refirió que en el presente caso los actos administrativos proferidos por la accionada gozan de presunción de legalidad y ante “el agotamiento de la vía gubernativa” (sic), solo pueden ser atacados por la vía de lo contencioso administrativo y no le es dable al juez de tutela dirimir las controversias que dichas actuaciones susciten entre quienes son sus destinatarios. Hizo citas jurisprudenciales respecto de la improcedencia de la acción de tutela.

Luego se refirió a la naturaleza de la acción de tutela y al principio de inmediatez para indicar que en el asunto que nos ocupa no concurren los elementos necesarios para que se configure un perjuicio irremediable que haga viable la presente acción de tutela, por cuanto no se demuestra la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada.

Por las anteriores razones solicitó desvincular a CREMIL de la presente acción de tutela y declararla improcedente.

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000, y el Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto a la legitimación por activa, la solicitante TERESA OSORIO GALLEGO es persona natural, que actúa por intermedio de apoderado (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de una entidad pública, esto es, la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional (art. 13 del D. 2591 de 1991).

ANÁLISIS DEL DESPACHO.

Procedibilidad de la acción de tutela.

- SUBSIDIARIEDAD

El Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela, establece en el artículo 6º las causales de improcedencia y en el numeral 1º señala que no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquellos se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

De otro lado, la Corte ha considerado que el agotamiento de los recursos ordinarios de defensa judicial responde al principio de subsidiariedad, lo cual pretende asegurar que la acción de tutela no se convierta en una instancia más dentro del trámite jurisdiccional.

En tratándose de acción de tutela contra actos administrativos la Honorable Corte Constitucional ha “predicado por regla general su improcedencia a no ser que se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto el interesado puede ejercer las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, como medida preventiva solicitar dentro de ésta, la suspensión del acto que causa la transgresión”¹.

Sobre el perjuicio irremediable, la H. Corte Constitucional ha manifestado que se deben cumplir los elementos de inminencia, gravedad y requerir medidas urgentes e impostergables para la protección de derechos fundamentales: “(...) En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos facticos 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

¹ T.- 094/2013

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”².

En este orden de ideas, la procedencia del mecanismo constitucional contra actos administrativos está supeditada a la existencia de un perjuicio irremediable que debe ser invocada y demostrada ante el Juez Constitucional a fin de que éste pueda tomar las medidas necesarias de protección de los derechos fundamentales vulnerados.

- **El caso concreto.**

En el presente asunto se pretende que por esta vía se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro a favor de la aquí accionante, al menos de manera transitoria, al considerarse vulnerados los derechos fundamentales invocados.

Por su parte, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL argumenta que no es procedente por esta vía la solicitud de la actora en tal sentido, en tanto los actos administrativos proferidos por la entidad gozan de presunción de legalidad y se deben atacar por la vía ordinaria, sin que sea posible el reconocimiento de la sustitución de la prestación a través de esta acción constitucional por cuanto no se encuentra probado un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la reseña jurisprudencial y los argumentos expuestos por las partes, el Despacho revisará si en el presente caso se cumple con el requisito de procedibilidad de la acción de tutela descrito en precedencia.

Al efecto, se encuentra probado en el expediente que mediante Resolución 648 del 15 de junio de 1979 (f. 12) se reconoció al señor Orlando Peña García (q.e.p.d) asignación de retiro y que el citado militar falleció el 16 de mayo de 2017 (f. 4).

Igualmente, obra copia de las Resoluciones 6534 del 17 de agosto de 2017 y 9946 del 18 de diciembre de 2017, por medio de las cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el derecho a la sustitución de la asignación de retiro de la aquí tutelante, al no encontrar elementos de juicio que permitieran establecer el derecho a favor de la señora Teresa Osorio Gallego en calidad de compañera permanente. (fls. 12, 13 y 19 a 21).

De tal manera que, debe señalar el Despacho que, la actora dispone de vías ordinarias idóneas y expeditas, como es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en búsqueda de atacar la decisión tomada por la administración contenida en los actos administrativos que se encuentran en el expediente, medio de control dentro del cual es posible invocar medidas cautelares cuando se estimen pertinentes para conjurar un posible perjuicio, medidas que fueron reforzadas en el nuevo C.P.A.C.A. haciendo cada vez más extraordinaria la vía de tutela frente a este tipo de actuaciones.

². Sentencia T – 1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudiaba si era procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, para solicitar el incremento de su mesada pensional. En este caso, la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, que negaron el amparo del derecho, pues consideró que en el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable.

Por consiguiente, tal y como se expuso con anterioridad, en principio la acción de tutela no es procedente para atacar actos administrativos como, en el presente caso, la decisión cuestionada por la actora, ya que el ordenamiento jurídico tiene dispuestos medios de defensa ordinarios para revisar su legalidad, como tampoco es posible acudir al juez constitucional con el fin de obtener determinados resultados, o tratar de modificar decisiones que resultan adversas a las pretensiones de la accionante.

En tanto, como ya se señaló, la acción de tutela es de carácter subsidiaria y residual, resultando improcedente su ejercicio cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se haga uso de ésta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal y como expresamente se dispone en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Así, al verificar el Despacho si en el presente caso se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable que habilite un pronunciamiento de fondo en sede constitucional, al menos como mecanismo transitorio y de acuerdo al estudio de la documental obrante en el proceso, no se observa que la actora se encuentre en perjuicio irremediable que deba evitarse mediante esta acción de tutela, pues si bien manifiesta que adolece de diabetes, no se aporta prueba de que por su estado de salud se encuentre en riesgo inminente, además cuenta con 46 años de edad, es decir no hace parte del grupo denominado “tercera edad” y, no se demuestra que su mínimo vital se encuentre vulnerado, por cuanto sí percibe una sustitución pensional desde el 16 de mayo de 2017, reconocida por COLPENSIONES en una cuantía de \$1.838.198,00.

Se trae a cita el concepto que ha elaborado la Corte Constitucional sobre el mínimo vital, el cual “constituye un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, en tanto salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia del individuo. El reconocimiento del derecho al mínimo vital encuentra su fundamento en el concepto de dignidad humana, pues es claro que la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la subsistencia del individuo, comporta la negación de la dignidad que le es inherente. Igualmente, este derecho se proyecta en otros derechos fundamentales como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.). De esta forma, la protección al mínimo vital se configura una de las garantías de mayor relevancia en el Estado Social de Derecho”³.

De acuerdo con la definición transcrita, del acervo probatorio no se evidencia la afectación de su mínimo vital, aunado a que es claro que la presente acción de tutela resulta improcedente para atacar actos administrativos, ya que el ordenamiento jurídico tiene dispuestos medios de defensa ordinarios para revisar su legalidad no cumpliendo entonces con el requisito de subsidiariedad y no observarse una especialísima circunstancia que posibilite su ejercicio como mecanismo al menos transitorio de protección de los derechos fundamentales que se invocan.

Consecuente con lo anterior y con fundamento en lo antes expuesto, es claro que la acción de tutela ejercitada en el presente caso es **IMPROCEDENTE** y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

- **SENTIDO DE LA DECISIÓN.**

³ T-678-17.

De las anteriores consideraciones, se concluye que no es procedente la presente acción de tutela, en primer lugar, por no cumplir el requisito de inmediatez y, en segundo lugar, por cuanto el actor dispone de otros medios de defensa y no demuestra la existencia de un perjuicio irremediable.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por la señora TERESA OSORIO GALLEGO en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. **NOTIFÍQUESE** a la accionada y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Ejg