



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

SENTENCIA DE TUTELA No. 134

Bogotá D.C., 18 de octubre de 2018.

Accionada: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Accionante: LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ

Derechos Invocados: Mínimo vital - Seguridad social

Radicado: 110013335-017-2018-00382-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

Procede el Despacho a decidir la Acción de Tutela incoada por la señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ, en nombre propio, contra CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, por el inminente peligro de vulneración a sus derechos fundamentales de: Mínimo vital - 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. La señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ resalta que mediante Resolución 8066 del 3 de octubre de 2017 CREMIL negó a la acá accionante la sustitución de asignación de retiro ordenando el pago de los haberes dejados de cobrar de mayo de 2017, así como el reconocimiento de la asignación de retiro causada por el fallecimiento del señor Leonel Soto Bedoya a favor de la señora MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO en su condición de esposa y única beneficiaria; contra esta resolución la señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ interpuso recurso en el término de ejecutoria, resuelto a través de Resolución 9409 del 28 de noviembre de 2017 confirmando en todas sus partes la Resolución 8066.

Alega que es sujeto de especial protección en tanto a la fecha de interposición de la acción cuenta con 70 años de edad, además de tener problemas de hipertensión y circulación que la obligan a estar permanentemente medicada.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. Solicita la protección de sus derechos fundamentales de Mínimo vital - Seguridad social, que estima vulnerados por la accionada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL y en consecuencia se ordene a CREMIL que reconozca y pague la asignación de retiro causada por el fallecimiento del Sargento Viceprimero Leonel Soto Bedoya en razón a su calidad de cónyuge del militar en un 50% a partir del 18 de mayo de 2017 afiliándole igualmente al sistema de salud.

ARGUMENTO DE LA AUTORIDAD ACCIONADA. Vencido el término establecido en el auto de fecha 3 de octubre de 2018, la accionada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL hizo uso del mismo en oportunidad señalando que mediante escrito radicado 2018-7484-99106 del 20 de octubre de 2017 la señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ señala que efectivamente no convivió con el señor Leonel Soto Bedoya durante los últimos cinco años hasta el momento de su fallecimiento, sino que su convivencia fue hasta mediados de 1984, pero que en razón a que nunca se divorció del ya citado militar estimando tal argumento como suficiente para la solicitud de sustitución pensional. Destaca que, en razón de lo anterior la entidad dio cumplimiento al literal a) del párrafo segundo del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004 a la luz del cual la accionante no cumple con los requisitos para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro.

Finalmente, subraya la improcedencia de la acción de tutela cuando a través de esta se pretende sustituir los mecanismos de defensa ordinarios, lo anterior en tanto afirma que a la señora LILY

PEÑUELA RODRÍGUEZ se le resolvió su solicitud de reconocimiento de sustitución de asignación de retiro a través de la Resolución 8066 del 03/10/2017 presentando recurso de reposición contra la misma que la entidad resolvió a través de la Resolución 9409 del 28/11/2017, actos que pueden ser controvertidos en la jurisdicción competente la cual determina el procedimiento correspondiente a seguir, y ya que los actos citados gozan de presunción de legalidad la cual agotada la actuación administrativa solo puede ser atacada en la vía contencioso administrativa, no siendo el Juez de Tutela el llamado a resolver estas controversias.

ARGUMENTO DE LA VINCULADA MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO. Mediante auto admisorio del 3 de octubre de 2018 se dispuso vincular a la presente actuación procesal a la señora MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO quien se pronunció en oportunidad sobre la acción de tutela y las manifestaciones de la accionante precisando que contrajo matrimonio civil con el señor Leonel Soto Bedoya el 17 de abril de 1995 registrado en esa misma fecha, conviviendo con él hasta la fecha de su fallecimiento el 18 de mayo de 2017, destacando que su lugar de residencia durante todos esos años fue la casa de sus padres en Pereira.

Sostiene que en la actualidad cuenta con 60 años de edad y múltiples dificultades de salud, por lo que siempre dependió de su esposo el señor Leonel Soto Bedoya, y que durante todo el tiempo de matrimonio y convivencia el difunto nunca tuvo contacto con la señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ perdiendo incluso comunicación con la hija que tuvieron en común, y que nunca la accionante ni su hija solicitaron ayuda económica al difunto.

Finalmente, solicita se nieguen las pretensiones en tanto CREMIL sustentó su decisión en el fundamento legal aplicable considerando que no le asiste derecho a la accionante.

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 en razón a que el trámite va dirigido contra una entidad del orden nacional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1º del Decreto 1382 de 2000, y Decreto 1983 de 2017.

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA.

En cuanto a la legitimación por activa, la solicitante es persona natural que actúa a nombre propio (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de una entidad pública del orden nacional, esto es la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL (art. 13 del D. 2591 de 1991).

ANÁLISIS DEL DESPACHO.

Problema Jurídico: La tutelante manifiesta que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, al negarle el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro del señor Sargento Viceprimero Leonel Soto Bedoya ostentando ella la calidad de cónyuge sobreviviente, lo anterior desconociendo además que la accionante es sujeto de especial protección constitucional al contar con 70 años de edad y problemas de salud.

La entidad accionada, por su parte, manifiesta que el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro a favor de la señora MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO y la negativa a la acá accionante se debió a que la señora LILY PEÑUELA no cumplió con los requisitos exigidos por la Ley para ser beneficiaria del reconocimiento y por tanto no le han sido vulnerados sus derechos fundamentales. La entidad afirmó además que en razón del asunto aquí discutido la tutela resulta improcedente por existir otro medio de defensa judicial.

Por su parte la vinculada MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO precisó que se casó con el señor Leonel Soto Bedoya en 1995 y desde esa fecha hasta su muerte compartieron juntos bajo un mismo techo; subrayando que el señor Soto nunca mantuvo ni comunicación ni mucho menos brindó ayuda económica alguna a la aquí accionante.

Ante lo anterior considera el Despacho que la acción de tutela NO tiene vocación de prosperidad puesto que no se cumple con la subsidiaridad como requisito de procedibilidad para la protección de derechos fundamentales por esta vía; ni tampoco se evidencia un perjuicio irremediable que habilite la procedencia de la acción como mecanismo transitorio de protección constitucional.

Procedibilidad de la acción de tutela.

i) Inmediatez

El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior.

Es así que el juez de tutela debe examinar los requisitos propios de esta acción constitucional para poder declarar su procedencia; entre ellos se encuentra el requisito de inmediatez, identificado como el término razonable en el que se debe presentar la acción de tutela en búsqueda de su fin. Sobre el particular, en sentencia T-288/11 la H. Corte Constitucional señaló:

“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. Conforme con lo anterior, el juez es quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte derechos fundamentales, o que desnaturalice la acción. Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción. Dicho razonamiento conlleva necesariamente a la conclusión de que no existe una definición de antemano, con vocación general, de la razonabilidad y proporcionalidad para el tiempo de presentación de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así, es deber del juez constitucional analizar, en cada caso particular, si la solicitud de amparo fue presentada dentro de un término que revista dichas características” (Resaltado por el Despacho).

En cuanto al tiempo dentro del cual se debe solicitar la acción de tutela, el máximo órgano constitucional ha establecido algunos factores que determinan la razonabilidad o no del tiempo transcurrido entre la presunta afectación del derecho fundamental y la presentación de la solicitud de amparo. En sentencia T-743 de 2008 precisó lo siguiente:

“La Corte Constitucional ha establecido algunos de los factores que deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la

decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en determinados casos no es necesario que concorra el requisito de inmediatez. Un ejemplo de ello es la sentencia T-172/13, en la cual determinó los casos en los cuales es posible la ausencia del requisito de inmediatez, al respecto señaló:

“El juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el accionante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado. Además de lo anterior, la jurisprudencia también ha destacado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias claramente identificables: la primera de ellas, cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y, en segundo lugar, cuando se pueda establecer que “... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”(Resaltado por el Despacho).

De la jurisprudencia constitucional transcrita en líneas precedentes, se podría inferir que la ocurrencia del requisito de inmediatez no debe ser aplicado en estricto sentido, lo admisible es que el juez de tutela debe observar cada caso en concreto y determinar si la afectación de los derechos es permanente en el tiempo, o por el contrario ante la no concurrencia de éste, debe aplicarse en estricto sentido el requisito de inmediatez, y ser declarada la improcedencia de la acción de tutela.

ii) Subsidiariedad

El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *“[e]sta acción sólo 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”.*

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:

¹ Corte Constitucional Sentencia T.- 094 de 2013

"(...) 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 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 demostrado ante el Juez Constitucional a fin de que éste pueda tomar las medidas necesarias de protección de los derechos fundamentales vulnerados.

En la **sentencia T-1008 de 2012**³, esa Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015**⁴ y **T-630 de 2015**⁵, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico**, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado⁶.

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999**⁷ indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ese Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**⁸, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel

² Corte Constitucional 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.

³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**⁹, reiterada en la **T-956 de 2014**¹⁰, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la **gravedad** del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental¹¹. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000**¹² determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la **sentencia T-131 de 2007**¹³, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.

iii) Caso concreto.

En el presente asunto se pretende que por esta vía se conceda el amparo solicitado en la presente acción y se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL que revoque las Resoluciones 8066 del 03/10/2017 "Por la cual se ordena el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor

⁹ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ T-760 de 2008, MP. Mauricio González Cuervo; T-819 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-846 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño. Citadas en la sentencia T-571 de 2015.

¹² MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sargento Viceprimero (R) del Ejército LEONEL SOTO BEDOYA y se niega la prestación" (fls.28-30), y 9409 del 28/11/2017 "Por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución No.8066 del 03 de octubre de 2017, mediante la cual se ordena el pago de los haberes dejados de cobrar por el causante y el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación de retiro del señor Sargento Viceprimero (r) del Ejército Nacional LEONEL SOTO BEDOYA y se niega la prestación" (fls.31-32); y en su lugar disponga el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro del señor Leonel Soto en un 50%.

Por su parte, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES argumenta que no es posible el reconocimiento y pago de la sustitución de asignación, teniendo en cuenta que la señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ no cumplió con los requisitos para ello, tal como se consignó en las Resoluciones 8066 y 9409 de 2017. Siendo la tutela improcedente para el caso en estudio por existir otros mecanismos ordinarios para solicitar lo acá pretendido.

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.

Se encuentra probado que la tutelante solicitó junto con la señora MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO en calidad de cónyuges el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro la cual le fue reconocida a la señora TOVAR GIRALDO mediante **Resolución No. 8066 del 3 de octubre de 2017** (fl.28-30). Esta resolución fue recurrida por la señora LILY PEÑUELA el día 20 de octubre de 2017, recurso denegado por CREMIL en **Resolución 9409 del 28 de noviembre de 2017** (fl.31-32) al considerar que de conformidad con el artículo 11 literal a del parágrafo 2º del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 12.5 de esa normatividad cuando señala que la calidad de beneficiario de la asignación de retiro se pierde por 5 años o más de separación de hecho.

Cabe destacar que acompañando el escrito de tutela la señora LILY PEÑUELA aporta un registro civil de matrimonio religioso celebrado en mayo 29 de 1971 (según las manifestaciones de la accionante por cuanto no se logra identificar en la fotocopia del registro civil de matrimonio el año completo) siendo denunciado este por la accionante solo hasta el 10 de agosto de 2012 (fl.20).

Que la señora PEÑUELA quien antes signaba como ALIRIA PEÑUELA RODRÍGUEZ DE SOTO tuvo una hija junto con el señor Leonel Soto Bedoya nacida el 4 de mayo de 1972 y de nombre Juliet Patricia Soto Peñuela (fl.21).

En cuanto a la alegada enfermedad de la accionante se observa que corresponde a una afectación de base crónica relacionada con alteraciones del adulto (fl.37 archivo "6 2015" del CD de historia clínica) actualmente consistente en Hipertensión Arterial Controlada, Hiperlipidemia a expensas del colesterol e Insuficiencia venosa periférica (fl.37 archivo "13" del CD de historia clínica).

Por su parte la vinculada MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO aportó con su escrito registro de matrimonio civil contraído en la Notaría Primera de Armenia – Quindío el 17 de abril de 1995 entre ella y el Sargento Viceprimero Leonel Soto Bedoya, figurando este último como denunciante del acto; cabe anotar que en el folio del denunciante no figuraba ninguna anotación anterior (fl.83).

A folio 119 se observa constancia expedida por el presidente de la Asociación Quindiana de Sub Oficiales Retirados de las Fuerzas Militares - AQUINSURE señalando que el señor Leonel Soto Bedoya fue asociado activo de esa entidad desde enero de 1983 hasta su fallecimiento el 18 de mayo de 2017 y que su señora esposa MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO en reunión del 21 de junio de 2017 fue aceptada como asociada activa.

Igualmente allegó la vinculada copia del carné de servicios de salud de la Dirección General de Sanidad Militar donde figura como “*usuario: cónyuge*” del afiliado Soto Bedoya Leonel con fecha de afiliación abril 21 de 1999 (fl.108).

Así también, se destaca que la señora MARTHA YANETH TOVAR GIRALDO presentó historia clínica que respalda su condición delicada de salud con diagnóstico médico aportado al expediente de Mieloma Múltiple según atención del 5 de noviembre de 2016 (fl.90-91), internación por Neumonía en mayo de 2017 (fl.92-93), y tratamiento para Hipertensión arterial controlada (fls.108-104, atención 5 de mayo de 2018).

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 y más eficiente la acción ordinaria en tanto desde la admisión de la demanda se puede decretar por parte del Despacho las acciones tendientes a amparar según lo pretendido en la demanda.

Como se pudo anotar en precedencia los medios de control de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho cuenta con una herramienta útil y eficaz para la protección de los derechos que son las medidas cautelares a través de las cuales quien demanda la nulidad de un acto puede pedir entre otras, que se suspendan sus efectos en tanto se expide un fallo de fondo en el asunto.

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 hipertensión arterial, no se aporta prueba de que por su estado de salud se encuentre en riesgo inminente, y aunque cuenta con 70 años de edad, no se demuestra que su mínimo vital se encuentre vulnerado, o que dependiera directa y económicamente del difunto señor Soto Bedoya y que ante su deceso haya perdido su sustento y mayor fuente de ingresos.

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”¹⁴.

De acuerdo con la definición transcrita, del acervo probatorio no se evidencia la afectación de su mínimo vital, la accionante no aporta ni evidencias ni manifestaciones de que su condición sea de vulnerabilidad o que sus derechos estén siendo gravemente amenazados.

Actualmente, en virtud del principio de subsidiariedad que rige las actuaciones de la acción de tutela, la accionante cuenta con las vías idóneas para lograr el amparo de sus derechos ante la jurisdicción interponiendo las medidas cautelares para suspender los efectos del acto demandado, ante lo cual el Juez de Conocimiento Competente tomara la decisión que sea pertinente.

Se reitera de esta manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando en ocasiones anteriores ha considerado que:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.”¹⁵.

Así pues, la ausencia de un perjuicio irremediable como se ha expuesto en precedencia, indica que los mencionados mecanismos de defensa desplazan al juez constitucional porque se muestran como los idóneos para cuestionar los actos administrativos de reconocimiento de sustitución de asignación de retiro, en el entendido de que en este caso, la parte accionante lo que cuestiona es la validez del procedimiento adelantado por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL porque no está de acuerdo con la negativa de reconocimiento y pago a su favor.

Las anteriores razones le permiten concluir al Despacho, que en el presente caso no es procedente la acción de tutela para ordenar lo pretendido por la señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ, por no probarse los presupuestos de la acción, en el presente caso, y por cuanto considera el Despacho que existen medios ordinarios que resultan idóneos para proteger los derechos que la accionante considera amenazados, argumento por el cual no puede prosperar

¹⁴ T-678-17.

¹⁵ Corte Constitucional Sala Novena de Revisión Sentencia T-480 trece (13) junio de dos mil once (2011). Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGA SILVA. Referencia: expediente T- 2972157. Acción de tutela promovida por Diego Bejarano Daza, apoderado de la Beneficencia de Cundinamarca contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

la tutela impetrada; por lo que hay razones más que suficientes para desestimar el amparo solicitado por improcedente al no existir los presupuestos fácticos de la acción y no cumplirse con el principio de subsidiariedad de la acción.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela de los derechos fundamentales invocados por la accionante señora LILY PEÑUELA RODRÍGUEZ, al no existir los presupuestos fácticos de la acción, y por no cumplirse con el principio de subsidiariedad de la acción, de conformidad con la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a la accionada y al 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.

CUARTO.- En caso de que la presente acción de tutela sea excluida de la eventual revisión por parte de la H. Corte Constitucional, se procederá al **ARCHIVO** inmediato del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez