

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



**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO JUDICIAL
DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-**

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019). -

Radicación:	11001-33-37-042-2019-00312-00
Clase:	ACCIÓN DE TUTELA
Demandante:	JAIDER CUESTA SILVA
Demandada:	MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL
Decisión:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. ASUNTO POR RESOLVER

Agotado el trámite procesal correspondiente, atañe al despacho proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia.

2. LA ACCIÓN

El señor JAIDER CUESTA SILVA identificado con la cédula de ciudadanía N° 9.693.971 de Aguachica-César, en nombre propio, interpone acción de tutela en contra del Ejército Nacional, pues considera que sus derechos fundamentales a la igualdad y debido proceso han sido vulnerados por la entidad, por el no pago de la indemnización por disminución de la capacidad laboral.

Con el escrito de tutela anexa copia de la cédula de ciudadanía (fl.3), copia de radicación de certificación de la cuenta bancaria (fl. 4) y copia del Acta de junta médica laboral No. 99785 de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

2.1. Presupuestos fácticos

Expresa el accionante que el Ejército Nacional realizó Tribunal Médico No. M17-387 el 24 de mayo de 2017 y Junta Médica Laboral No. 99785 de 7 de febrero de 2018, y a la fecha de presentación de la acción de tutela no ha recibido el pago (fl.1).

Con el fin de ampliar los hechos de la demanda se cita al accionante para declaración el 13 de noviembre de 2019, diligencia en la cual señala que:

- Laboró en el ejército desde el 2008 al 2013.
- Actualmente no está vinculado laboralmente y se encuentra pensionado por invalidez con una mesada del salario mínimo.
- Vive con su señora madre, la cual es de la tercera edad.
- Tiene un hijo de tres (03) años y responde económicamente por él.
- Recibe atención médica como pensionado del Ejército Nacional.

- En el año 2018 le reconocieron indemnización por disminución de la capacidad laboral.
- El Ejército Nacional le informó verbalmente que el número de cuenta bancaria que aportó al proceso aparece como inactivo, por lo que lo requirió para que allegará certificación actualizada.
- El día 07 de febrero de 2019 radica la certificación de la cuenta bancaria.
- A la fecha de presentación de la tutela no ha recibido el pago de la indemnización, ni ha intentado otras acciones de cobro.

2.2 Pretensiones

El accionante solicita se ordene el pago de la indemnización por disminución de la capacidad laboral la cual fue reconocida por el Ejército Nacional.

3. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 06 de noviembre de 2019 se dispuso la admisión de la solicitud de tutela, y se notificó a las partes al día siguiente.

Se reiteró la notificación vía correo electrónico el día 15 de noviembre de 2019 (fl. 30).

4. CONTESTACIÓN

El Ejército Nacional no contestó la tutela.

5. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al despacho determinar si existe vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso del señor JAIDER CUESTA SILVA, al no pagarle la entidad accionada la indemnización por disminución de capacidad laboral reconocida desde el año 2018.

La tesis del Despacho es que la acción de tutela es improcedente para reclamar el pago de sumas de dinero, toda vez que existe otro medio de defensa judicial que es idóneo y eficaz para reclamar el pago que se pretende. Excepcionalmente es viable un estudio de fondo, siempre y cuando estemos en el escenario de un perjuicio irremediable, situación que no se acredita en el presente proceso.

6. ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES

6.1. EL MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

“Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos

constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.”

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto...”

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.”

6.2. LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la “acción u omisión” de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

Como se observa de lo anterior, cuando al juez constitucional se le ponen de presente unos hechos (acciones u omisiones), por tratarse de un instrumento cuya naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, el juez al ser un

garante de los derechos fundamentales, debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

6.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Indica la normativa (artículo 86 Constitución Política) que, esta acción constitucional tiene un carácter subsidiario, que también define el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante, como lo define la Corte Constitucional ha definido:

“La procedibilidad de la acción de tutela se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario^[79]; (ii) procede la tutela como **mecanismo definitivo** cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia^[80]. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedencia de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos^[81].”¹

En tanto y ante la perspectiva de las siguientes situaciones: “(i) cuando el ciudadano cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos para resolver las cuestiones planteadas y no se configura un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando el accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales idóneos y eficaces, las órdenes del juez de tutela son definitivas; y (iii) excepcionalmente, cuando el afectado dispone de otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces pero la actuación del juez sea necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá dar órdenes transitorias que brinden protección al derecho fundamental hasta tanto el juez ordinario o la autoridad competente se pronuncie sobre las pretensiones. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el análisis de casos concretos, el juez constitucional establezca las subreglas pertinentes acorde con la jurisprudencia constitucional”.

“Así, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales. Pero esto no significa la improcedencia ni automática ni absoluta de la acción constitucional de protección subsidiaria de derechos fundamentales, ya que los jueces de tutela tienen la obligación de determinar, de conformidad con el artículo 6º del Decreto

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-014 de 2019. Referencia: Expediente T- 6.937.173. Acción de tutela instaurada por Claudia Marcela Rojas Botello contra Concejo Municipal de Puerto Carreño. Asunto: Procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. Prueba de los presupuestos que la configuran. La garantía de la estabilidad laboral reforzada no se aplica en cargos públicos con periodo fijo institucional. Procedencia: Juzgado Promiscuo de Familia de Puerto Carreño. M. Sust. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, D.C., 22 de enero de 2019.

2591 de 1991, la idoneidad y la eficacia -en concreto- de los otros medios de defensa judicial atendiendo a las circunstancias particulares del solicitante. Específicamente se debe considerar: (i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados.”²

Procedencia excepcional

Por regla general la acción de tutela es de naturaleza subsidiaria o residual frente a los demás recursos judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico, conforme al inciso 3º del artículo 86 de la Constitución y el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Es decir, que la tutela procederá como recurso principal cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso el accionante pretende cobrar una suma de dinero originada por el reconocimiento de la indemnización por disminución de la capacidad laboral, sin embargo, la tutela no es el mecanismo idóneo como quiera que en el ordenamiento jurídico existe el proceso ejecutivo ante el juez ordinario para reclamar lo pretendido.

Y tal como ha considerado la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-471 de 2017 *"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."*

Sin embargo, de forma excepcional procedería un estudio de fondo en aras de evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio de defensa existente no es idóneo o eficaz.

De lo narrado por el accionante y lo indagado del material probatorio que obra en el expediente, no se colige que exista una situación grave, urgente e impostergable que amerite del pronunciamiento del Juez Constitucional.

Si bien expresa el señor CUESTA SILVA que vive con su madre -la cual es de la tercera edad-, que actualmente no trabaja y responde económicamente por su hijo -menor de tres años-, también mencionó que recibe su mesada pensional desde abril de 2019 y recibió retroactivo. Además, nota el Despacho que cuando se le indagó acerca del motivo para acceder a la acción de tutela, precisó el accionante que lo hizo por la demora en el pago de la indemnización, que a la fecha aún no se le ha pagado, pero no expresó la existencia de una situación sobreviniente que hiciera urgente una protección inmediata.

En ese orden de ideas, no es dable estudiar el fondo del asunto cuando por un lado existe otro medio de defensa judicial y, por otra parte, no se acredita un perjuicio irremediable que amerite protección inmediata.

² Corte Constitucional. Sentencia SU691/17. Ref.- Exp. T-5.761.808, T-5.846.142, T-5.858.331 y T-5.959.475 acumulados. Acción de tutela interpuesta por Gloria Inés Gómez Ramírez², Luis Hernando Ortiz Valero, María Marcela Duarte Torres, Martha Isabel Lozano Urbina, Lida Janeth Pinto Barón, Carlos Arturo Serpa Uribe, Rodrigo Rodríguez Barragán, Irma Susana Rueda Suarez, Carmen Remedios Frías Arizmendy², Claudia Ledesma Ibarra² y Diana Ortegón Pinzón² contra la Procuraduría General de la Nación. M. P. Alejandro Linares Cantillo. Bogotá D.C., 23 de noviembre de 2017.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional, que al referirse a la procedencia de la acción de tutela ha expresado³:

"Si los jueces, sin revisar con determinación las causales y justificaciones de procedencia esta acción, autorizan su procedencia, poniendo en entredicho el orden jurídico en su conjunto, contribuyen indebidamente a la paulatina sustitución de los mecanismos ordinarios de protección de derechos y de solución de controversias, autorizando un uso indiscriminado e irresponsable de la acción de tutela. Por consiguiente, el análisis metódico y concreto de las exigencias de procedibilidad de la tutela, evita un uso instrumental e indebido de la acción constitucional y asegura la articulación del mecanismo especial de protección constitucional con el resto del sistema jurídico. En sentido contrario, un uso inapropiado de la figura o un descuido de los jueces constitucionales en la verificación de las condiciones de procedencia de la tutela, puede implicar la desnaturalización del amparo constitucional, reconociendo para algunos, de manera impropia, asuntos que son del debate, resorte y análisis del juez ordinario."

De conformidad con lo anterior, no se justifica conceder un amparo en sede de tutela que pretende el pago de una suma de dinero, en este caso originada de una indemnización por disminución de la capacidad laboral, teniendo como única justificación la demora en el pago.

7. EL CASO EN CONCRETO

El accionante JAIDER CUESTA SILVA, en nombre propio, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, presuntamente vulnerados por el EJERCITO NACIONAL al no consignarle la indemnización por disminución de capacidad laboral reconocida en el año 2018.

Analizando los documentos aportados por el Despacho, se evidencia que por medio de Resolución No. 252885 del 10 de agosto de 2018 de la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional (fl. 22-23), se le reconoce Indemnización por Disminución de la Capacidad Laboral a favor del aquí accionante y se ordena el pago de TRES MILLONES DOSCIENTOS SESENTA MIL CIENTO CINCUENTA Y TRES PESOS (\$3.260.153) que se cancelarán de acuerdo a la asignación de los recursos PAC (Plan Anual de Caja) por parte de la Dirección General del Tesoro Nacional a la cuenta de ahorros No. 178346003 del Banco BBVA (Artículo 2º de la citada Resolución).

Que según lo narrado por el señor CUESTA SILVA, hubo un problema con la certificación bancaria (de lo cual no dio mayores detalles) que le fue comunicado verbalmente por la entidad, por lo cual procedió el 07 de febrero del año en curso a aportar la certificación del Banco Pichincha por medio de memorial (fl.4) en el cual expresa que **"Muy respetuosamente me permito radicar certificación de mi cuenta banca adscrita al banco pichincha, con el fin que *se me cancele el pago del retroactivo del 30 de noviembre de 2015 a la fecha, también solicito que la cuenta ahorros No. 410-902-955 sea consignada mi mesada pensional*"**.

³ Sentencia T-304 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

Encuentra el Despacho que el memorial presentado por el accionante el día 07 de febrero de 2019, tuvo como fin informar la cuenta para la consignación de la mesada pensional por invalidez y que se le pagara el retroactivo que generó esta prestación, pero no realiza una solicitud encaminada a recibir un pago (indemnización) por disminución de la capacidad laboral, dictaminada en las juntas médicas.

Frente a esta situación sería del caso amparar el derecho de petición en relación con la petición que reclama el pago del retroactivo, sin embargo, según lo narrado por el accionante en la declaración recibida el 13 de noviembre, recibe pensión de invalidez desde abril del presente año y ya le pagaron el retroactivo, lo que, además, genera un indicio que su mínimo vital no se encuentra en riesgo.

En la tutela solicita *“el pago de mi tribunal médico”* y *“también de mi junta médica”*, frente a lo cual entiende el Despacho que el propósito es que se le pague una suma de dinero por la disminución de su capacidad laboral, sin embargo, no se encuentra que el accionante haya formulado petición directamente ante la entidad.

Así las cosas, la entidad accionada no ha tenido la oportunidad de responder en sede administrativa sobre lo narrado por el accionante frente al pago de indemnizaciones por disminución de capacidad laboral.

En virtud de las consideraciones constitucionales y del análisis del material probatorio aportado al proceso, este Despacho declarará improcedente la acción de tutela para el presente caso, pues no se efectuó una reclamación administrativa. Tampoco es posible estudiar de fondo el asunto como mecanismo excepcional porque no se acreditó, - siquiera sumariamente-, la existencia de un perjuicio irremediable, ni la afectación al mínimo vital.

La acción de tutela no puede utilizarse para sustituir los procedimientos administrativos. Corresponde al accionante activar el derecho de petición y solicitar expresamente ante el EJERCITO NACIONAL información sobre el pago de la indemnización que fue reconocida por medio de la Resolución No.252885 del 10 de agosto de 2018, o cualquier otra derivada de los dictámenes de la junta y el tribunal médico. En el evento que no se obtenga respuesta oportuna, entonces puede acudir a la acción de tutela para amparar el derecho de petición; cabe anotar que, a todas luces resulta improcedente utilizar la tutela como medio alternativo a la reclamación administrativa.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. - DECLARAR IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE TUTELA para el caso concreto instaurada por el señor **JAIDER CUESTA SILVA** identificado por C.C. No. 9.693.971 por las razones expuestas en la parte motiva.

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

TERCERO. - Enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. - ADVERTIR a las partes que este fallo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**ANA ELSA AGUDELO AREVALO
JUEZ**

YMMD/JCGM