

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 005 **2021 – 00152** 00
Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Carlos Alexander Hernández
Accionada: Caja de Sueldo de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL
Asunto: **SENTENCIA**

Superado el trámite que es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la Acción de Tutela señalada en la referencia.

ANTECEDENTES

1.- Sustento Fáctico.

A través de apoderada judicial debidamente constituida para el caso, el accionante propuso acción de tutela para la protección de sus derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la seguridad social y otros, que estimó vulnerados por la CREMIL, dados los siguientes hechos:

- 1.1. Que el 24 de mayo de 2018 la accionada reconoció al señor Carlos Alexander Hernández la asignación de retiro y ordena el pago respectivo a partir del 1º de julio de ese año y al momento de liquidarla hace un doble descuento a la prima de antigüedad que debía ser adicionada en un 38,5% del salario, conforme lo establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- 1.2. Que el 29 de agosto de 2018 el tutelante radicó petición ante la accionada para que, se reliquidara su asignación de retiro con la adición enunciada.
- 1.3. Que el 13 de septiembre de 2018 CREMIL no accede a las peticiones del actor.
- 1.4. Que, en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, C.P. William Hernández Gómez, se dispuso la forma correcta en la que se debía de liquidar la prima de antigüedad de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sin hacer el doble descuento.
- 1.5. Que previa audiencia de conciliación para fines de agotar el requisito de procedibilidad de la acción, el accionante interpuso demanda de nulidad y

restablecimiento del derecho el 27 de mayo de 2019, ante el Juzgado '01 Administrativo del Circuito de Florencia, con admisión el 13 de agosto de ese año.

- 1.6. Que teniendo en cuenta la sentencia del Consejo de Estado anteriormente mencionada, CREMIL comunicó a través de distintos medios de comunicación a los soldados profesionales de las FFMM que se les reliquidaría su asignación de retiro y que no sería necesario demandar, pues se acogería la tesis de la sentencia aludida y se procedería de conformidad.
- 1.7. Que en atención a lo anterior y con el ánimo de no desgastar la jurisdicción, el tutelante, por intermedio de su apoderada, procedió a solicitar el retiro de la demanda ante el Juzgado 01 de Florencia, demanda admitida y sin notificación a la accionada.
- 1.8. Que el juzgado administrativo en mención ordenó erradamente el desistimiento del proceso y lo dio por terminado en auto del 16 de diciembre de 2021 <sic>.
- 1.9. Que nuevamente, bajo el principio de confianza legítima, el actor elevó petición ante CREMIL con las mismas pretensiones de que se realizara una nueva liquidación de su asignación de retiro en los mismos términos ya expuestos, sin embargo, en oficio del 13 de julio de 2020, la entidad negó dicha solicitud aduciendo que la terminación del proceso por desistimiento hacía tránsito a cosa juzgada.
- 1.10. Que ante esta negativa de CREMIL, la apoderada del accionante elevó nueva petición el 21 de enero de 2021, en los mismos términos anteriores y nuevamente, en oficio del 22 de febrero de 2021 la entidad contestó negativamente.

2.- La Petición.

1. Con el fin de evitar un perjuicio irremediable al accionante, solicito respetuosamente se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, proceder a reconocer a favor de CARLOS ALEXANDER HERNANDEZ HINCAPIE, el reajuste de la Asignación de Retiro (ya reconocida), conforme lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 18 y 13.2.1, de la misma norma y conforme a las pautas dadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-015-

CE-S2-201 del 25 de abril de 2019, sección segunda, dentro del radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) con ponencia del Magistrado WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ.

2. Que, conforme al amparo solicitado, también se ordene el pago del REAJUSTE del retroactivo de la asignación de retiro (ya reconocida) por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, desde el 28 de febrero de 2019, fecha de su reconocimiento, hasta su inclusión en nómina de pagos, junto con el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados.

3.- La Actuación.

La presente tutela fue admitida mediante proveído del veintisiete (27) de abril del año en curso; se dispuso a oficiar a las entidades accionadas, para que en el improrrogable término de un (1) día, se pronunciaran acerca de los hechos y pretensiones de la queja

constitucional y aportara los medios de demostración que pretenda hacer valer en su defensa.

Igualmente se dispuso la vinculación al trámite de las siguientes entidades: (i) MINISTERIO DE DEFENSA; (ii) JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA –CAQUETÁ; (iii) al EJÉRCITONACIONAL DE COLOMBIA; y (iv) a la SECCION SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, para que, en el mismo término otorgado a la accionada, se pronunciaran acerca de los hechos y pretensiones contenidos en la tutela y aportaran los soportes probatorios que consideraran pertinentes.

4.- Intervenciones.

Advierte el Despacho que se recibió informe de la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**, del **Consejo de Estado** – Sección Segunda – Subsección A y del **Juzgado Primero (01) Administrativo de Florencia**.

Este último vinculado rindió informe en los siguientes términos:

“El señor CARLOS ALEXANDER HERNÁNDEZ HINCAPIÉ, mediante apoderado judicial, presentó el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, radicado 11001334205320190002600, pretendiendo la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 0089590 CREMIL 91490 del 13 de septiembre de 2.018, mediante el cual, se le negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro y, como consecuencia de lo anterior, se condenara a CREMIL a reliquidar y pagar su asignación en los términos requeridos.

El medio de control se admitió mediante auto interlocutorio No.794 proferido el 13 de agosto de 2.019, el cual, fue notificado a la entidad demandada el 22 de noviembre de la misma anualidad; encontrándose el expediente en proceso de notificación, la apoderada del demandante, CLAUDIA PATRICIA ÁVILA OLAYA, mediante escrito radicado el 13 de diciembre de 2.019, solicita el retiro de la demanda, por cuanto, el señor CARLOS ALEXANDER HERNÁNDEZ HINCAPIÉ desistió de continuar con el proceso.

Mediante auto interlocutorio No.1650 del 19 de diciembre de 2.019, se resolvió aceptar el desistimiento de las pretensiones de la demanda y dar por terminado el proceso, advirtiendo que, la decisión hacía tránsito a cosa juzgada, dado que, ya se había realizado la notificación de la demanda y no era procedente el retiro de conformidad con el artículo 92 del Código General del Proceso¹; la anterior providencia quedó ejecutoriada el 16 de enero de 2.020, sin que las partes presentaran recurso alguno.

En consecuencia, de manera respetuosa, se solicita al Juzgado se nieguen las pretensiones de la acción constitucional incoada por el ciudadano CARLOS ALEXANDER HERNÁNDEZ HINCAPIÉ, por cuanto, no cumple con los requisitos de procedencia contra decisiones judiciales de conformidad con lo establecido de manera reiterativa por la Corte Constitucional y, además, en la resolución del asunto objeto de controversia, se cumplió con los fundamentos legales y constitucionales que regulan la materia, tal y como se acredita con las piezas procesales que obran dentro del expediente digital identificado con el radicado 11001334205320190002600, (...).”

Así mismo, aportó vínculo de acceso al expediente en mientes.

CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 y en virtud del numeral 2 del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta que la acción constitucional se invoca en contra de una autoridad del orden nacional como lo es la CREMIL.

2.- Marco constitucional del amparo

La acción de tutela, como lo ha entendido desde un comienzo la doctrina especializada es un mecanismo creado para la protección de los derechos fundamentales y su utilización se circunscribe a los supuestos en los cuales a un ciudadano se le vulneran sus prerrogativas de linaje superior, bien por la acción o ya por la omisión de una autoridad pública o de un particular en los específicos casos determinados por la Ley, o éstos se encuentran amenazados, y sin que al alcance de la persona se encuentre un medio de defensa judicial, o aun existiendo, se utiliza la tutela como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.

Trátase por este aspecto, de un mecanismo jurídico confiado por la Carta Magna a los jueces, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos de índole formal y en la certeza de que obtendrá oportuna resolución, directa e inmediata del Estado, consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

3.- Problema jurídico a resolver.

La controversia planteada se encamina a establecer si la accionada vulneró los derechos invocados por la parte accionante al no haber accedido a la reliquidación de la asignación de retiro del actor, previo examen de su procedibilidad.

4.- Subsidiariedad de la acción de tutela.

Según los estatuye el artículo 86 Superior, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario para la protección de los derechos fundamentales, por lo que, de existir otros medios de defensa judicial, el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente. Con ello la norma constitucional “...le imprime a la acción de tutela un carácter subsidiario y residual, con lo que se pretende salvaguardar el principio del juez natural, de manera que, para resolver los conflictos, primero se recurra a los mecanismos judiciales de defensa que el legislador previamente había regulado...”¹.

Sin embargo, el propio artículo 86 y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, disponen como excepción al principio de subsidiariedad el evento en que el mecanismo ordinario de defensa no sea idóneo, ni eficaz para la protección de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección, o que se presente un perjuicio irremediable cuya ocurrencia pretende evitarse, caso en el cual la tutela procede de manera transitoria, mientras el juez natural resuelve el caso.

Al respecto de este último caso la jurisprudencia constitucional “ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.”²

En cuanto a la segunda excepción, es decir, la relativa a que el medio de defensa ordinario no sea eficaz ni idóneo para la protección de derechos fundamentales, ha dicho esa Corporación que, al evaluar el mecanismo alternativo del ordenamiento jurídico, éste “(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-232 de 2013.

² Sentencia T-494 de 2010.

ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho”³.

5.- Del derecho de petición.

El artículo 23 de la Constitución Política consagra el derecho que tienen todas las personas a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. En desarrollo del Texto Superior, la Ley 1755 de 2015 reguló todo lo concerniente al derecho fundamental de petición, en los términos señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional⁴ se ha referido al derecho de petición, precisando que el contenido esencial de este derecho comprende: (i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas.

6.- El Caso Concreto

Desde ya considera el Despacho que la acción de tutela interpuesta resulta absolutamente improcedente, pues trasgrede el principio de subsidiariedad que le es propio.

En efecto, del acervo probatorio recaudado, se evidencia que el accionante solicita la reliquidación de una prestación social a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, lo que en principio es de conocimiento exclusivo del juez contencioso administrativo, como juzgador natural de esa causa.

Tal circunstancia es conocida por el actor y su apoderada, quienes, efectivamente, presentaron medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que le correspondió conocer finalmente al Juzgado Primero Administrativo de Florencia, Departamento del Caquetá, siendo admitido en auto del 13 de agosto del año 2019.

³ Sentencia T-003 de 1992.

⁴ T-077 de 2018 MP Antonio José Lizarazo Ocampo

No obstante, decidieron no continuar con el proceso, por lo que solicitaron el retiro de la demanda, accediéndose a la aceptación del desistimiento de las pretensiones en providencia del 19 de diciembre de 2019.

En este punto, el Despacho advierte que la decisión del Juzgado Primero Administrativo de Florencia no fue objeto de recurso por la parte accionante, quien se mantuvo silente, además de que ha transcurrido más de un año y cuatro meses desde que se adoptó la misma, por lo que, aunque en principio se agotó al mecanismo ordinario, la misma parte dispuso no continuar con el mismo, por manera que, no resulta admisible que ahora, pretenda por esta vía, suplir los mecanismos ordinarios de los que no fue su deseo continuar. Recuérdese que la tutela no es un mecanismo alterno, paralelo o complementario a los medios ordinarios consagrados en el ordenamiento jurídico⁵. Lo anterior, conlleva a que, en el asunto bajo estudio, no se satisfaga el presupuesto de subsidiariedad de la acción de tutela.

Si bien, alega la parte actora un posible error en cuanto a los términos en que fue resuelta la solicitud por el juez de conocimiento, ello no implica que resulte procedente la acción de amparo, pues no puede pretenderse que por medio del amparo constitucional se desconozca la firmeza de actuaciones judiciales cuando se omitió, además, acudir a los recursos ordinarios en el marco de un proceso judicial que ha producido plenos efectos para los fines de la acción constitucional sub lite, de lo contrario la tutela se convertiría ya no en un mecanismo subsidiario y residual, sino en uno principal, atentando contra la seguridad jurídica y desconocimiento de su propósito constitucional⁶.

Lo anterior, si además se considera que no se demostró en modo alguno hecho que configurara un perjuicio irremediable al accionante, que avocara al Juzgado a soslayar las reglas de subsidiariedad del amparo constitucional en aras de adelantar una actuación urgente e impostergable.

Por último, al observarse las peticiones elevadas por el actor y las respuestas otorgadas por la accionada, concluye el Despacho que no hay vulneración al derecho de petición, al ser aquellas claras, de fondo y congruentes con lo solicitado y habersele puesto en conocimiento, en su oportunidad, al peticionario. Luego, no hay necesidad de prodigar amparo alguno.

Así las cosas, para el Juzgado la presente acción de tutela resulta improcedente y así de dispondrá en el acápite resolutivo.

DECISIÓN

⁵ Ver sentencia T-038 de 2014.

⁶ Ver sentencia T-539 de 2017.

En virtud de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, y mandato constitucional: **RESUELVE:**

1.- DECLARAR IMPROCEDENTE la tutela interpuesta, en los términos indicados en las consideraciones de esta sentencia.

2.- NOTIFICAR la presente decisión por el medio más eficaz y expedito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.- CONTRA la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el superior, dentro de los tres (3) días siguientes a su comunicación, en la forma prevenida en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

4.- DISPONER que si este fallo no es impugnado por Secretaría se remita la actuación de tutela a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
JUEZA

Firmado Por:

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 005 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8a8cf5a3167bb9c6b705cb5af86f62ee22a8cfa6291fc98769d1d055db0726c3**
Documento generado en 10/05/2021 11:33:48 AM