



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, Doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Acción de Tutela No. 039
Accionante	HERNÁN DARÍO VARGAS BEDOYA,
AccionadaS	GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES – DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Radicado	No. 05001 31 05 022 2021 00082 00
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia N° 056 de 2021
Temas	Derecho a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, subsidiariedad
Decisión	NIEGA amparo constitucional

SENTENCIA TUTELA

Dentro de la oportunidad señalada en el artículo 86 de la Constitución Política se procede a resolver la presente Acción de Tutela formulada por el señor **HERNÁN DARÍO VARGAS BEDOYA**, con C.C. 70.472.081, en contra del **GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES – DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**.

ANTECEDENTES

Pretende el accionante que mediante el presente trámite de amparo constitucional sean tutelados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, y se le ordene a las accionadas procedan al reconocimiento y pago del incremento y/o reajustes prestacionales del 40%, al que tiene derecho de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, y las sentencias CE-SUJ2 85001333300220130006001 No. Interno: 3420-2015, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SUJ-015-CE-S2-2019 con radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 N° interno 1701-2016 del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Que se le reconozca y pague el subsidio de familia en el porcentaje del 26% de acuerdo a los siguientes porcentajes, 20% de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente más los porcentajes que se puedan tener por los hijos, los cuales son el 3% por el primer hijo, el 2% por el segundo hijo y el 1% por el tercer hijo sobre la asignación básica mensual; que el pago del subsidio de familia se haga de manera retroactiva desde el momento en que se realizó la primera solicitud la cual se elevó ante la Coordinación de Prestaciones Sociales – Dirección Administrativa – Ministerio De Defensa Nacional la cual quedo radicada bajo el número EXT15-109198, y frente a la cual le dieron respuesta negativa sin justificación alguna.

Para sustentar sus pedimentos, indica el actor que hizo parte de las FUERZAS MILITARES – CREMIL al servicio del Ejército Nacional, siendo retirado como soldado profesional el día 30 de mayo de 2008, acorde con lo dispuesto en la resolución N° 4236 del 27 de agosto de 2014, por la cual fui retirado del servicio activo del Ejército Nacional por pensión de invalidez; que permaneció en dicha entidad, por cinco (5) años tres (03) meses y ocho (08) días; que el monto de su pensión, por invalidez, se dio en cuantía del sueldo básico de actividad correspondiente a dicho grado en todo tiempo, incluyendo también las partidas legalmente computables.

Sostiene que durante el período que estuvo en actividad vinculada a las Fuerzas Militares, haciendo parte de las filas del Ejército Nacional y desempeñándose como soldado profesional del Ejército Nacional, percibió el sueldo básico fijado por el Gobierno Nacional en los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 3552 de 2003 y 4158 de 2004 como base esencial de la asignación mensual de actividad y de las prestaciones sociales percibidas con ocasión de su desempeño como soldado del Ejército Nacional; considera que los soldados profesionales que causan su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable, que tiene vigente la unión marital de hecho con la señora DEISY ALEJANDRA GOEZ GOEZ, y de dicha unión he procreado tres hijos los cuales corresponden a los nombres de JULIANA VARGAS GOEZ con NIUP 1018246606 nacida el 17 de septiembre del 2009 y en la actualidad tiene ocho años de edad, el menor ALEXIS VARGAS GOEZ con NIUP 1018254913 nacido el 17 de octubre del 2012 y en la actualidad tiene cuatro años de edad y la menor LUCIANA VARGAS GOEZ con NIUP 1018263332 nacida el 04 de marzo del 2016 y en la actualidad tiene dos años de edad.

Que ante el escenario descrito, presentó derecho de petición en interés particular que fue radicado el día 17 de junio de 2020 ante el Ministerio de Defensa Nacional, pidiendo el subsidio de familia en el porcentaje del 26% en los siguientes porcentajes, 20% de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente más los porcentajes que se puedan tener por los hijos, los cuales son el 3% por el primer hijo, el 2% por el segundo hijo y el 1% por el tercer hijo sobre la asignación básica mensual; con el propósito de que se efectuara el incremento del salario básico y de las prestaciones sociales con retroactividad. Indica que la respuesta al derecho de petición por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, fue negativa y cita en concreto la decisión; refiere que debería reconocerse el presente subsidio familiar de manera retroactiva por la siguiente razón, el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 1161 del 2014.

Menciona que es “*evidente e incontrovertible*” que no me quieran reconocer el valor por subsidio familiar a los soldados profesionales retirados con posterioridad a julio del 2014 con fundamento en lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, inaplicando las disposiciones del decreto 1162 del 2014 en aras de obtener una igualdad real y material de cara a todos los miembros de las fuerzas militares, y por lo anotado, al no estar de acuerdo con la negativa por parte del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, es que acude a esta instancia para que mis derecho como el DEBIDO PROCESO y a la IGUALDAD.

TRÁMITE PROCESAL

Por cumplir con los requisitos consagrados en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se admitió y se ordenó darle trámite preferencial a la presente acción de amparo constitucional,

comunicándole a las accionadas dicho proveído, y se le solicitó que en el término de dos días hábiles informaran lo que hubiere lugar sobre lo allí señalado, por Auto del 1º de marzo de 2021.

RESPUESTA A LA TUTELA

Notificadas en debida forma y vencido el término legal, las entidades accionadas no presentaron respuesta al requerimiento remitido por el juzgado, siendo remitidos a los correspondientes correos institucionales, notificaciones.medellin@mindefensa.gov.co, Notificaciones.tutelas@mindefensa.gov.co, y notificacionesjudiciales@cremil.gov.co, según documental adjunta, desde el 2 de marzo de 2021, razón por la que habrá de tenerse en cuenta tal situación para los efectos de que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que señala de forma literal: *“Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”*

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para conocer la presente acción constitucional, conforme lo consagra los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991. Esta acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley; dicho mecanismo opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo esos medios, la acción se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

La Carta Política, en su artículo 29, prescribe que ***“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”***, es así como a lo largo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el contenido esencial de este derecho fundamental¹. En tal sentido se ha entendido que éste parte del principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual, éstas se encuentran obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas las garantías constitucionales básicas como son el derecho de defensa, de contradicción, de impugnación, etc.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-641 de 2002 consideró lo siguiente:

“De ahí que esta Corporación haya definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las

¹ Sentencias T-011 de 1992; T-438 de 1992; T-445 de 1992; C-019 de 1993; C-114 de 1993; C-275 de 1993; T-043 de 1994; T-343 de 1994; T-099 de 1995; T-185 de 1995; C-218 de 1996; C-407 de 1997; T-1232 de 2000; T-945 de 2001; C-175 de 2001 y T-1341 de 2001.

*autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley*².

*Por otra parte, el derecho al debido proceso tiene como objetivo fundamental, la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P). Con este propósito, la Corte ha determinado que, en esencia, "el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional"*³.

Por consiguiente, el debido proceso exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley.

Entre los elementos más importantes del debido proceso, en lo que se refiere a la administración de justicia, la Corte Constitucional ha destacado: (i) la garantía de acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia, con el fin de lograr una pronta resolución judicial y el derecho a la jurisdicción; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías.

De la misma manera la Alta Corporación Constitucional ha destacado la competencia del Legislador para regular el derecho al debido proceso, de conformidad con los artículos 29 y 150, numerales 1° y 2° de la Constitución Política, que consagra que es al legislador a quien corresponde regular los diversos procesos judiciales y administrativos, y establecer las etapas, oportunidades y formalidades aplicables a cada uno de ellos, así como los términos para interponer las distintas acciones y recursos ante las autoridades judiciales y administrativas.

3. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Corte Constitucional ha reiterado en múltiples ocasiones que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección inmediata de los derechos fundamentales, que se encuentra sometida a unos límites mínimos que acreditan que su utilización responda a los principios propios de nuestro sistema de administración de justicia⁴. No se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus propias atribuciones. La disposición constitucional expone textualmente lo siguiente: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*.

Bajo las anteriores condiciones, la jurisprudencia de la Alta Corporación Constitucional ha insistido en varias oportunidades en que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, es decir aptos para obtener la protección con la urgencia que el asunto amerita, caso en el cual la tutela devendrá improcedente pues ésta no tiene el poder para reemplazar ninguno de tales medios. Por otro lado, se ha precisado que a pesar de existir otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, la acción de

² Sentencias T-467 de 1995, T-238 de 1996 y T-061 de 2002.

³ Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Ver entre otras, las sentencias T-408 de 2002, T-432 de 2002, SU-646 de 1999 y T-007 de 1992.

tutela puede proceder cuando los mismos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En todo caso, la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela se justifica por la necesidad de evitar la intromisión del juez de tutela en la órbita decisoria del juez natural. En la sentencia T-272 de 1997, la Corte Constitucional afirmó lo siguiente:

“Esta Corporación ha señalado que la acción de tutela como mecanismo subsidiario no puede entrar a ser sustituto ni herramienta procesal extraordinaria y adicional, dentro de los diferentes procesos judiciales, cuando dentro de estos, las oportunidades para interponer los recursos ya fenecieron, o porque dichos recursos no fueron utilizados en debida forma. Es necesario dejar en claro que, la acción de tutela no fue instituida tampoco, como tercera instancia o herramienta para modificar decisiones judiciales que hayan hecho tránsito a cosa juzgada. De esta manera, se pretende, no solo el respeto por las decisiones judiciales proferidas en desarrollo de procesos agotados en su totalidad, y que dentro de los cuales se establecieron recursos ordinarios, extraordinarios y otros mecanismos para que las partes involucradas pudiesen controvertir las diferentes actuaciones y proteger sus derechos, sino que se busca mantener en firme el principio de cosa juzgada y la seguridad jurídica que generan los fallos judiciales”.

Así entonces, se concluye que la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde tramitar, y que sólo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir una protección transitoria, o una protección definitiva, en eventos excepcionales definidos por la jurisprudencia.⁵

En la sentencia T-514 de 2003, la Corte reiteró que la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable:

“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

En relación con el perjuicio irremediable, dicha Corporación ha aplicado varios criterios para determinar su existencia:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”⁶

⁵ Ver sentencia T-1190 de 2004.

⁶ Ver la sentencia T-225 de 1993.

En la sentencia T-634 de 2006, la Corte Constitucional conceptualizó el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos 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"

4. DERECHO AL MÍNIMO VITAL

La Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *"constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional"*⁷.

De acuerdo a lo anotado, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida. A este respecto, en la Sentencia SU-995 de 1999, la Corte Constitucional indicó:

"... La valoración del mínimo vital del pensionado no es una calificación objetiva, sino que depende de las situaciones concretas del accionante. Por consiguiente, el concepto de mínimo vital no se identifica con el monto de las sumas adeudadas o a "una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo"(...)"

Ahora bien, aunque existen diferencias cualitativas en torno al mínimo vital, esto no significa que cualquier variación en los ingresos que una persona recibe acarrea una vulneración de este derecho. En efecto, existen cargas soportables, que son mayores cuando una persona tiene mejores ingresos que otras. En este sentido ha mencionado en varias ocasiones la Alta Corporación que, por estar ligado el mínimo vital a la dignidad humana, y por estar ésta última ligada a su vez a la posibilidad de satisfacer necesidades básicas, entre mayor posibilidad financiera exista para la asunción de estas últimas, menor posibilidad de que se declare la vulneración del mínimo vital en sede de tutela. Se requeriría para que ello ocurriera de una

⁷ Sentencia SU-995 de 1999.

prueba suficiente, rigurosa y contundente, que mostrara que a pesar de existir una suma financiera razonable para asumir las necesidades básicas, las mismas no pueden ser satisfechas por las excepcionales circunstancias del caso concreto.

5. CASO CONCRETO

Según la documental allegada con la presente acción de amparo, tenemos que no hay duda de que el señor HERNÁN DARÍO VARGAS BEDOYA, solicitó por medio de su apoderado, FERNEY DAVID MONTOYA VARGAS, el *“reajuste de la pensión de invalidez, con fundamento en las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia CE-SUJ2-003-16 del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda”*, el 17 de junio de 2020.

La petición en comento fue despachada de manera negativa, como se observa en el No. OFI20-52556 MDNSGDAGPSAP, del 24 de julio de 2020, por parte de la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa, que en forma literal expresa:

“ ...

Bajo ese contexto, se le comunica que no es posible acceder favorablemente a lo solicitado, ya que el mismo marco normativo aplicable al caso particular, establece taxativamente las partidas a tener en cuenta en la liquidación de la pensión, las cuales fueron debidamente liquidadas conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.”

Asimismo, en escrito del 27 de noviembre de 2020, la entidad accionada indicó:

“Igualmente en relación con la sentencia de unificación referida en su petición, esta no es aplicable a la pensión de invalidez devengada por el señor HERNAN DARIO VARGAS BEDDOYA, toda vez que dicha sentencia está referida única y exclusivamente a quienes devengaron el subsidio en actividad, aspecto que no ocurre con el señor VARGAS BEDOYA, ya que este no devengo subsidio familiar en actividad. Se advierte que el subsidio pretendido por aquel referido al 26%, está relacionado con dad al reconocimiento de la pensión de invalidez, por lo hechos ocurridos con posteriori cual no es procedente su reconocimiento.

De acuerdo a lo anterior, le informo que su solicitud de incluir el subsidio familiar como partida en la pensión devengada, es resuelta de forma desfavorable, ya que el mismo marco normativo aplicable al caso particular, establece taxativamente las partidas a las cuales fueron debidamente tener en cuenta en la liquidación de la pensión, liquidadas conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, e igualmente porque aquel no devengo en actividad subsidio familiar, aspecto que impide aplicar la sentencia de unificación referida en el escrito tutelar.

En relación con el incremento de la pensión en un porcentaje del 40%, con fundamento en las sentencias de unificación referidas en su escrito petitorio, le informo que no es procedente acceder a lo solicitado, toda vez que al señor HERNAN DARIO VARGAS BEDDOYA, no le es aplicable estas sentencias, ya que conforme los medios de prueba que obran en el expediente prestacional, se advierte que este no ostentó la calidad de soldado voluntario, de acuerdo a la Hoja de Servicios aportada, la vinculación aquel fue efectuada como soldado profesional, motivo por el cual no hay lugar al incremento del porcentaje solicitado, teniendo en cuenta que la sentencia de unificación es aplicable única y exclusivamente a quienes habiendo sido vinculados como soldados voluntarios optaron por el régimen de los soldados profesionales, aspecto que no ocurre con VARGAS BEDOYA, quien fue vinculado como soldado profesional.”

Ante esta situación opta el accionante, a presentar la actual acción constitucional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, en particular, al debido proceso, y a la igualdad, pese a que en su fundamentación tan sólo se haga alusión al segundo de ellos, pues

de no se advierte la forma en que las accionadas hayan violentado al actor su derecho al debido proceso, pues la petición por él realizada, mediante abogado, fue debidamente resuelta, en forma negativa, pero sin violación a los procedimientos establecidos para ello.

Forzoso resulta, estudiar lo concerniente al derecho a la igualdad, tantas veces mencionado por el accionante en los hechos que motivan el presente amparo constitucional, indicando, que para la Corte Constitucional, el mismo se erige como uno de los pilares fundamentales de la estructura del Estado Social de Derecho, incluso se ha buscado extender el derecho a la igualdad hasta lograr la superación plena de la igualdad meramente formal.

En relación al “alcance” del principio de igualdad, se ha sustentado que no es necesario que las situaciones o supuestos fácticos que se comparan tengan idénticos supuestos, en efecto, la igualdad ante la ley no significa coincidencia en la regulación de situaciones distintas, al contrario, se requiere de una comparación de los supuestos de hecho sobre los cuales recae la solución jurídica, para que pueda ser de manera justa, razonable y equitativa ajustada a derecho.

Pese a lo anotado, es imperioso señalar que el derecho a la igualdad supone siempre efectuar una “comparación”, mínimo de dos situaciones para determinar si efectivamente se violenta o transgrede, o no, la igualdad. Por ejemplo, en providencia T- 861 de 1999 se anotó al respecto:

“... el derecho establecido por el Constituyente en el artículo 13 de la Carta implica un concepto relacional, es decir, que su aplicación supone la comparación de por lo menos dos situaciones para determinar si, en un caso concreto, ambas se encuentran en un mismo plano y, por ende merecen el mismo tratamiento o si, por el contrario, al ser distintas un trato diferente ameritan.

La aplicación del principio de igualdad en los términos referidos, tiene como finalidad determinar, en cada caso concreto entendida la discriminación como el trato diferente a situaciones iguales o simplemente el trato diferente que no tiene justificación”.

La protección del derecho a la igualdad pretende quebrantar las barreras existentes a todo nivel, que impidan el disfrute pleno de los derechos fundamentales de las personas; frente a este tema la Corte Constitucional ha manifestado, como en sentencia T-1122 de 2002:

“La protección material del derecho a la igualdad alude al compromiso de remover los obstáculos que en el plano económico y social configuran efectivas desigualdades de hecho, las cuales se oponen al disfrute efectivo del derecho, lo que hace necesaria la configuración de medidas que puedan compensar y sean defensivas, con respecto a personas y grupos ubicados en condiciones de inferioridad mediante el ejercicio de acciones positivas por parte de las autoridades públicas.

Cabe señalar que el artículo 13 Superior consagra el principio de no discriminación el cual tiene por finalidad que no se brinden tratos diferenciados injustificados por criterios raciales, familiares, sexuales etc.

En este orden de ideas, la discriminación se presenta, cuando la diferencia de trato se hace sin fundamento constitucional que tenga un carácter objetivo y razonable”.

De lo visto, se infiere, que la parte actora que pretenda la protección del derecho a la igualdad, debe, por lo menos, exponer la situación con la cual se busque aparejar, sin que ello ocurra en el presente asunto, pues tan sólo se limita a reiterar una y otra vez, que el derecho en cuestión, se encuentra siendo vulnerado, sin especificar o mostrar la presunta diferencia a zanjar, la desigualdad material ocasionada por la accionada con su omisión o proceder.

Incluso de las contestaciones dadas al actor por parte de la entidad accionada, se advierte que el peticionario no cumple con los criterios para que le sean aplicadas las sentencias en comento, pues siempre fue “soldado profesional”, mientras que la providencia hace alusión a quienes en virtud del Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000, por el cual se creó el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, pasaron de ser “soldados voluntarios”, a “profesionales”, por decisión del Ejército Nacional, a partir del 1.º de noviembre de 2003, esto según la providencia del 25 de noviembre de 2019, de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, con Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), donde el demandante es JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA, y la demandada es la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, emitida por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, que reposa en los anexos del expediente.

Igualmente en dicha providencia se hace mención a los conceptos de causación y disfrute de la pensión, que para el caso es particular, asunto que resulta relevante para buscar la aplicación de las normas y sentencias citadas por el accionante, siendo necesario precisar, que: a. La causación del derecho pensional y b. El disfrute de las mesadas pensionales; siendo el primero, entendido como el momento en el cual el “afiliado” acredita efectivamente el cumplimiento de los requisitos mínimos de edad y densidad de semanas o tiempo de servicio para acceder a la pensión; y el segundo, que supone el cumplimiento del primero, ocurre cuando el goce efectivo de ésta es solicitado por el afiliado a la administradora pensional, pero siempre y cuando se haya retirado del servicio o desafiliado del sistema de seguridad social en pensiones, dada la incompatibilidad que existe entre la condición de pensionado y afiliado.

La segunda de las sentencias referidas, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, del 25 de agosto de 2016, No. de referencia: CE-SUJ2 85001333300220130006001, No. Interno: 3420-2015, tiene el mismo problema, hace alusión a “Con fundamento en el inciso 2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, **los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales**, tiene derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.”

Cuestión que riñe, como se dijo con los supuestos fácticos puestos a consideración de este funcionario, en atención al hecho 4º, que indica expresamente: “Durante el período que estuve en actividad vinculada a las Fuerzas Militares, haciendo parte de las filas del Ejército Nacional y desempeñándose como soldado profesional del Ejército Nacional...”

Es así que no se encuentra probado que el derecho a la igualdad se encuentre afectado por la negativa a las peticiones del accionante, en cuanto a su reajuste pensional, pues no acredita de forma alguna la presunta desigualdad, llamada a ser corregida o conjurada.

De otra parte, se advierte que tampoco se cumple con el requisito de la subsidiariedad, pues, como se dijo en las consideraciones, existen otros mecanismos para garantizar la protección de los derechos de la accionante; señalando que en efecto, la Constitución Política reconoce un carácter residual a la acción de tutela, en tanto dispone que aquella procederá siempre que no existan otros medios de defensa judicial a los cuales pueda acudir la persona para demandar la protección de sus derechos fundamentales amenazados o conculcados.

Sin embargo, hay que mencionar que la regla referida, en acatamiento de lo dispuesto en los artículos 86 de la C.P. y 6° del Decreto 2591 de 1991, contiene dos (2) excepciones que tienen que ver fundamentalmente con que la tutela también procederá cuando esos medios de defensa judicial: *(i) no cuenten con la idoneidad y eficacia tal que permita la protección del derecho, o (ii) no gocen de la aptitud suficiente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable*. En el primer evento, el amparo constitucional será definitivo, mientras que, en el segundo, será transitorio y estará sujeto a que el actor acuda a la acción judicial respectiva en el término de los cuatro (4) meses siguientes, entendiendo que, en caso de no hacerlo, los efectos de la tutela caducarán.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que todo conflicto relacionado con el contenido de una situación particular, generada con la expedición de un acto administrativo, como lo fue el reconocimiento de la pensión de invalidez, y los factores que la integran su monto, y reconocimiento de subsidios, debe desatarse por la jurisdicción ordinaria o por la contencioso administrativa, según corresponda, excepto en los casos ya mencionados en el párrafo inmediatamente anterior, es decir, cuando tales vías judiciales no sean idóneas o eficaces, o concurra un perjuicio irremediable ante el cual deba actuar con urgencia el juez constitucional.

Y es que, el señor HERNÁN DARÍO VARGAS BEDOYA fue pensionado, por medio de la Resolución N° 4236 del 27 de agosto de 2014, desde el año 2008, sin que desde tal data denotara inconformidad alguna, apenas en el año 2020 lo hizo saber, cuando desde el año 2016 existía la sentencia de unificación que pretende que se le aplique a su caso particular, es decir que no desplegó ninguna actividad para conjurar los efectos de la liquidación “deficitaria” de la pensión en comento, igual ocurre con el subsidio familiar, pues a pesar de tener una compañera permanente, con unión marital de hecho, y tres (3) hijos, nada hizo para que fueran reconocidos e incluidos estos emolumentos en su pensión.

La regla sobre el carácter subsidiario de la tutela, de acuerdo con la cual su procedencia está sujeta a la inexistencia o ineficacia de los mecanismos ordinarios de defensa al alcance de los afectados, ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en el análisis de solicitudes de amparo dirigidas a obtener el reajuste de pensiones.

Se puede citar la sentencia T-686 de 2004, en la que se estudió la acción de tutela formulada, como mecanismo transitorio, por una persona de 78 años para que se reajustara la pensión de jubilación que le fue reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social, la Corte Constitucional señaló que *“no cualquier perjuicio asume el carácter de irremediable, pues es menester que concurren varios requisitos tales como la inminencia, gravedad, irreversibilidad así como la impostergabilidad y urgencia de una medida, como única manera de resolver la conculcación de los derechos fundamentales del peticionario.”*

En dicha oportunidad, la Sala Novena de Revisión indicó que la edad del accionante y sus graves condiciones de salud daban cuenta de la configuración de un perjuicio irremediable; sin embargo, denegó el amparo por no encontrar cumplidos los requisitos legales para el otorgamiento del reajuste solicitado.

En la misma línea, tenemos que en la sentencia T-320 de 2015, la Sala Cuarta de Revisión destacó que *“(…) este Tribunal ha ordenado, en sede de control concreto, el reconocimiento y*

pago de diferentes pensiones, y también su reajuste e indexación, siempre y cuando en el peticionario concurren unos agravantes que, de no adoptarse una postura jurídica de protección pronta, podría generar un daño irreparable a las prerrogativas fundamentales del peticionario, principalmente, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud”.

De manera que, en armonía con el presupuesto de subsidiariedad previsto en el artículo 86 Superior, si el actor no acredita la grave afectación de su mínimo vital o de su derecho a la vida digna como consecuencia de la falta de reconocimiento o pago del reajuste pensional, o de los subsidios pretendidos, la tutela resulta improcedente para dilucidar esa pretensión.

En este caso, no se advierte la forma en que el “*mínimo vital*” del actor se haya visto afectado por la negativa de las entidades accionadas a reconocer el reajuste pedido, así como los subsidios reclamados, pues huelga recordar, que desde el año 2014, se encuentra pensionado del accionante, sin que *per se*, y por la omisión de la entidad, haya visto menoscabado su patrimonio, o se haya impedido el goce efectivo de sus derechos.

El perjuicio irremediable llamado a ser protegido no existe, por lo que no se presentan los elementos para conceder el amparo deprecado, en razón a la subsidiariedad que caracteriza la presente acción.

No se ajusta entonces el presupuesto de subsidiariedad en el presente asunto, y será necesariamente la negativa de las peticiones hechas por el accionante, recordando que la entidad se encuentra actuando legítimamente, en la medida, en que los actos administrativos de 2014, por el cual se reconoció la pensión de invalidez al demandante, goza de plena validez, y no han sido demandados; y es que el proceder de la entidad tutelada no es caprichoso en forma alguna, se rige a los lineamientos ya referidos, y que en este caso, fue respetado el debido proceso, sin que se pueda erigir de manera alguna vulneración a los derechos invocados, siendo entonces forzoso concluir que no se presenta para este juez constitucional, elementos que permitan inferir la vulneración de los derechos fundamentales llamados a ser protegidos, y en consecuencia es habrá de negar su amparo.

Si la presente providencia no fuere impugnada dentro del término señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 citado, por la Secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese la decisión a las partes conforme se establece el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, de la manera más expedita posible.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR LA TUTELA de los derechos fundamentales invocados, en la presente Acción de Tutela, promovida por el señor **HERNÁN DARÍO VARGAS BEDOYA**, con C.C. 70.472.081, en contra del **GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES – DIRECCIÓN**

ADMINISTRATIVA DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, por encontrarse **IMPROCEDENTE** el amparo solicitado, en los términos anotados en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Si la presente sentencia no fuere impugnada en el término de tres (3) días hábiles, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Una vez regrese de esa Corporación procédase a su archivo definitivo.

Notifíquese en legal forma a las partes la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALEJANDRO RESTREPO OCHOA
Juez