

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C, quince (15) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN:	TUTELA
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2021-00379-00
ACCIONANTE:	DIEGO ANDERSON RIVAS TERMAL
APODERADO:	JORGE ANDRÉS PEÑA SOLORZANO
ACCIONADOS:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MDN- EJÉRCITO NACIONAL
ASUNTO:	SENTENCIA DE TUTELA N°. 155

Procede el despacho a proferir sentencia, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Diego Anderson Rivas Termal, identificado con cédula de ciudadanía N°. 1.085.279.632, obrando a través de apoderado, en contra del Ministerio de Defensa Nacional - Grupo de Prestaciones Sociales y Ejército Nacional; al considerar vulnerados los derechos fundamentales, a la vida, dignidad humana, igualdad, debido proceso y mínimo vital.

I. Objeto

Las pretensiones de la acción, son:

PRIMERA SE TUTELE el derecho fundamental del actor a la dignidad humana, debido proceso, Mínimos vital, vida e igualdad violentados por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL-GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES.

SE ORDENE al GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a realizar el correspondiente pago del retroactivo pensional, el cual no se ha realizado a pesar de evidenciarse en la respuesta No. OFI21-42204 MDN-DSGDA-G del 18 de mayo del 2021.

TERCERA SE ORDENE notificar al señor DIEGO ANDERSON RIVAS TERMAL de forma inmediata los pagos correspondientes que no se han realizado desde el inicio de la vigencia de la resolución 5512 de 2020, de conformidad con los artículo 67 y 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTA SE ORDENE notificar tal circunstancia al correo JPS1ABOGADOS@GMAIL.COM y así mismo reconocerme personería como su apoderado.

QUINTA SE ORDENE a la accionada, que una vez producida la decisión definitiva en el asunto en cuestión, remita a su Despacho, copia del cumplimiento de lo ordenado por el despacho, so pena de las sanciones de ley por desacato a lo ordenado por Sentencia de tutela.

II. Hechos

Los hechos narrados por el tutelante:

1. El señor **DIEGO ANDERSON RIVAS TERMAL** es un veterano de guerra, retirado de las fuerzas militares del ejército nacional, además es un herido en combate por la labor de defensa del país, de lo cual podemos corroborar que tiene una alta pérdida de la capacidad laboral.
2. A través de la aplicación de diferentes leyes del ordenamiento jurídico, al señor **DIEGO ANDERSON RIVAS TERMAL** se le reconoce a través de la resolución 1146 del 15 de Marzo de 2016 una pensión de invalidez por el alto grado de pérdida de capacidad laboral que adquirió en el desarrollo de su carrera como militar.
3. El gobierno nacional al evidenciar que muchas veces los reconocimientos prestacionales para estas personas no son suficientes para suplir sus necesidades más básicas que resultan ser mas complicadas y de mayor atención, expidió la ley 1979 de 2019, de la cual su artículo 23 otorgaba un aumento pensional a quienes hubieran sido heridos en combate y con un porcentaje de la pérdida de capacidad laboral alto.
4. A través del ejercicio del derecho de petición, al evidenciar que el señor **DIEGO ANDERSON RIVAS TERMAL** contaba con lo requerido para tal aumento, solicitamos el mencionado aumento, consecuentemente se expidió la resolución No 5512 del 4 noviembre 2020 en la cual se reconoció el aumento pensional.
5. Sin embargo, la resolución indica que los pagos se le deben hacer desde el 25 de julio de 2019, por lo cual el actor merece de un retroactivo pensional evidenciado en la respuesta No. OFI21-42204 MDN-DSGDA-G del 18 de mayo de 2021, de lo cual el señor **DIEGO ANDERSON RIVAS TERMAL** no ha recibido ningún reconocimiento prestacional.
6. Han pasado mas de 5 meses y el ministerio de defensa nacional no ha materializado en la practica lo que dispone la respuesta de No. OFI21-42204 MDN-DSGDA-G lo cual evidencia un incumplimiento en el debido proceso a observar.
7. Resulta inconcebible ver como se tiene una resolución expedida y notificada, pero sin el cumplimiento de la misma, pues no se está cumpliendo con el pago del retroactivo pensional aún cuando esta reconocido en documento expedido por el grupo de prestaciones sociales del Mindefensa, esto ocasiona una vulneración al derecho fundamental al debido proceso, a la dignidad humana por el trato recibido, al mínimo vital por la afectación económica y a la vida e igualdad.

III. Actuación Procesal

Mediante auto de 6 de diciembre de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar al Ministro de Defensa Nacional o quien hiciera sus veces, a la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional o quien hiciera sus veces y al Comandante del Ejército Nacional o quien hiciera sus veces. Notificaciones que se efectuaron el 7 de diciembre de 2021.

IV. Respuesta del accionado

Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

Dentro del término otorgado para ejercer su derecho de defensa y contradicción, la accionada dio contestación, indicando que al consultar el sistema de información de dicha dependencia y los aplicativos del área de nómina, se encuentra que el retroactivo solicitado por el accionante, fue pagado con la nómina del mes de diciembre de 2020, como se observa en la captura de pantalla adjunta; sin embargo, aclaró que este solo corresponde a un 5%, toda vez que el porcentaje de pensión que ostentaba, era del 95% de las partidas computables y el aumento correspondió al 100% del salario.

V. Pruebas

• Accionante

1. Copia de Resolución N°. 5512 de 4 de noviembre de 2020, por la cual se incrementa una pensión de invalidez, con fundamento en los expedientes N°. 824 de 2016 y 5449 de 2020, en favor del accionante.
2. Copia de Oficio N°. OFI21-42204 MDN-DSGDA-GPS de 18 de mayo de 2021, por medio del cual se dio respuesta a petición instaurada por el actor, relacionada con pago de incremento pensional.
3. Comprobante de pago del mes de diciembre de 2020, efectuado al tutelante, expedido por la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el Decreto 1983 de 2017, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de las entidades accionadas, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

6.2. Problema Jurídico

Estudiado el expediente, el despacho advierte que se centra en determinar: *i.)* si es procedente la acción tutela, para ordenar el reconocimiento de prestaciones pensionales; de ser así, *ii.)* si al señor Diego Anderson Rivas Termal, se le vulneran sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, debido proceso y mínimo vital, por parte del Ministerio de Defensa Nacional - Grupo de Prestaciones Sociales y Ejército Nacional, al no reconocer y pagar el retroactivo pensional.

6.3. Acción de Tutela

Es preciso indicar que, el artículo 86 de la Constitución Política, consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991¹, establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo

¹ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela”.

que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

6.3.1. Procedencia

La acción de tutela tiene carácter residual, vale decir, que procede en tanto el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, en tal sentido, el inciso 3° del Artículo 86 de la Constitución dispone: *“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”*.

A su vez, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...”*

Acentuando la anterior norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-177 de 2011, establece:

*En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) **los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.** La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; **no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona;** la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”*
Negrillas fuera de texto

La norma y la jurisprudencia citada, nos indica que, para amparar los derechos de una persona por medio de la acción de tutela, es necesario que exista una amenaza real, que no se disponga de otro medio, y/o que se encuentre en un estado de especial protección por parte del Estado.

6.3.2. Subsidiariedad

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

“(…) la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias

ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente".
Negritas fuera del texto

Así pues, la Corte Constitucional, ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa, que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados.

Lo planteado por la jurisprudencia, tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas pasen por alto los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento.

6.3.3. Perjuicio Irremediable

En lo referente al perjuicio irremediable, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-772 de 2014, expresó:

...respecto a los elementos que componen el perjuicio irremediable, sostuvo que debe ser inminente, que las medidas que se requieran para conjurarlo deben ser urgentes y que éste debe ser grave. En palabras de este Tribunal:

*"A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, **porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética (...).** Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.*

*B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: **si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares.** Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.*

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad (...). Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

*De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que **hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio***”.

*Además se consideró en esta sentencia que **“el fundamento de la figura jurídica del inminente perjuicio irremediable, es un daño o menoscabo grave en un bien que reporta gran interés para la persona y para el ordenamiento jurídico, y que se haría inevitable la lesión de continuar una determinada circunstancia de hecho. El fin que persigue esta figura es la protección del bien debido en justicia, el cual exige lógicamente unos mecanismos transitorios, urgentes e impostergables, que conllevan, en algunos casos, no una situación definitiva, sino unas medidas precautelativas**”*. Negrilla fuera de texto

Por consiguiente, para que exista un perjuicio irremediable, es necesario que este sea inminente, que las medidas para corregirlo sean urgentes, que el daño a su vez sea grave y su protección perentoria.

6.3.4. Inmediatez

La inmediatez es creada para que el amparo de los derechos fundamentales sea de manera rápida, inmediata y eficaz.

Es así como, si se presenta demora en la presentación de la tutela, deberá ser improcedente, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios administrativos o de defensa judicial. Así mismo, la Corte Constitucional, en Sentencia T- 792 de 2009, estableció:

(...) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

En ese sentido, la misma Corporación en Sentencia T – 987 de 2008, indicó:

El presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, con esta exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Tal condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En relación con el plazo razonable, esta Corte ha considerado que el mismo debe medirse según la urgencia manifiesta de proteger el derecho, es decir, según el presupuesto de inmediatez y según las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Luego, para que proceda la acción de tutela, deberá establecerse el tiempo que dura el accionante en reclamar, pues tratándose de derechos fundamentales su exigencia debe ser inmediata.

Conforme a los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales se concluye, que la acción de tutela: *i.)* tiene un carácter subsidiario, *ii.)* debe ser utilizada con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable, donde se vean afectados derechos fundamentales, y *iii.)* procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, pues de lo contrario la acción dejaría de ser un mecanismo de defensa de derechos fundamentales y se convertiría en un recurso ordinario.

Por su parte, en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991², se establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

6.4. Derechos Fundamentales Presuntamente Vulnerados

En este caso se aducen como transgredidos los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad, debido proceso y mínimo vital.

6.5. Derechos fundamentales - Normas y Jurisprudencia Aplicable

6.5.1. Vida

La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades ha manifestado que el derecho a la vida no es un derecho simple que se determine solamente con la posibilidad para la existencia del ser humano, sino que por el contrario implica una serie de condiciones para que la existencia de esa persona se desarrolle en forma digna, por lo que señaló:

*...el derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida (...)*³ Negrillas fuera de texto

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia N°. T-102 de 2019, indicó:

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-184 de 2009.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-645 de 1998.

*Desde el artículo 2 de la Constitución se consagra la protección del derecho a la vida de todas las personas que residen en Colombia **como uno de los fines esenciales del Estado**. A la vez, el artículo 11 superior establece que el derecho a la vida es inviolable y, seguidamente, el artículo 12 prescribe que nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes.*

*En concordancia, normas internacionales ratificadas por Colombia, como los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los artículos 6, 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, obligan **al Estado a respetar y garantizar la vida**, la integridad y la seguridad de todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación.*

La estrecha relación que existe entre la vida y la seguridad e integridad personal en tanto derechos fundamentales ha sido reconocida por la jurisprudencia de este Tribunal, enfatizándose que en determinadas circunstancias las autoridades públicas tienen el deber de proveer una protección específica, de cara a situaciones en las que una persona se ve expuesta a riesgos en una proporción mayor a la de sus semejantes:

*“[L]a jurisprudencia constitucional ha sostenido que **la protección y el respeto del derecho fundamental a la vida guarda una relación intrínseca con la garantía del derecho fundamental a la seguridad personal**, pues bajo determinadas circunstancias, con base en él, los individuos pueden exigir ‘medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar’.”*

Es así que, la amenaza del derecho a la vida, puede ir desde la realización de actos que determinen un peligro adicional mínimo para alguien, hasta la realización de actos de los cuales se derive un inminente peligro y es precisamente la Constitución Política, la encargada de proteger a todas las personas contra aquellos actos que pongan en peligro de manera objetiva la vida.

6.5.2. Dignidad Humana

El artículo 1 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la dignidad humana, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 1. *Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

La Corte Constitucional, en Sentencia T-291 de 2016, señaló que la dignidad humana se debe entender bajo las siguientes dimensiones:

(...)

Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado.”

En ese entendido, es deber del Estado, garantizarles a todas las personas, un trato digno e igualitario según sus condiciones.

6.5.3. Igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

Art. 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

El estudio del concepto del derecho a la igualdad, según la Sentencia C-090 de 2001 la Corte Constitucional, manifestó:

Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto”.

*(...), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. **Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.***⁴ Negrillas fuera de texto

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

6.5.4. Debido Proceso

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 de 2001.

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos: ***“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)”*** Negrillas fuera de texto

Es decir, que desde nuestra carta magna, se le imponen a las autoridades y a las personas que ejercen funciones públicas, el deber de respetar el debido proceso en todas sus actuaciones, garantizando con ello su observancia, no solo en el ámbito jurídico sino también en lo administrativo, esa garantía se traduce en el respeto que debe tener la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad, y a la garantía de que la actuación administrativa se surtirá respetando todas sus etapas, ajustándose al ordenamiento jurídico legal y a los preceptos constitucionales.

Es así como, en la Sentencia T-200 de 2011, la Corte Constitucional, señaló:

(...) Sobre el debido proceso administrativo la Corte ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cubija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, y a los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos. Negrillas fuera de texto

Luego, debe recordar el despacho que el debido proceso se aplica al desarrollo de cualquier actuación que adelante una entidad pública o particular que ejerza funciones públicas, garantizándose así los derechos de defensa y contradicción.

6.5.5. Mínimo vital

Con respecto al mínimo vital, la Corte Constitucional en Sentencia T-053 de 2014, aclaró:

El mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, el cual se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna, 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”* y encuentra su materialización en las diferentes acreencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral. Negrilla y subrayado fuera de texto.

6.5.6. Procedencia Excepcional - Derechos Pensionales

Como reiteradamente lo ha definido la Corte Constitucional, y el artículo 86 de la Carta Magna lo estipula, la acción de tutela *“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”*, de manera que, su procedibilidad se supedita a que el accionante no tenga a su alcance otros mecanismos de defensa o, que al tenerlos, no sea los idóneos o eficaces para garantizar la defensa de sus derechos, o cuando busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá de manera transitoria, esto es, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto en la vía judicial ordinaria.

En este sentido, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, cuando la vulneración de los derechos se alega con fundamento en los efectos de un

acto administrativo, el accionante está en la obligación de debatir en sede judicial, mediante los medios de control que el ordenamiento procesal administrativo ha estatuido para ello.

En Sentencia T-225 de 2018, la Corte Constitucional, ha señalado al respecto:

(...)

*La jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales **cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado**, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable [16].*

Al respecto este Tribunal ha señalado que “no es suficiente la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo vulnerados. [17]

En lo referente a la posibilidad de instaurar acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, esta Corporación ha dejado sentado que si bien estos asuntos deben someterse a consideración de los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral, tal regla puede replantearse a medida que surjan circunstancias excepcionales que ameriten la necesidad de salvaguardar garantías iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.

*En este sentido, esta Corte ha indicado que en aquellos eventos en los que se busca el reconocimiento de un derecho pensional por vía tutela, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza dependiendo de las circunstancias personales del accionante, es por ello que debe analizarse, por ejemplo, **si se trata de un sujeto de especial protección constitucional**, como es el caso de personas de la tercera edad que se encuentran en **situación de pobreza o debilidad manifiesta, debido al deterioro de su estado de salud**, y además se encuentren imposibilitados para procurarse los medios necesarios que garanticen sus necesidades básicas. Así mismo, la Sala debe verificar que el accionante ha buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, el amparo de los derechos fundamentales que invoca. [18]*

(...)

*Así, la jurisprudencia de esta Corporación **ha establecido que el juez constitucional adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago de retroactivo pensional cuando:***

***“a) Hay certeza en la configuración del derecho pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatarse que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante y que, por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo.** Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios*

ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados [21]”

“El fundamento constitucional para ordenar el pago de retroactivo pensional, radica en que la Corte debe reconocer los derechos desde el momento exacto en que se cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos que dan lugar a su configuración. En consecuencia, “cuando la Corte ordena el pago retroactivo ha verificado que el supuesto de hecho de la disposición jurídica se ha consumado y, de esa manera, queda autorizada a realizar la calificación jurídica que tal disposición enuncia. Luego, se colige que la Corte declara el derecho desde el instante preciso en que dicha prestación existe en el ámbito del derecho” [22]. La labor del juez de tutela es meramente declarativa, quien al advertir que el derecho pensional ha sido negado indebidamente negado por la entidad, debe remediar una situación que ha contrariado los principios de la Carta Política [23]” (Negrilla fuera del texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia T-009 de 2019, señaló:

14. Es importante tener en cuenta que esta Corporación ha establecido una interpretación pacífica y reiterada con respecto al principio de subsidiariedad cuando se trata de acciones de tutela que buscan el reconocimiento y pago de acreencias pensionales. En este sentido, la Corte ha señalado que, con fundamento en el principio de subsidiariedad, el recurso de amparo no procede frente a reclamaciones de tipo laboral o pensional, pues el escenario idóneo para conocer de dichos asuntos es la jurisdicción ordinaria laboral, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo.^[55]

No obstante, como fue desarrollado anteriormente, esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, **como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos**^[56].

15. Así, la procedencia del amparo para el reconocimiento de prestaciones pensionales 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^[57]; (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.^[58] 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 procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.^[59]

16. No obstante lo anterior, la Corte ha considerado que la condición de vulnerabilidad o la calidad de sujeto de especial protección constitucional del interesado **no son suficientes para que, sólo por esa circunstancia, la tutela sea procedente en materia pensional.**^[60] Por ello, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para estudiar las pretensiones que implican otorgar una pensión por vía de la tutela, que consisten en:

“a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.

b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.

c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.^[61]

17. A partir de las anteriores reglas jurisprudenciales, esta Sala procederá a realizar la valoración de las circunstancias particulares del presente caso, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la acción constitucional de cara al principio de subsidiariedad.

Caso Concreto

Pretende el accionante que se ordene a través de fallo de tutela, al Ministerio de Defensa Nacional - Grupo de Prestaciones Sociales y al Ejército Nacional; realizar pago del retroactivo pensional a su favor, al cual aduce tener derecho.

A lo anterior, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional–Ejército Nacional, en respuesta, señaló que al consultar el sistema de información de dicha dependencia y los aplicativos del área de nómina, se encuentra que el retroactivo solicitado por el accionante, fue pagado con la nómina del mes de diciembre de 2020, como se observa en captura de pantallazo adjunta; sin embargo, aclaró que este solo corresponde a un 5%, toda vez que el porcentaje de pensión que ostentaba, era del 95% de las partidas computables y el aumento correspondió al 100% del salario.

En ese orden, para resolver el problema jurídico planteado, se aplicará la posición adoptada por la Corte Constitucional, la cual estableció que el juez constitucional, adquiere competencia para pronunciarse y amparar la pretensión de pago de retroactivo pensional, cuando:

“a) Hay certeza en la configuración del derecho pensional y b) se hace evidente la afectación al mínimo vital, al constatar que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia de la accionante y que, por una conducta antijurídica de la entidad demandada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de concesión definitiva del amparo. Estas dos circunstancias hacen que el conflicto que por naturaleza es legal y que posee medios ordinarios para su defensa, mute en uno de índole constitucional, en donde los medios ordinarios se tornan ineficaces para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados [21]”

Lo anterior, contrastado con las pruebas allegadas al plenario, dejan ver que no se cumplen con las dos reglas dispuestas por la jurisprudencia constitucional, pues si bien es cierto, el accionante actualmente es merecedor de pensión por invalidez y se allegó oficio en respuesta a la solicitud de pago de incremento pensional, este último no probó al despacho que existiere actualmente una evidente afectación a su mínimo vital, pues no se constató que la pensión sea la única forma de garantizar su subsistencia, y que por una conducta antijurídica de la accionada, los medios económicos para vivir han estado ausentes desde el momento en que se causó el derecho hasta la fecha de interposición de esta acción, lo que hace improcedente su amparo vía tutela.

Por lo indicado, al ser la acción de tutela un mecanismo subsidiario y residual, que no reemplaza los medios ordinarios de defensa judicial, instrumentos idóneos para que se dirima la controversia entre las partes, y toda vez que no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable; se declarará la improcedencia de la acción.

Finalmente, es necesario precisar que no le corresponde al juez de amparo avanzar sobre asuntos cuya definición se ha confiado a otra jurisdicción; es decir, en consideración a que la acción de tutela no puede reemplazar o desconocer las competencias legales y jurisdiccionales atribuidas a cada especialidad⁵.

En caso de no presentarse impugnación en contra del presente fallo, por la secretaría del juzgado, se procederá con el envío de este a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de la referencia, en relación con el pago de retroactivo pensional; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por la secretaría del juzgado, **NOTIFICAR** la presente decisión a las Partes, a la Agente del Ministerio Público Delegada ante este despacho judicial y al Defensor del Pueblo; conforme a lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

TERCERO.- Por la secretaría del juzgado, **HACER SABER** que contra la presente decisión, procede el recurso de impugnación para ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.**

CUARTO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, por la secretaría del juzgado, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, por la secretaría del juzgado, **ARCHIVAR** el expediente, luego de las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", M.P. Alberto Espinosa Bolaños, radicado N°. 110013342-055-2021-00347 -01, fallo de segunda instancia de 13 diciembre de 2021.

Firmado Por:

Luis Eduardo Guerrero Torres

Juez

Juzgado Administrativo

055

Bogotá, D.C. - 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: **4e8a0b81fb15aa661fab178c49e7834a5e909e16234bcfa300d47d16cb67bf4e**

Documento generado en 15/12/2021 03:58:37 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>