TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dieciocho (18) de abril de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**
ACCIÓN:	**ACCIÓN DE TUTELA.**
PROCESO:	**70-001-33-33-009-2017-00046-01.**
DEMANDANTE:	**MARÍA DOMINGA MORENO CUELLO.**
DEMANDADO.	**COLPENSIONES**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO – SUCRE el día 07 de marzo de 2017, en el proceso que en ejercicio de la ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA instauró **MARÍA DOMINGA MORENO CUELLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

1. ANTECEDENTES

1.1 LA SOLICITUD DE TUTELA:

MARÍA DOMINGA MORENO CUELLO, presentó Acción de Tutela en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**-, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida en condiciones dignas

1.1.1. RESEÑA FÁCTICA:

Señala la actora que elevó derecho de petición a COLPENSIONES solicitando la revocatoria del acto administrativo que accedió al cambio de régimen de pensión solicitado por ella desde COLPENSIONES a un fondo privado.

La anterior solicitud la sustenta en que al momento de cambiar de régimen pensional contaba con cincuenta y tres (53) años de edad por lo cual le faltaban solo dos años para configurarse su derecho pensional y de conformidad con la jurisprudencia y la legislación vigente este cambio no se podía realizar, razón por la cual solicita se reconozca su pensión con aplicación del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

1.1.2. LAS PRETENSIONES:

Pretende la parte accionante que se le tutelen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia:

- Se ordene la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", el reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el mes de enero del año 2008.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 21 de febrero de 2017 (fol.4 y 30).
- Admisión de la demanda: 21 de febrero de 2017 (fol. 32).
- Notificación a las partes: 21 de febrero de 2017 (fol. 33 a 36).
- Contestación de la demanda: 02 de marzo de 2017 (fol. 37 a 43)
- Sentencia de primera instancia: 07 de marzo de 2017 (fol. 46 a 50).
- Impugnación: 14 de marzo de 2017 (fol. 55 a 58).
- Concesión de la impugnación: 14 de marzo de 2017 (fol. 66).
- Reparto segunda instancia: 15 de marzo de 2017 (folio 2 C-2).
- Sube al despacho: 16 de marzo de 2017 (folio 3-C-2).

1.2.1. INFORME DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

El ente accionado, se pronunció argumentando que la accionante cuenta

con otros mecanismos de defensa judicial en los cuales se puede debatir lo solicitado y además de ello en el presente asunto la solicitud de la actora, no puede ser atendida por COLPENSIONES, ya que la accionante se ha dirigido en varias oportunidades solicitando el traslado de régimen pensional y el consecuente reconocimiento de la pensión y se le ha atendido oportunamente indicándosele que no se encuentra afiliada a COLPENSIONES, por lo cual debe proceder a llenar los formularios requeridos para efectuar el cambio de régimen y así poder estudiar de fondo esta solicitud.

Que por lo anterior, y ante la falta de prueba de un perjuicio irremediable, sea declarada improcedente la acción de tutela intentada.

1.3. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[1].

El Juez de primera instancia luego de hacer un análisis del carácter subsidiario de la acción de tutela y la procedencia excepcional para el reconocimiento de derechos pensionales, consideró que, no se encuentra probado que la falta de pago de la prestación, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, ya que no se aportó siquiera prueba sumaria de que tal situación genere una afectación a la vida e integridad de la actora y su núcleo familiar, pues no está demostrado que tenga personas a cargo que dependan económicamente de sus ingresos, o la causación de un perjuicio irremediable.

A su vez expuso que, si bien la actora cuenta con 66 años, esta edad no permite concluir per se la existencia de un perjuicio irremediable por ser sujeto de especial protección, pues quienes presentan solicitudes de pensión ante las entidades del sistema de seguridad social tienen por lo general esta misma edad, es decir, son adultos mayores, más no persona de la tercera edad pues en Colombia la tercera edad comienza a partir de los 77.5 años que es el promedio de la expectativa de vida para las mujeres en Colombia para el año 2015, atendiendo el criterio esbozado en la sentencia T -138 de 2010 que estableció, que la tercera edad para efectos constitucionales, empieza cuando se supera el promedio de la expectativa de vida.

[1] Folio 46 a 50 C. Ppal.

Concluyendo en los considerandos que, se desconocen las razones por las cuales el medio judicial ordinario - que no ha sido iniciado aun por la actora- es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados, máxime cuando con la expedición de la Ley 1437 de 2011, los procedimientos adelantados ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se tramitan con celeridad y de conformidad con el citado estatuto es posible solicitar medidas cautelares desde la presentación de la demanda o durante el curso del proceso, tales como la inaplicación del acto administrativo objeto de misma, razón por la que, declaró improcedente el medio intentado.

1.3.1. LA IMPUGNACIÓN[2].

El accionante en el escrito de impugnación, expuso que, contrario a lo dicho por el juez de instancia, si se presenta una situación de indefensión por las condiciones de salud que padece.

Frente a la existencia del proceso ordinario para buscar el reconocimiento de sus derechos pensionales, expresó que, sigue persistiendo lamentablemente un atraso en la definición de los procesos ante la jurisdicción ordinaria, lo que causaría sin lugar a dudas un perjuicio irremediable en su salud, por no contar en la actualidad con ninguna cobertura en seguridad social, razón por la que se puede ver afectado su derecho a la vida, máxime teniendo en cuenta que tiene más de 65 años de edad.

Concluyó manifestando que la tutela es procedente, sobre todo teniendo en cuenta las pruebas que se anexan, las que evidencian una clara vulneración del derecho al debido proceso por parte de COLPENSIONES., razón por la cual solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y la vida en condiciones de dignidad.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591

[2] Folio 55 a 58 C.Ppal.

de 1991 en su artículo 32.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias descritas en los antecedentes, se contrae a establecer el Tribunal en esta oportunidad, *¿Es la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para buscar el reconocimiento de derechos pensionales, cuando existen medios de defensa ordinarios para ello, de los que no ha hecho uso de forma adecuada y en término, y no se demuestra un perjuicio irremediable, con el cual se acceda a ella como mecanismo transitorio?*

Para dar solución a los anteriores planteamientos, se abordaran los siguientes temas, **(i)** Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia, **(ii)**, procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias pensionales y **iii)** El caso concreto.

2.1.1 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA.

La **TUTELA** es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política y dentro de los casos descritos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta su ejercicio.

La acción de amparo, permite que toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tenga una acción constitucional para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá "*en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo*".

Según el texto constitucional, para que la protección constitucional en sede de tutela proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable[3].

El Consejo de Estado se ha manifestado en el sentido de indicar que *"su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes"*[4]

Ahora bien, no puede perderse de vista que la acción de tutela por su naturaleza residual y subsidiaria[5] no está diseñada para reemplazar las acciones o vías judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. Por ello, como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional[6], ha señalado que, *"la tutela no remplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo especifico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre*

[3] Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[4] Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03259-00. Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
[5] Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
[6] Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha – la acción ordinaria. "[7]

En ese orden se puede igualmente señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales de primera generación, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de los anteriores presupuestos se puede mencionar:

a. **La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto:** Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisible acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de

[7] CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

> *"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(…) 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 ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".*

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudencialmente se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse

para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable[8]:

> ***"(i) El perjuicio tiene que ser inminente****, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.*
> ***(ii) El perjuicio debe ser grave****, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.*
> ***(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder****, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.*
> ***(iv) La medida de protección debe ser impostergable****, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.[9]" (Negrillas propias).*

Como puede observarse, resulta necesario, para la valoración a que está obligado el fallador, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario a lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, le corresponde al juez constitucional determinar su procedencia ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

2.1.2. DE LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA BUSCAR EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE ÍNDOLE PENSIONAL.

En conjunto con lo dicho en el acápite anterior, se puede mencionar que, jurisprudencialmente se ha trazado un precedente respeto al tema de la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de acreencias laborales o derechos pensionales, dejando clara la tesis de que, la procedencia de la acción de tutela para obtener prestaciones sociales no puede desconocer el ordenamiento jurídico que prevé procedimientos adecuados para el reconocimiento de los derechos en cumplimiento del

[8]Consultar, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA
[9] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

debido proceso. De esta forma, por regla general los derechos de índole pensional a que el trabajador tenga derecho, escapan a la procedencia del amparo en cuanto no exista afectación del mínimo vital y además se hayan agotado los procedimientos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico con el fin de acreditar el derecho objeto de controversia.

Uno de los principios que orienta el ejercicio de la acción de tutela es el de subsidiariedad o residualidad, lo cual supone que, el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Este carácter residual obedece concretamente a la necesidad de preservar el reparto de competencias, atribuido por la Carta Fundamental a las diferentes autoridades judiciales; por tal razón, la acción de amparo constitucional, no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales.

En sentencia SU-037 de 2009, la Corte Constitucional reiteró los criterios que ha venido sosteniendo sobre la procedencia de la acción de tutela, así:

> *"El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución (…)*
>
> *Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica.*
> *(…)*
>
> *Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar 'una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales', razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.*
>
> *La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (…)* ***y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.***

> *En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.*
>
> *Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo."* (Destacado de la Sala).

Como se puede observar, tal regla de procedencia, implica para el juez apreciar la configuración del perjuicio irremediable en el caso concreto, esto es, según las circunstancias fácticas de la persona, y le impone evaluar que la posibilidad de acudir al medio ordinario sea cierta.

En punto al reconocimiento de derechos pensionales vía acción de tutela, ha dicho la H. Corte Constitucional:

> *"El tema de la reclamación de prestaciones económicas sigue ineludiblemente este principio para cuya satisfacción se exige la verificación de estas condiciones.* ***El reconocimiento de pensiones es un asunto que, prima facie, excede la órbita del juez constitucional pues se ubica dentro de las competencias atribuibles a la jurisdicción ordinaria o la contenciosa administrativa****. En múltiples fallos se ha declarado que "(...) únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado (…)", de modo tal que es necesaria una relación de suficiencia entre el medio judicial preferente y el goce del derecho fundamental afectado a fin de lograr, sobre esta vía, su garantía efectiva. De no ser así, la tutela aparece como un instrumento admisible*
>
> *En consecuencia, la tutela podría prosperar de manera excepcional frente a solicitudes relativas al reconocimiento de prestaciones económicas* ***(i) cuando no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste carece de la aptitud suficiente para salvaguardar los derechos amenazados o quebrantados, caso en el que ésta surge como medio principal de defensa; o (ii) si se vislumbra la aparición de un perjuicio grave, inminente, cierto, que requiera la adopción, para su mitigación, de medidas urgentes que obliguen a su uso como mecanismo transitorio[10]****"* (Destacado de la Sala).

[10] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-044 de 2011. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Este tema ya había sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-977 de 2008[11], donde en dicha oportunidad se puntualizó que:

> *"(…) La jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico siempre que se verifique que (i) haya una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales del accionante, es decir, que por el no reconocimiento y pago de la prestación económica que se reclama en sede de tutela se viole o amenace los derechos fundamentales del accionante, (ii) la tutela se conceda, (iii) no se cuente con un medio específico en el cual se pueda solicitar la prestación de tipo económico que se pretende obtener en sede de tutela y, (iv) la vulneración del derecho sea manifiesta y consecuencia directa de una acción indiscutiblemente arbitraria..*
>
> *(…)*
>
> *"Para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como 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. Con respecto al término "amenaza" es conveniente manifestar que no se trata de la simple posibilidad de lesión, sino de la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de manera injustificada. La amenaza requiere un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o menoscabo material o moral.*
>
> *Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:*
>
> *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. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. 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 dan señalan la oportunidad de la urgencia.*

[11] Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

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[12]"

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. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. 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"

Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, actualmente, unos requisitos más estrictos para la procedencia de la acción de tutela y para la posibilidad del reconocimiento de prestaciones periódicas, al apunto que quien alega la posible ocurrencia de un perjuicio debe demostrar que, este es inminente, grave y urgente sin que por ello, se exima al juez de analizar en cada caso en concreto si los anteriores elementos caracterizadores del perjuicio irremediable están presentes.

También es importante mencionar que, la H. Corte Constitucional ha resuelto en casos sobre el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, indicando:

"Aunado a lo anterior, la Sala considera que en el presente caso se configura una controversia de carácter legal en relación con el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y la determinación del régimen de transición aplicable al caso. Al respecto, cabe señalar que esta Corporación en varias oportunidades ha señalado que la acción de tutela no es el medio idóneo para resolver controversias de orden legal, como la que ahora nos ocupa, toda vez que para ello existen en el ordenamiento jurídico otros medios, vías y procedimientos tanto administrativos como judiciales, para resolver el conflicto; por lo tanto, la Sala estima que debe ser la Jurisdicción Laboral o la Contencioso Administrativo, según el caso, la que resuelva la controversia planteada.

No obstante, si en el futuro, surgen nuevos hechos que permitieran establecer que el accionante se encuentra en una situación que merezca especial protección de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, o que sus condiciones de vida, personales y familiares se tornen gravosas, podrá presentar nuevamente el amparo, sin que ello implique temeridad en su accionar.

Así entonces, dado que la solicitud de amparo interpuesta no se refiere a un debate constitucional sino legal, dirigida a obtener el reconocimiento de una pensión y la determinación del régimen de transición aplicable, y en donde no

[12] Ver sentencia T-225 de 1993.

> *se encuentra acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable, ni la ineficacia e imposibilidad de acudir a otro medio de defensa judicial, la Sala confirmará las sentencias proferidas, en primera y segunda instancia, por el Juzgado Laboral del Circuito de San Andrés Isla y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por medio de las cuales se negó por improcedente la acción de tutela instaurada por Marco Fidel Vásquez Santan[13]"*

En este orden, se puede concluir del amplio debate jurisprudencial que, en lo relacionado con la afectación a la seguridad social y al mínimo vital y móvil, dicha vulneración debe encontrarse probada o que no deba necesitarse de un amplio debate probatorio para demostrarlo, y de ocurrir lo contrario se debe acudir a la justicia ordinaria, pues dicho debate escapa de las funciones del juez de tutela pues esta es una controversia de carácter legal. Así mismo, la jurisprudencia ha afirmado que quien alegue la vulneración del mínimo vital, por falta de reconocimiento de acreencias laborales, debe presentar prueba si quiera sumaria de tal afirmación.

5.2.3. EL CASO CONCRETO.

Recapitulando, en el sub examine, la parte actora persigue que por vía de acción de tutela se le reconozca y ordene el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, considerando que es procedente por cuanto se está configurando un perjuicio irremediable, ante la indefensión generada por su edad y estado de salud. Circunstancias que afectan su derecho fundamental al mínimo vital, a la seguridad social y vida en condiciones dignas

Para sustentar las súplicas del mecanismo de amparo, se aportaron al plenario las siguientes documentales[14]:

- Copia de oficio dirigido a COLPENSIONES solicitando revocatoria de traslado de régimen y solicitud de reconocimiento y pago de pensión de fecha 11 de octubre de 2016.
- Oficio de fecha 11 de octubre de 2016, emanado de COLPENSIONES dando respuesta a la solicitud de la actora.
- Certificación emanada de COLPENSIONES, de fecha 16 de junio de 2016.
- Fotocopias de cédula y registro civil.
- Relación de semanas cotizadas.

---

[13] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-330 de 2009. M.P. Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
[14] Folio 5 a 29 C.Ppal.

Con el escrito de impugnación se aportó, copia de la historia clínica de la actora (folio 59 a 64).

- **ANALISIS DE LA SALA.**

Revisado la recolección probatoria y las premisas sentadas en acápites precedentes, la decisión de primera instancia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela, será confirmada, por las siguientes razones:

Se puede observar que en efecto la actora inició un procedimiento administrativo ante COLPENSIONES tendiente al reconocimiento de su pensión de vejez solicitando la aplicación de los beneficios de la transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Contrario a lo señalado en el escrito de impugnación en cuanto que no posee ninguna cobertura en el sistema de seguridad social en salud, se verifica de la historia clínica aportada, que la actora se encuentra afiliada a la EPS SANITAS (folio 63 y 64), hecho que permite inferir que su cobertura en salud se encuentra garantizada.

Si bien la actora cuenta en la actualidad con 66 años de edad, este hecho *per se*, en este caso particular, no da paso a la condición de especial protección o de un "*estado de indefensión*", pues la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que, para considerar a alguien de "*la tercera edad y por ende sujeto de especial protección constitucional",* es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia, que para el caso de las mujeres en los periodos comprendidos del año 2010 a 2015 es de "edad: 77,10", según las tasas de esperanza de vida manejadas por el DANE[15].

Ahora bien, en lo relacionado con la supuesta vulneración al mínimo vital, es importante aclarar que, el concepto del mínimo vital de subsistencia[16], debe ser evaluado desde el punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, siendo necesario realizar un análisis de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración encaminada más hacia lo cualitativo que lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de

[15] http://www.dane.gov.co/
[16] *T-581 A/11*

necesidades como la alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda y recreación como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana, el cual debe en todo caso, ser probado de manera siquiera sumaria, lo cual en el presente asunto no acaeció.

En efecto, la prueba de la existencia de un perjuicio irremediable y su inminencia, en este caso, no se puede deducir y ser asumido con la mera historia cínica, por lo cual está Magistratura, considera, en el caso que nos ocupa, la accionante debe acudir a las vías ordinarias para discutir el reconocimiento de su derecho pensional.

El anterior argumentó, como quiera que no se acredita la inexistencia de otros medios de defensa, así como tampoco demostró que, aun teniéndolos, los mismos no resultan idóneos o eficaces; al contrario se puede observar que puede acudir en sede ordinaria, ya que existen otros mecanismos ordinarios de defensa, los cuales son idóneos para resolver sus pretensiones con el cual puede reclamar el reconocimiento del derecho pensional de vejez previa la nulidad de su traslado de COLPENSIONES al FONDO PRIVADO ADMINISTRADOR DE CESANTIAS Y PENSIONES COLFONDOS S.A., fondo este donde actualmente aparece afiliada.

Así las cosas, no acreditándose la inminencia de un perjuicio irremediable, ni la ineficacia e imposibilidad de acudir a otro medio de defensa judicial, razones por las cuales, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

3. CONCLUSIÓN:

Para esta Colegiatura es claro, que debido al carácter excepcional de la acción de tutela, esta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, concluyendo entonces, que en este caso el mecanismo de amparo constitucional, no es la vía adecuada frente al reconocimiento y pago de un derecho de índole pensional**,** pues la accionante cuenta con otro recursos judiciales, los cuales resultan idóneos para la protección de sus derechos fundamentales que consideraba vulnerados. Además, no demostró siquiera sumariamente, la causación de un perjuicio irremediable que conlleve a la afectación del mínimo vital, así las cosas y ante la inexistencia de vulneración del mínimo vital, claramente, en el caso concreto, no se llenan las condiciones jurisprudenciales para que la tutela sea la vía adecuada para dicho fin, razones suficientes para

CONFIRMAR la sentencia impugnada.

4. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia impugnada, esto es, la proferida el 7 de marzo de 2017 por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO SUCRE., por las razones expuestas en esta Sentencia.

SEGUNDO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaria de este Tribunal, **ENVÍESE** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

CUARTO: En firme este fallo, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI. .

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta No. 58.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA