



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, ocho (8) de mayo del dos mil diecinueve (2019)

Asunto: Sentencia de segunda instancia.

Acción: Tutela.

Proceso: 70-001-33-33-009-2019-00054-01

Demandante: Nellys del Carmen Lambraño Vergara

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal, la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia de tutela proferida el 18 de marzo de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, la cual declaró improcedente el amparo constitucional solicitado.

1. ANTECEDENTES:

1.1. La solicitud de tutela.

La señora Nellys del Carmen Lambraño Vergara, presentó Acción de Tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones¹, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y debido proceso.

En amparo de sus derechos **pretende; (i)** Que se ordene a COLPENSIONES, reliquidar su pensión con aplicación del régimen

¹ En adelante COLPENSIONES.

establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y en consecuencia, reconocer el reajuste del monto de la pensión a partir del 1º de febrero de 2018, por la suma de \$4.534.842., con la indexación e intereses moratorios de las sumas adeudadas.

Como **fundamentos fácticos**, la parte actora señaló en el escrito de la acción de tutela, los siguientes:

Que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones, el 28 de octubre de 2014, con la radicación de los diferentes documentos exigidos por la ley, al ser beneficiaria del régimen de transición.

Mediante Resolución No. GNR 166330 del 4 de junio de 2015, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, en cuantía para el año 2015, de UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TRECE PESOS (\$1.555.313), aplicando el régimen que regula la Ley 33 de 1985.

Que interpuso recurso de reposición en subsidio apelación, contra la anterior resolución, siendo resuelto el primero de manera desfavorable mediante Resolución No. GNR 279364 del 11 de septiembre de 2015, y el segundo a través de Resolución No. VPB 16566 del 12 de abril de 2016, en la cual se resolvió solicitar autorización para revocar las Resoluciones No. GNR 166330 del 4 de junio de 2015 y GNR 279364 del 11 de septiembre del mismo año.

Agrega que a través de Resolución No. SUB 21564 del 25 de enero de 2018, la entidad accionada realizó un nuevo análisis sobre el derecho pensional y solicitó la revocatoria de la Resolución No. GNR 279364 del

11 de septiembre de 2015.

1.2. Actuación procesal en primera instancia.-

El Juzgado Noveno Administrativo admitió la tutela mediante auto del 6 de marzo de 2019, y ordenó notificar como demandado a Colpensiones.

Remitidas las comunicaciones del caso, se dieron las siguientes intervenciones:

1.3. Colpensiones.-

Solicita la entidad que se declare improcedente el amparo solicitado, argumentando, por cuanto de conformidad con el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras, deberá ser conocida por la Jurisdicción ordinaria laboral.

Que las prestaciones reclamadas, ya han sido objeto de estudio, donde se ha brindado respuesta de fondo y como en derecho corresponde; y si la accionante presenta inconformidad, debe agotar los mecanismos judiciales puestos para tal fin, y no reclamar su prestación vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Por último agrega, que no es competencia del juez constitucional en este caso, realizar un análisis de fondo frente a la pretensión de la actora, porque aún tiene otros mecanismos judiciales para obtener lo pretendido, además la actora, pretende desnaturalizar la acción de

tutela, pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean conocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello.

1.4. La sentencia impugnada.-

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 18 de marzo de 2019, resolvió declarar improcedente el amparo constitucional solicitado, considerando que la accionante, cuenta con otros medios de defensa idóneos para reclamar lo pretendido, toda vez las acciones ordinarias, garantizan las herramientas procesales para responder a la pretensión deprecada. Además, a la actora mediante Resolución N° SUB 215464 del 25 de enero de 2018, se le ordenó su ingreso en nómina, por una cuantía de UN MILLÓN NOVECIENTOS MIL CUARENTA Y OCHO PESOS (\$1.900.048), lo que refleja que no se está afectando su mínimo vital, en tanto ya está recibiendo una asignación mensual.

En definitiva estimó el *a quo*, que no se está afectando el mínimo vital de la señora Nellys del Carmen Lambraño Vergara, por cuanto ya está recibiendo una asignación mensual. Que si la actora no está de acuerdo con la forma en que se definió su estatus de pensionada y/o como se liquidó la pensión, le corresponde acudir ante la administración para controvertir tal situación. Y por último, la actora cuenta con otros medios de defensa antes de acudir a la vía de tutela, es decir, podría acudir en sede judicial, como la opción principal e idónea, para el reconocimiento de sus pretensiones, previo el ejercicio de ciertos requisitos de procedibilidad, tales como por ejemplo, el agotamiento de los recursos ante la administración, por lo que precisa, que ante la

Resolución No. SUB 21564 del 25 de enero de 2018, último acto que definió su situación, procedían los recursos de ley, de los cuales se desconoce si la actora los agotó y/o si están siendo tramitados, en caso de ser afirmativo, podría acudir ante la jurisdicción ordinaria con la finalidad de acceder a sus pretensiones.

1.5. La impugnación.-

La accionante impugnó, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el libelo genitor, y agregando que, es una persona de 68 años de edad, por lo tanto se hace procedente la acción de tutela, teniendo en cuenta que las personas de la tercera edad-denominadas como "adulto mayor", gozan de distinciones especiales encaminadas a salvaguardar su derechos, los cuales provienen no solo de la Constitución Política y la Ley, sino de todo el Sistema Judicial, dando a los jueces las herramientas necesarias para hacer efectivo el derecho sustancial.

Que bajo ese entendido, los jueces se han concentrado en hacer valer en esta población especial, los derechos relativos al "pago oportuno de las mesadas pensionales, la reliquidación de las pensiones, el pago de las pensiones de jubilación, el reconocimiento de sustituciones pensionales y los derechos a la salud y el mínimo vital, todo esto, a través de la acción constitucional de tutela.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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 de 1991 en su artículo 32.

2.2. Problema jurídico.-

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar, si conforme a los supuestos fácticos narrados en el *sub examine*, es procedente la acción de tutela para buscar el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de la señora Nelly del Carmen Lambraño Vergara, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios para ello, de los que no ha hecho uso.

Para resolver el anterior planteamiento, la Sala abordará los siguientes temas; **(i)** Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia **(ii)** La procedencia excepcional de la acción de tutela para buscar el reconocimiento de derechos de índole pensional-reliquidación pensión, y **(iii)** Análisis de procedencia en el caso concreto.

I. Generalidades de la acción de tutela. Requisitos para su procedencia.

Conforme lo preceptúa el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que permite a cualquier persona reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera resulten vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, excepcionalmente, de particulares.

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.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional², ha señalado que, *"la tutela no reemplaza 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 específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria."*³

En ese orden, se puede 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, 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

² Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

³ CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho procesal de la acción de tutela. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

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 subsidiario y residual 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 inadmisibles 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 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 Jurisprudenciales, 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 irremediable⁴:

"(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos

⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

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.⁵
(Negrillas propias).

Como puede observarse, resulta necesario para la valoración a que está obligado el juez constitucional, 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 de lo expuesto, se debe reiterar, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que se obliga al juez constitucional a 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.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

II. La procedencia excepcional de la acción de tutela para buscar el reconocimiento de derechos de índole pensional (Reliquidación de pensión).-

En armonía con lo expuesto en el acápite anterior, se puede mencionar que, jurisprudencialmente se ha trazado un precedente respecto 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 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.

Ello a partir del análisis del principio 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**” (Destacado de la Sala).*

⁶ 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 2008⁷, 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

⁷ Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

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 señales 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 inconveniente⁸”

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 punto que quien alega la posible ocurrencia de un perjuicio debe demostrar que, este es

⁸ Ver sentencia T-225 de 1993.

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.

Adicionalmente, también se han planteado una serie de factores o criterios que le permiten al juez de tutela, no solamente determinar si los medios de defensa ordinarios resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales involucrados, sino también, para evaluar la gravedad, la inminencia y la irreparabilidad del daño de estos derechos que podrían generarse en caso de no ser protegidos por la vía del amparo tutelar.

En el punto particular, referido al pago de prestaciones sociales, en la Sentencia T-631 de 2009, se establecieron cuatro requisitos para hacer procedente el uso de la tutela en esta materia, a saber:

"(...)

i) Que la falta de reconocimiento o reajuste de la pensión de jubilación o vejez se origine en actuaciones que, prima facie, desvirtúen la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública;

ii) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para que proceda el reconocimiento, pago o reajuste de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado la reunión de los mismos, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud.

iii) Que la falta de reconocimiento, reajuste o pago de la pensión vulnere o amenace un derecho fundamental.

iv) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. (...)"

El H. Consejo de Estado, ha dicho al respecto:

"Ahora, en relación con la pretensión de la accionante de ordenar a la UGPP la reliquidación pensional, se aclara que la misma es improcedente porque la señora Arias Villareal cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es, el medio de control de

nulidad y restablecimiento del derecho, y no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, pues si bien es cierto afirmó que no contaba con los recursos necesarios para una congrua subsistencia, también lo es que no probó dicha situación y que actualmente se encuentra recibiendo las mesadas pensionales⁹

Bajo esa óptica, tratándose del reconocimiento y pago de derechos pensionales y de los que de ellos se deriven, la regla general es la improcedencia de la acción de tutela para lograr su amparo, pues para ello se han establecido los medios ordinarios respectivos, no obstante, el juez constitucional debe efectuar un estudio de procedencia de la acción de tutela, que si bien ha de ser estricto, mantendrá racionalidad en razón de las excepciones ya señaladas.

III. Caso concreto.

En el *sub judice*, solicita la parta actora que se ordene a Colpensiones, reliquidar la mesada pensional inicialmente reconocida, conforme el régimen consagrado en el Acuerdo No. 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y en consecuencia, se reajuste su mesada en cuantía de CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$4.534.842) con la debida indexación e intereses moratorios de las sumas adeudadas.

A su turno, Colpensiones responde, que no es competencia del juez constitucional en este caso, realizar un análisis de fondo frente a la pretensión de la actora, porque aún tiene otros mecanismos judiciales para obtener lo pretendido, además, porque pretende desnaturalizar la acción de tutela, requiriendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean conocidos derechos que son de

⁹ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA.SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia del 24 de julio de 2017. Radicación número: 08001-23-33-000-2017-00245-01(AC).

conocimiento del juez ordinario, competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello.

Para resolver, la Sala cuenta con el siguiente material probatorio:

- *Copia de la Resolución N° GNR 166330 del 4 de junio de 2015, expedida por COLPENSIONES, por medio de la cual se reconoce una pensión jubilación (fls.11-14).*
- *Copia de la Resolución N° GNR 279364 del 11 de septiembre de 2015, expedida por COLPENSIONES, por medio de la cual se resuelve recurso de reposición en contra de la Resolución N° GNR 166330 (fls.15-17).*
- *Copia de la Resolución N° SUB 21564 del 25 de junio de 2018, expedida por COLPENSIONES, por medio de la cual se ingresa en nómina la pensión de la señora NELLYS DEL CARMEN LAMBRAÑO VERGARA (fls.19-24).*
- *Certificación electrónica de tiempos laborado CETIL (fls.25-35).*
- *Copia de certificado de tiempo de trabajo y último salario devengado, de fecha 16 de febrero de 2018 (fls.36-37).*
- *Copia de certificación de los pagos en el registro de pagos por salarios y deducciones efectuadas a la funcionaria NELLYS DEL CARMEN LAMBRAÑO VERGARA, durante los últimos años 2017 y 30 días del mes de enero de 2018 (fls.38-45).*
- *Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Nellys del Carmen Lambraño Vergara (fl.46).*

Examinado el asunto, concluye la Sala, que el amparo solicitado debe ser declarado improcedente, dando lugar entonces a la confirmación del fallo de primera instancia, atendiendo a los argumentos que a continuación se explican:

Las controversias relativas al reconocimiento y pago de derechos pensionales, por regla general, deben tramitarse ante la justicia ordinaria y sólo excepcionalmente, en tanto se den ciertas circunstancias concurrentes jurisprudencialmente establecidas, tal asunto puede

tramitarse vía tutela, tales como, que la persona sea de la tercera edad y que su mínimo vital esté, o pueda verse vulnerado.

En la sentencia la Sentencia C-177 de 2016¹⁰, la Sala Plena de la H. Corte Constitucional, señaló que, las personas de la tercera edad, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo, se consideran sujetos de especial protección constitucional *"(i) cuando los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o cuando está presuntamente afectada su "subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, (...) o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario"*.

Ahora, el concepto de adulto mayor fue definido legalmente, mediante la Ley 1276 de 2009. En ella el Legislador¹¹ apela a la noción de "vejez" propia del sistema de seguridad social en pensiones, no obstante para la H. Corte Constitucional, dicha noción tiene un alcance limitado y circunscrito a la materia que regula dicha norma; únicamente responde y afecta la *"atención integral del adulto mayor en los centros vida"*, por lo que solo es aplicable en ese ámbito y no de forma genérica¹².

Al punto de lo dicho, actualmente, la jurisprudencia constitucional adopta el criterio según el cual, una persona de "la tercera edad", es

¹⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹¹ Ley 1276 de 2009. Artículo 7°. "Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones: // (...) b). *Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen*".

¹² Sentencia T-138 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo. *"Trasladar la definición de la Ley 1276 de 2009 para los propósitos que se vienen analizando –precisar el concepto de 'tercera edad' para admitir que el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez pueda hacerse excepcionalmente vía tutela-, implicaría aceptar una definición que está incluso por debajo del parámetro básico del sistema general de pensiones. Esto no tendría sentido porque llevaría al absurdo de permitir que por la vía excepcional de la tutela se estudien reconocimientos de pensiones de quienes, según la regla general, aún no tendrían derecho a ella."*

quien tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia¹³. Actualmente la esperanza de vida oficial, se encuentra estimada aproximadamente en los 76-78 años de edad, por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad, solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo¹⁴.

Precisamente en el *sub examine*, se observa que, la señora Nellys del Carmen Lambraño Vergara, cuenta con 68 años edad, no obstante, ello no implica que pertenezca a la tercera edad, y por lo tanto tenga por ahora derecho a una especial protección estatal reforzada, atendiendo a las disposiciones jurisprudenciales anteriormente enunciadas, por otro lado, no puede hablarse de vulneración al mínimo vital¹⁵, dado que como ya se advirtió, actualmente goza del estatus de pensionada, pues es beneficiaria de una pensión de vejez en cuantía de \$1.900.048.¹⁶. Por lo que sus ingresos congruos se encuentran satisfechos, y la diferencia que pretende reclamar entre lo efectivamente reconocido y lo que presuntamente debió pagarse, debe ser ventilado por las vías legales ordinarias, pues se reitera, no se encuentra vulneración del mínimo vital de la actora.

¹³ Sentencia T-339 de 2017.

¹⁴ De conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007, -que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años, situación variable año a año según las proyecciones hechas por el DANE. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf

¹⁵ Ahora bien, en lo relacionado con la supuesta vulneración al mínimo vital, es importante aclarar que, el concepto del mínimo vital de subsistencia, 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 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.. Ver al respecto Sentencia T-581 de 2011.

¹⁶ fls.19-24

En ese orden, una vez estudiadas las premisas fácticas que ilustran el proceso, a la luz del material probatorio que reposa en el expediente, considera la Sala, que la pretensión de la accionante, de ordenar a COLPENSIONES la reliquidación pensional, es improcedente al contar con otro mecanismo de defensa judicial, como lo es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, pudiendo inclusive, solicitar medidas cautelares, en los términos previstos en los artículos 229 y siguientes de la referida ley. Aunado a que no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, y que actualmente se encuentra recibiendo su mesada pensional.

Por lo anterior, 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.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de marzo de 2019, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente o por cualquier medio efectivo, a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

CUARTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaría de este Tribunal, **ENVIAR** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

QUINTO: En firme este fallo, **CANCELAR** 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 extraordinaria de la fecha, según consta en el acta N°.057

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA