



Cartagena de Indias D. T. y C., siete (7) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

### **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	ACCION DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-011-2018-00145-01
<b>Demandante</b>	AUGUSTO EMILIANI BARRIOS
<b>Demandado</b>	COLPENSIONES
<b>Asunto</b>	Improcedencia por inmediatez y subsidiariedad
<b>Magistrado Ponente</b>	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

### **II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, el señor AUGUSTO EMILIANI BARRIOS contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de julio de 2018 proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se declaró improcedente la tutela, en contra de COLPENSIONES.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. DEMANDA**

##### **1.1. PRETENSIONES**

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes:

- *"Tutelar el derecho fundamental al debido proceso, la tercera edad, la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida en consecuencia*
- *Ordenar al señor Gerente Nacional de reconocimientos- Colpensiones y/o quien corresponda, restablecer la pensión de vejez a mi favor. Dejando sin efectos la Resolución No. GNR308985 del 18 de octubre del año 2016."*



## **1.2. HECHOS (Fl. 1)**

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

- La administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, por medio de la resolución No. 000986 del 25 de mayo de 2002, reconoció la pensión por vejez a favor del señor CARLOS AUGUSTO EMILIANI BARRIOS.
- COLPENSIONES, por medio de resolución No. GNR 333816 de 13 de diciembre de 2013, ordenó la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de vejez al señor CARLOS AUGUSTO EMILIANI BARRIOS.
- COLPENSIONES, a través de la resolución NO. CNR 308985 del 18 de octubre de 2016, modificó la mesada pensional en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, sala Quinta Laboral y se declara la existencia del doble pago.
- COLPENSIONES, al modificar la mesada pensional del señor AUGUSTO CARLOS EMILIANI BARRIOS, vulnera el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, ya que uno de los principios de los actos administrativos de carácter particular y sobre todo cuando modifica la mesada pensional rebajándola debe contar con el consentimiento del afectado para poder modificar la mesada pensional y en este caso no se contó con mi consentimiento, por lo tanto vulneró el derecho fundamental constitucional al debido proceso, ya que debió demandar su propio acto y demostrar el doble pago y no declararlo unilateralmente, como así lo hizo al expedir la resolución No. CNR-308985 DEL 18 DE OCTUBRE DE 2016.
- El señor AGUSTO CARLOS EMILIANI BARRIOS, se ve obligado a acudir a el mecanismo de la acción de tutela, por considerar que en contra de la resolución No. CNR- 308985 del 18 de octubre de 2016, no procede recurso alguno y que causa un perjuicio irremediable.

## **2. CONTESTACIÓN DE TUTELA (Fs. 18-30)**

En el escrito de contestación, COLPENSIONES solicita que se declare improcedente la acción de tutela, alegando que no ha vulnerado derechos fundamentales, puesto que primeramente actuó en cumplimiento de deberes legales y obligaciones que emanan de una providencia judicial debidamente ejecutoriada.

Manifiesta COLPENSIONES que el accionante primero debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes. En cuando al cumplimiento del proceso ordinario, este debe solicitarse por medio de un proceso ejecutivo y no a través de un mecanismo constitucional.



Por ultimo destaca el accionado la improcedencia de la acción por la falta de subsidiariedad, indicando que el propósito de esta acción no es desplazar otros mecanismos.

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fs. 41-49)**

A través de sentencia de fecha dieciséis (16) de julio de 2018, el A quo decidió **declarar improcedente** la tutela teniendo en cuenta lo siguiente:

En primer lugar observa el fallador de primera instancia que la Resolución que pretende el actor dejar sin efectos, fue expedida en el cumplimiento de un fallo judicial, por ende sus efectos son de cosa juzgada.

Indica ese despacho que en el presente caso no se cumple con el requisito de la inmediatez; por cuanto entre la ocurrencia de los hechos supuestamente vulneradores y la presentación de la tutela, transcurrió más de un año, por lo que dicho término no resulta razonable.

Por otro lado, precisa el a quo que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria para proteger los derechos fundamentales; procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa. Sin embargo precisa el fallador que aunque exista otro medio judicial no significa que la intervención sea improcedente, como cuando el medio para resolver no es idóneo ni eficaz o cuando a pesar de la existencia de otro medio judicial se utilice la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Concluye que en el sub iudice no se cumple con el requisito de subsidiariedad debido a que el accionante cuenta con otros medios judiciales, además no demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

### **4. IMPUGNACIÓN (Fl. 50)**

En el escrito de impugnación, el actor expone que la sentencia no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron a la decisión, ni al derecho invocado; manifestando que dicha decisión se fundó en consideraciones inexactas.

### **5. TRÁMITE**

La acción de la referencia fue admitida el día 29 de junio de 2018 (F. 15), notificada el mismo día.



El día 12 de julio de 2018, COLPENSIONES, envió respuesta de la Acción de Tutela de la referencia (Fs. 18-30)

El día 16 de julio de 2018, se dictó el fallo de primera instancia (Fis.41-49), se notificó el 23 de julio de 2018 y el día 26 de julio de 2018 (Fl. 50) se presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 1 de agosto de 2018 concedió la impugnación para que surta el recurso ante el superior funcional. (F. 52)

## II. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

### 2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿En el sub judice se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de la acción de tutela?

Si la respuesta es negativa, se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario se revocará.

### 3. TESIS

Esta Sala de Decisión, confirmará el fallo impugnado debido a que la presente acción de tutela no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

### 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL



#### 4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

##### 4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

##### La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

*"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"<sup>1</sup>.*

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

*"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.*

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



### La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

### La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

## 4.2 LA SUBSIDIARIEDAD O RESIDUALIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

Como se describió en las características esenciales de la Acción de Tutela, la subsidiariedad se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la Acción es vital para su procedencia.

De conformidad con el artículo 86 Constitucional, se puede dilucidar en qué consiste la subsidiariedad o residualidad de la Acción de Tutela.

*"Artículo 86. Acción de Tutela. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.*

*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.*



En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

*La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o con respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."(Subrayado fuera del texto original)*

De la lectura del artículo en cita, se entiende que la subsidiariedad de la Acción de Tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta judicial para la defensa de sus Derechos Constitucionales Fundamentales.

Atendiendo los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, se reafirma lo plasmado en la Carta Fundamental, como lo deja entrever este fragmento:

*"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 -jurisdiccionales y administrativas- 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.** (Subrayas fuera del texto original)<sup>2</sup>"*

En ese sentido, las personas deben buscar la efectividad y protección de los Derechos Fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello, y en el caso que no existan dichos mecanismos es ahí cuando se debe acudir ante el Juez de Tutela, para exigir la protección de sus derechos.

Sin menoscabo de lo anterior, es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad en la Acción de Tutela, esto es cuando: i-. El interesado no

<sup>2</sup> Sentencia SU-037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.



cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; **ii-**. Teniendo otro medio judicial éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y, **iii-**. En los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela.

Cuando el Accionante se encuentra en cualquiera de las situaciones arriba descritas puede acudir, sin ningún reparo, ante el Juez de Tutela, sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección, restablecimiento y materialización del derecho conculcado sobre el carácter subsidiario de la Acción de Tutela.

### **4.3 INMEDIATEZ.**

La inmediatez constituye uno de los requisitos de procedencia de la acción de tutela; ya que si bien la norma constitucional señala que la misma se puede instaurar en cualquier momento, es decir no tiene término de caducidad; la jurisprudencia constitucional ha señalado, que debe entenderse que el ejercicio de la acción debe hacerse dentro de un término razonable y oportuno, contado a partir del momento de la ocurrencia de los hechos vulneradores; tal exigencia se hace por un lado, teniendo en cuenta la finalidad de la acción, que es la de conjurar situaciones urgentes que requieren la intervención oportuna del juez constitucional, y por otro, por la necesidad de no afectar la certeza y estabilidad de los actos o decisiones, que no habiendo sido controvertidos judicialmente por los mecanismos ordinarios, se puedan ver expuesto por largo tiempo a controversias judiciales por vía de tutela. Sobre este tema la Corte Constitucional ha manifestado<sup>3</sup>:

*"... Esta Corporación ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse "en todo momento" porque no tiene término de caducidad[34]. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido "una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales"[35].*

*Lo anterior ocurre porque se trata de un mecanismo judicial que tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes, que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando la acción se presenta mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante.*

*21. Este requisito de procedencia tiene por objeto no afectar la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presumen sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas."*

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 038 de 2017 MP. Dra Gloria Stella Ortiz Delgado.





## 5. CASO CONCRETO

### 5.1. Hechos probados

Revisada la demanda y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Obra en el expediente copia de Resolución GNR 333816 de 3 de diciembre de 2013 (Fls. 6-10)
- Obra en el expediente copia de Resolución GNR 308985 de 18 de octubre de 2016 (Fls. 11-13)

### 5.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

El señor AUGUSTO CARLOS EMILIANI BARRIOS, presentó acción de tutela contra La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES, pretendiendo que se le amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, la tercera edad, salud por conexidad a la vida.

Para la protección de sus derechos solicitó se le ordene al señor Gerente Nacional de Reconocimientos- Colpensiones, o a quien corresponda, restablecer la pensión de vejez a su favor, dejando sin efectos la Resolución No. GNR 308985 del 18 de octubre del 2016.

El A quo declaró improcedente la tutela considerando que el accionante cuenta con otros medios de defensa judiciales para la protección de los derechos invocados; el accionado no demuestra la existencia de un perjuicio irremediable, por tanto le correspondería al juez laboral y no al juez de tutela; además consideró que la acción no cumple con el requisito de la inmediatez, al no ser presentada dentro de un término razonable.

A su turno el accionante impugnó el fallo de primera instancia, señalando que se funda en consideraciones inexactas y no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial, así como los hechos probados y el objeto de la impugnación.

Como se precisó en el marco normativo y jurisprudencial, uno de los requisitos que debe reunir la acción de tutela es el de la inmediatez; el cual emana de la necesidad de proporcionar certeza y seguridad jurídica respecto de los actos y decisiones presuntamente vulneradores de derechos fundamentales; y así mismo de la urgencia en la protección del derecho, que demande la intervención inmediata del juez constitucional. Así las cosas, si bien no existe término de caducidad para formular la acción de tutela, si es necesario que



la misma se interponga en un término razonable y oportuno; razonabilidad que se debe valorar en cada caso, teniendo en cuenta la urgencia en la protección del derecho. En este orden, cuando entre la ocurrencia de los hechos vulneradores y la interposición de la acción transcurre largo tiempo, se desvirtúa la urgencia y se torna improcedente la acción; a menos que exista un motivo válido que justifique la inactividad, que esa inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial del derecho fundamental y que exista un nexo de causalidad entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración del derecho; situaciones que en el sub iudice no se encuentran acreditadas. Así las cosas, en el sub examine se advierte que la Resolución No. GNR 308985 del 18 de octubre del 2016, y notificada el día uno (1) de diciembre del dos mil dieciséis (2016), considerada como vulneradora de los derechos deprecados, fue expedida en la fecha antes anotada, sin embargo la solicitud de amparo se presentó el 27 de junio del 2018, es decir un año y seis meses después, lo que a juicio de la Sala diluye la urgencia en la protección del derecho y por ende torna improcedente la acción al incumplirse el requisito de la inmediatez.

Por otro lado considera esta magistratura, también incumplido el requisito de la subsidiariedad; teniendo en cuenta que la procedencia de esta acción está condicionada a la inexistencia de otros medios ordinarios para la protección del derecho; o de existir dichos medios los mismos resulten ineficaces; así mismo cuando sea necesario para impedir que se configure un perjuicio irremediable. En este sentido, en el asunto objeto de estudio, frente a la decisión de la accionada de reducir el monto de la pensión del actor, contenida en la aludida resolución, el afectado dispone de otros medios ordinarios para discutir la legalidad de la mentada decisión; cual puede ser la vía laboral ordinaria; no acreditando que dicha vía resulte inadecuada para la protección de sus derechos, como tampoco la configuración de un perjuicio irremediable, que haga excepcionalmente procedente la acción de amparo constitucional. Por las anteriores consideraciones, la Sala comparte la decisión tomada por el A quo y en consecuencia confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **VI.- FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de fecha dieciséis (16) de julio de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declara improcedente la solicitud de Tutela del señor AUGUSTO CARLOS EMILIANI BARRIOS de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COMUNÍQUESE** la presente providencia al Juzgado de origen y, por secretaría



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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° \_\_\_\_.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

  
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

  
JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

