

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 016

Santiago de Cali, febrero 03 de dos mil diecisiete (2017).

Acción	Tutela
Radicación	76-001-33 33-005-2017-00015-00
Actor	OCTAVIO MALES
Accionado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

El Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de jurisdicción constitucional, decide la acción de tutela instaurada por el señor OCTAVIO MALES, quien actúa en nombre propio, en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política.

La solicitud de amparo se basó en los siguientes,

1. HECHOS

1.1.- Expone el accionante que el 09 de septiembre de 2013, radicó una solicitud de inclusión en nómina del incremento pensional del 14% por cónyuge a su cargo, ante COLPENSIONES en Cali a la cual le asignaron el número de radicado 2013-6378370.

1.2.- Aduce que COLPENSIONES por medio de la resolución No. GNR 39547 19 FEB 2015 le reconoció dicha solicitud a partir de marzo de 2015 pero sin cancelarse los meses comprendidos entre septiembre de 2012 fecha hasta la cual fue aprobada la liquidación del crédito por el Juzgado 06 municipal de pequeñas causas y febrero de 2015 fecha anterior a la inclusión en nómina por parte del COLPENSIONES

1.3.- Manifiesta que en agosto 4 de 2016, radicó por segunda vez una solicitud ante COLPENSIONES, derecho de petición al cual le asignaron el radicado No. 2016-8922777, para que me le cancelaran los dineros generados por la inclusión en nómina pensional del 14 % por cónyuge a cargo de los 29 meses comprendidos ente septiembre de 2012 Y febrero de 2015.

1.4.- Mediante resolución No. GNR 324857 del 31 de Octubre de 2016, COLPENSIONES, niega el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales generados sobre mesadas adicionales de la pensión de Vejez. Basados en que mediante Acto Administrativo No. GNR 39547 de febrero de 2015 COLPENSIONES otorgó un pago único, que se realizara con cada mesada a partir del mes de marzo de 2015. Pero no explicó porque no son cancelados los meses comprendidos entre septiembre de 2012 y febrero de 2015.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

Estima que la omisión a su solicitud, se vulnera los de derechos fundamentales consagrados en el artículo 23 de la Constitución Política De Colombia, en concordancia con el artículo 5 y S.S. del Código Contencioso Administrativo “sic”.

3. PRETENSIONES

Solicita lo siguiente:

Que se ordene a la entidad accionada, se sirva ordenar el pago de 29 meses que se le adeudan a causas del periodo pendiente por inclusión en nómina del 14% por cónyuge a cargo comprendido entre septiembre de 2012 y febrero de 2015.

4. SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: El señor OCTAVIO MALES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.105.566.

Entidad Accionada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

5. TRÁMITE PROCESAL

Mediante demanda recibida con fecha enero 23 del año en curso, se recibió en la Secretaría del Despacho la presente acción de tutela, fecha en la que por auto interlocutorio No. 043, se avocó su conocimiento y se dispuso correr traslado de la misma al ente accionado, por el término de dos días, para que ejerciera el derecho de defensa y contradicción, si a bien lo tuviere. Las notificaciones respectivas se produjeron mediante oficios visibles a folios 17 a 19 del expediente.

6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- contestó la presente acción resaltando que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º 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.

Informa que mediante oficio GNR NO. 324857 de fecha 31 de octubre de 2016, la solicitud realizada por el accionante sobre pago de retroactivo fue resuelta, por lo tanto si el accionante presenta desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

Infiere que no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis de fondo sobre pago de incapacidades (*sic*), además en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario a través de los mecanismos legales establecidos para ello.

Solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

7. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

7.1. Competencia

Este Despacho judicial es competente para conocer de la presente acción de Tutela, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con artículo 1º numeral 1º inciso 3º del Decreto 1382 de 2000.

7.2. Acción de tutela – Marco general

La tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por

medio de la cual es posible ejercer el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales 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 el amparo 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 irremediable¹.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria² y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela 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.

7.3. Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela:

Ahora bien, los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres:

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

7.3.1 Que se esté ante la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en este evento en los casos señalados en la Ley.

7.3.2. Es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y,

7.3.3. Que en caso que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

8. Problema Jurídico

Corresponde a éste estrado judicial, determinar si la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, está conculcando los derechos invocados por el señor OCTAVIO MALES, al no ordenar el pago del incremento del 14% de su pensión por cónyuge a cargo en cumplimiento de un fallo judicial proferido en su favor.

Para poder definir lo anterior, se hará referencia a:

8.1.- Procedibilidad de la acción de tutela cuando exista otro mecanismo de defensa.

8.2.- Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el cumplimiento de fallos judiciales. Por último, se analizará el caso en concreto.

9. Procedibilidad de la acción de tutela cuando exista otro mecanismo de defensa.

La Corte ha manifestado que debe realizarse un estudio estricto del principio de subsidiariedad, en razón al carácter residual que enviste a este tipo de acciones constitucionales, tal argumentación, es expuesta en los siguientes términos³:

“(...) La procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, “comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente (...)”.

De igual forma, a través de la sentencia T-205 del año 2012, con ponencia del Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO, la Corte manifestó:

“(...) La Corte Constitucional ha indicado que, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de

³ Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

tutela, el afectado sólo podrá acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial para la protección del derecho invocado, ya que debe entenderse que esta acción constitucional no puede entrar a sustituir los recursos o medios ordinarios previstos por el legislador para el amparo de un derecho. Sin embargo, también ha dicho que esta regla tiene dos excepciones que se presentan cuando la acción de tutela es: (i) interpuesta como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable o (ii) como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa judicial este no es idóneo ni eficaz para la defensa de los derechos fundamentales conculcados o amenazados (...)"

De lo anterior se colige, que quien acuda a la acción de tutela no puede tener otro mecanismo para acceder a lo pretendido, pues tornaría improcedente su actuar, por cuanto este tipo de acciones son de carácter residual y subsidiario, no obstante, la acción será procedente si el actor acredita haberla interpuesto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como mecanismo principal cuando existiendo otro medio de defensa, este sea ineficaz para proteger los derechos fundamentales conculcados.

9.1.-Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el cumplimiento de fallos judiciales.

De otro lado, de cara a la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el cumplimiento de fallos judiciales, la Corte Constitucional en la sentencia T-441 de 2013⁴ sentó el siguiente criterio:

"(...) Al respecto, esta Corporación ha establecido que la acción de tutela por ser un mecanismo subsidiario, solo es procedente cuando se han agotado los medios ordinarios que la persona tenga a su alcance. En el caso de las sentencias judiciales que ordenan el pago y reconocimiento de una mesada pensional, la norma prevé el proceso ejecutivo. Conforme a la jurisprudencia, la procedencia o no de la acción de tutela para efectos del cumplimiento de una providencia judicial, resulta en todo caso excepcional. Así pues, cuando se trata de una obligación de hacer, ha señalado que es factible acudir al mecanismo de amparo para lograr tal propósito, dado que los medios ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico no siempre resultan idóneos para lograr tal propósito.

Contrario a lo anterior, ha expresado que la acción de tutela resulta improcedente cuando se trata del cumplimiento de obligaciones de dar, teniendo en cuenta que para ello la ley estipula el proceso ejecutivo, aduciendo además que la finalidad del recurso de amparo se enmarca en su carácter subsidiario y no puede entrar a sustituir los medios ordinarios para lograr la efectiva protección de un derecho fundamental.

No obstante, esta regla no es absoluta. En algunos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha indicado que cuando está de por medio la afectación de otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad física y moral es procedente que mediante este mecanismo residual y subsidiario se ordene que el derecho debidamente reconocido se ejecute, lo que se traduce en la inclusión nómina a quien se le reconoció el estatus de pensionado. (...)."

Según lo dispuesto por el máximo tribunal en lo constitucional, la acción de tutela procede de manera excepcional para hacer cumplir una sentencia judicial que contenga obligaciones de hacer, siendo más restringido su ejercicio en tratándose del cumplimiento de sentencias de las que se desprendan obligaciones de dar. En este último caso, procede cuando están comprometidos derechos y principios

⁴ M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, sentencia T-441 de 11 de julio de 2013

fundamentales como la vida, la integridad humana y la integridad física y moral de la persona en favor de quien se dictó la sentencia, y, además, el mecanismo judicial dispuesto no sea lo suficientemente eficaz.

10.- Caso concreto

Descendiendo al estudio del caso concreto, se tiene que el accionante, señor OCTAVIO MALES, solicitó a COLPENSIONES incluir en su nómina el incremento de la mesada pensional del 14% por cónyuge a cargo correspondiente al periodo septiembre de 2012 a febrero de 2015; derecho que según manifestación del accionante fue reconocido mediante sentencia No. 850 de octubre 28 de 2011, proferida por el Juzgado Sexto Municipal de Pequeñas Causas Laboral de Cali, sin que a la fecha se le haya efectuado el mismo.

Considera el actor, que por la omisión en comento, COLPENSIONES está conculcando sus derechos fundamentales, por lo que solicita que se tutele el mismo.

Sobre el particular COLPENSIONES manifiesta que mediante oficio GNR No. 324857 de fecha 31 de octubre de 2016, le dio respuesta a la solicitud del accionante sobre pago de retroactivo, agrega que si el accionante está desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial que en presente caso es el juez ordinario competente para conocer del caso.

De acuerdo con los anteriores supuestos fácticos y jurisprudenciales, procede el despacho a resolver el problema jurídico planteado, considerando para ello que la presente acción se torna improcedente para estudiar de fondo la solicitud de ordenar el pago del incremento solicitado por el actor, pues en efecto, lo cierto es que no acreditó haber desplegado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos, pues en efecto no agotó los recursos que tenía y los cuales le brindo la Entidad accionada para manifestar su inconformidad con la decisión, sino que pretende que en sede de tutela se le reconozca.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que la naturaleza de la tutela como mecanismo subsidiario exige que se adelanten las acciones judiciales o administrativas alternativas, y que por lo tanto, no se pretenda instituir a la acción de tutela como el medio principal e idóneo para la reclamación de

prestaciones sociales. La Corte ha determinado que no es una elección del accionante acudir al mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico o interponer la acción de tutela, si así lo prefiere. De ser así, la acción de tutela respondería a un carácter opcional y no subsidiario como el que le es propio⁵.

Por otra parte en lo referente al derecho fundamental al mínimo vital, el Despacho considera que no se acreditó su afectación, toda vez que el actor está recibiendo su mesada pensional de base y lo único que tiene pendiente por recibir es el incremento en cuestión; razón por la cual, no se reúnen los requisitos jurisprudenciales para ordenar excepcionalmente vía tutela el cumplimiento de sentencias judiciales, por tanto se rechazará por improcedente la solicitud en este aspecto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: RECHAZAR por improcedente la acción de tutela, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, **REMITIR** a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.