



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Diecinueve (19) de Enero de dos mil Veintiuno
(2021)

Rad: 20001 22 14 003 2020 00267 00 Acción de tutela de primera instancia promovida por **ELIA TOMASA FRAGOZO DE RODRIGUEZ** en su calidad de madre del señor **NORBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**. Derechos fundamentales al debido proceso, a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital de subsistencias móvil y de su familia.

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver la lo que en derecho corresponda en la presente Acción de Tutela de primera instancia impetrada por ELIA TOMASA FRAGOZO DE RODRIGUEZ en su calidad de madre del señor NORBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

HECHOS:

Como sustento fáctico de la acción constitucional, la accionante manifiesta en síntesis lo siguiente:

Es una persona de 81 años de edad, se encuentra en un estado de indefensión económica, su esposo, RAFAEL FRANCISCO RODRIGUEZ MENDOZA, acaba de fallecer de COVID, ambos vivían con su hijo NORBERTO RODRIGUEZ FRAGOZO, dependiendo económicamente de él, está enferma, presentando un estado de indefensión así como sus nietos, ya que Colpensiones de forma ilegal revocó la pensión de su hijo, están pasando una necesidad precaria, deben servicios públicos, arriendo, educación, salud, medicamento, ahora en diciembre no tienen ingresos para la ropa de los niños,

Su hijo accionó un requerimiento de cumplimiento manifestando al Señor Presidente de Colpensiones según la resolución GNR 291 DEL 4 de Enero de 2016, le reconoció una pensión de invalidez, por valor de \$1.888.797 a partir de 17 de julio del 2015, así mismo según la resolución VPB 10024 del 01 de Marzo de 2016, la Administradora confirmo su pensión de invalidez, y con la resolución No SUB 18366 del 22 de enero de 2020, le revoco la pensión de invalidez, de forma unilateral.

Colpensiones expidió la resolución No SUB 18366 del 22 de enero de 2020, y le revoco la pensión de invalidez, alegando que hizo fraude, donde la revocatoria es ilegal, ocasionándole a ella y a su familia un perjuicio irremediable, debido que era la única

entrada tienen, además, no tiene seguridad social, al igual que su familia, están pasando trabajos, cada día su salud se viene desmejorando, no tiene dinero para comprar medicina, hacerle los analice, donde la patología por la contaminación ambiental a la salud, cuando su hijo padece varias patologías (TUMOR EN LA TROMPA DE EUSTAQUIO, PERDIDA DE OIDO DERECHO, RESEQUEDAD EN GARGANTA, PLOBLEMA DE VISIÓN, ENTRES OTRAS, manifiesto que su nuera Nelvis Cecilia Quintero astidas y sus nietos LUIS RAFAEL Y SARA MARÍA RODRÍGUEZ QUINTERO, menores de edad, dependen efectiva y económicamente de su hijo, ya que es la única fuente de ingreso que tenemos en la familia.

DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS:

La parte actora considera que con los anteriores hechos se ha vulnerado el derecho fundamental al debido proceso administrativo, a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital de subsistencias móvil y de su familia.

PRETENSIONES:

Solicita la accionante, la protección a los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital de subsistencias móvil y de su familia.

En consecuencia, se ordene a Colpensiones a devolver la pensión y se excluya del proceso penal, debido que el bajo ninguna circunstancia se encontraba involucrado en fraude procesal, y la pensión de invalidez se la ganó, fue porque está enfermo y sigue enfermo.

Se ordene a la fiscalía 12 seccionar de Valledupar RADICADO No SPOA 200016008792201600014, para que presente la prueba que existe en contra de su hijo NORBERTO RODRIGUEZ FRAGOZO, y aplique la presunción de inocencia, debido proceso administrativo, principio de proporcionalidad y razonabilidad, buena fe, confianza legítima y acto propio.

Se ordene a Colpensiones envié copia del acto administrativo por medio de la cual revoca la mesada pensional, así mismo se investigue la conducta penal y disciplinaria contra los directores de Colpensiones.

Prevenir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para que en lo sucesivo se abstengan de incurrir en los mismos hechos que dieron origen a la presente acción de tutela.

PRUEBAS:

PARTE ACCIONANTE:

- 1.- Requerimiento de cumplimiento.
- 2.- Respuesta del requerimiento.
- 3.- Declaración de extra juicios, registros civiles.
- 4.- Fotocopias de las cédulas.

5.- Historias clínicas.

6.- Resoluciones

PARTE ACCIONADA:

COLPENSIONES:

1.- Oficio de notificación del fallo de Primera instancia de fecha 26 de Mayo de 2020.

2.- Sentencia de fecha de 22 de julio de 2020, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira.

3.- Investigación administrativa.

4.- Acta individual de reparto (Demanda de Nulidad y restablecimiento del derecho).

5.- Tutela al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar.

TRÁMITE PROCESAL

Con proveído de 15 de Diciembre de 2020, este Despacho Judicial admitió la acción de tutela, corriendo de ella traslado a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y se le concedió el término de dos (2) días, para que rindiera un informe sobre los hechos relatados en la acción presentada.

CONTESTACIÓN DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES:

Alega, que la señora ELIA TOMASA FRAGOZO DE RODRIGUEZ no se encuentra legitimada por activa para solicitar el amparo de unos derechos fundamentales que son propios del señor NOLBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, por ende, FRAGOZO DE RODRIGUEZ no es el titular del derecho presuntamente vulnerado y no tiene legitimidad para emprender la acción de tutela, que conforme al artículo 86 de la Constitución, solo puede hacerlo directamente el afectado, es decir, el señor NOLBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO.

Aduce, que se han presentado varias tutelas guardando identidad de las partes, hechos, pretensiones, sin justificación para la presentación de la nueva tutela. El origen de todas éstas, ha sido la solicitud de reactivación de la pensión de invalidez del señor NOLBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, como consecuencia de la revocatoria de dicha prestación en virtud a la investigación administrativa No. 451-19 a través de la cual Colpensiones concluyó que dicha prestación había sido obtenida a través de maniobras irregulares.

Indica, que la primera tutela, fue interpuesta en el año 2020, mediante auto de 11 de mayo de 2020, el Despacho admitió la acción de tutela instaurada por el señor NOLBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, solicitó el amparo constitucional de sus derechos fundamentales, y como consecuencia de ello rogó al juez

constitucional se ordenara a Colpensiones al restablecimiento del pago de la pensión de invalidez hasta que existiera una sentencia debidamente ejecutoriada de la jurisdicción penal que demostrara la culpabilidad de los tipos penales endilgados respecto a las maniobras espurias que llevaron al reconocimiento su pensión, El 22 de mayo de 2020, emitió fallo a favor de Colpensiones en los siguientes términos: "PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE, el amparo solicitado por el señor NOLBERTO RODRIGUEZ FRAGOZO dentro de la tutela de la referencia en contra de COLPENSIONES. Brindándole como salida al actor que acuda a demandar el acto administrativo, y sentencia fue impugnada por la parte accionante, es por ello que, la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior de Riohacha a través de la sentencia de 22 de julio de 2020, confirmó integralmente el fallo de primer grado.

Manifiesta, que la segunda tutela, fue interpuesta de manera simultánea a la presente acción de tutela, pero con la diferencia que dicha tutela fue incoada en nombre del señor NOLBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, sin embargo los elementos facticos y jurídicos guardan identidad. Mediante auto de 14 de diciembre de 2020, el Despacho admitió la acción de tutela instaurada por el señor NOLBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO quien, esta vez a nombre propio, solicitó el amparo constitucional de sus derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones reactivar el pago de pensión de invalidez y se suspenda el proceso penal que se encuentra en curso en virtud al principio de la presunción de inocencia.

Alega, que mediante Resolución GNR 291 del 4 de enero de 2016, la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES reconoció una Pensión de Invalidez en favor del señor RODRIGUEZ FRAGOZO NOLBERTO FRANCISCO, identificado con CC No. 17,972,662, en cuantía inicial de \$1,888,797 a partir del 17 de julio del 2015, teniendo en cuenta 517 semanas cotizadas, un IBL de \$4.197.326, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 45% de conformidad con lo dispuesto en la Ley 860 de 2003. Así mismo, mediante Resolución VPB 10024 del 01 de marzo de 2016, se desato un recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 291 del 4 de enero de 2016, en el sentido de confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución GNR 291 del 4 de enero de 2016, conforme al recurso presentado por el señor RODRIGUEZ FRAGOZO NOLBERTO FRANCISCO. Igualmente, por medio de Resolución SUB 18366 del 22 de enero de 2020, se revocó la resolución GNR 291 del 4 de enero de 2016 mediante la cual se reconoció una pensión de invalidez a favor del señor RODRIGUEZ FRAGOZO NOLBERTO FRANCISCO, identificado con CC No. 17,972,662; y la Resolución VPB 10024 del 01 de marzo de 2016 mediante la cual se resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 291 del 4 de enero de 2016, en el sentido de confirmar en todas y cada una de sus partes el acto administrativo recurrido, con base en el Auto de Cierre No. 2012 del 28 de noviembre de 2019, proferido dentro de la Investigación Administrativa Especial No. 451-19, llevada a cabo por la Gerencia de Prevención del Fraude facultada por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011 y la resolución 555 de 2015. En el mismo sentido, mediante Resolución SUB 31768 del 03 de febrero de 2020 Colpensiones informa que el valor girado a favor del señor RODRIGUEZ FRAGOZO NOLBERTO FRANCISCO, identificado con CC No. 17,972,662 a título de mesadas, retroactivo, aportes a salud y/o fondo de solidaridad pensional, con ocasión del reconocimiento de

la Pensión de Invalidez, asciende a la suma de CIENTO VENTI SIETE MILLONES CIENTO SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$127.166.357), respecto del periodo comprendido entre el día 17 de julio de 2015 al día 31 de enero de 2020. Que la Resolución SUB 18366 del 22 de enero de 2020 se notificó el día 27 de febrero de 2020, y el Doctor (a) PEREZ CANTILLO JOSE MANUEL en escrito presentado el 5 de marzo de 2020, radicado bajo el número 2020_3152067, interpuso recurso de Reposición y en subsidio de APELACION, previas las formalidades legales señaladas en el C.P.A.C.A.

Argumenta, que de conformidad con la Investigación Administrativa Especial No. 451-19 adelantada por la Gerencia de Prevención del Fraude, se concluye que el reconocimiento de la Pensión de invalidez a favor del señor RODRIGUEZ FRAGOZO NOLBERTO FRANCISCO, identificado con CC No. 17,972,662, se realizó bajo una situación indebida, con fundamento en información incluida de forma irregular, de manera que se cumplen los presupuestos exigidos por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011 para modificar y/o revocar el acto administrativo sin consentimiento del particular que se benefició de la irregularidad, de conformidad con el procedimiento administrativo previsto en la Resolución Colpensiones N° 555 del 2015.

Concluyen, que el caso objeto de estudio se encuentra frente a un hecho de presunto fraude en el reconocimiento de la Pensión de invalidez a favor del señor NOLBERTO FRANCISCO RODRÍGUEZ FRAGOZO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.972.662; toda vez que dicho trámite de reconocimiento y obtención de la prestación económica, se realizó a partir de información no verídica y no se ajustó a la realidad médica del ciudadano en comento, induciendo con ello a la entidad, a proceder con el reconocimiento de una prestación económica que no debió tener lugar.

Indican, que la revocatoria directa de la Resolución GNR 291 del 4 de enero de 2016, efectuada por Colpensiones mediante la SUB 18366 del 22 de enero de 2020 no requería del consentimiento del señor NOLBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO toda vez que la misma se fundamentó en una investigación administrativa en donde se constató que el reconocimiento se había basado en maniobras fraudulentas. Concluyéndose, que la revocatoria unilateral del acto GNR 291 del 4 de enero de 2016, que reconoció la Pensión de invalidez del accionante, no requería de su consentimiento expreso toda vez que su constitución deviene de actos ilegales tipificados por la ley penal y por lo tanto no llevó a la amenaza a vulneración de ningún derecho fundamental.

En virtud de lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta

acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: 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, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

LEGITIMACION ACTIVA

La accionante ELIA TOMASA FRAGOZO DE RODRIGUEZ en su calidad de madre del señor NORBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, impetra acción de tutela, teniendo como objetivo que constitucionalmente a través del presente mecanismo, le salvaguarden los derechos fundamentales constitucionales vulnerados, puesto que hasta a la fecha le suspendieron la mesada pensional.

A través de los hechos de la acción de tutela y la contestación brindada por la entidad accionada, se percibe que la señora Elia Tomasa, está agenciado derechos en el presente asunto, actuando en nombre de su hijo, sin embargo, no indicó cual es el impedimento que tiene el señor RODRIGUEZ FRAGOZO, para para presentar la presente acción, por cuanto las afirmaciones acreditadas el agenciado ha promovido su defensa en otras acciones de tutelas en nombre propio.

En conclusión, la hoy accionante no se encuentra legitimada en el presente para agenciar derechos que son propios de su hijo NORBERTO RODRIGUEZ, el cual no se encuentra acreditado que no pueda promover su propia defensa en el presente asunto.

LEGITIMACIÓN PASIVA:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, está legitimado por parte pasiva, por ser la entidad que promovió el trámite administrativo y revocó el acto administrativo.

INMEDIATEZ Y SUFSIDIARIDAD:

Con respecto a este presupuesto considera esta agencia judicial que el mismo se cumple puesto que y la presente acción de tutela se impetró el 03 de diciembre del hogaño, siendo oportuna y razonable la reclamación del derecho violentado.

Frente a la subsidiaridad se percibe que la hoy accionante tiene otro mecanismo inmediato para proteger y cesar el derecho transgredido, por ende, se puede concluir que éste instrumento constitucional no es el idóneo para la protección de los derechos fundamentales, máxime cuando ni siquiera se agotó los recursos contra el acto administrativo que revocó la pensión de invalidez.

PROBLEMA JURIDICO:

En el presente asunto, surgen tres problemas jurídicos a resolver:

- 1.- El primero, si la señora ELIA TOMASA FRAGOZO DE RODRIGUEZ, se encuentra legitimada en causa activa para agenciar los derechos de su hijo NORBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO?
- 2.- El segundo, radica si es viable estudiar de fondo el presente asunto cuando la entidad accionada acreditó que NORBERTO RODRIGUEZ, antes de la presente acción, ha interpuesto tutelas las cuales han sido desfavorables?
3. El tercer problema radica, si es loable resolver la presente acción, cuando la parte actora no agotó de defensa que tenía a su

**Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela
Sentencia T-218/18:**

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política constituye un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o incluso de los particulares, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Conforme al mandato constitucional, este mecanismo privilegiado de protección debe cumplir con los requisitos de **legitimación en la causa**, que evalúa tanto la capacidad del accionante, como la del accionado, para acudir legítimamente al debate que tendrá lugar en el trámite de tutela; de **subsidiariedad**, en razón a que solo procede cuando se han agotado todos los medios de defensa por las vías judiciales ordinarias antes de acudir al juez de tutela, o cuando no existe medio judicial legalmente previsto para debatir el caso concreto; y de **inmediatez**, que exige que su interposición sea oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados.

La legitimación en la causa es una calidad subjetiva de las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, por tanto es un presupuesto de la sentencia de fondo porque otorga a las partes el derecho a que el juez se pronuncie sobre el mérito de las pretensiones del actor y las razones de oposición del demandado.

La legitimación en la causa presenta dos facetas, de un lado se encuentra la "**legitimación activa**", desarrollada por el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, según la cual se podrá acudir al mecanismo de tutela, así: (i) por ejercicio directo, es decir, quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) **por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo**; y (iv) por medio de agente oficioso. Del otro lado, se encuentra la "**legitimación pasiva**", desarrollada por los artículos 5° y 13 del Decreto 2591 de 1991, la cual exige que la persona natural o jurídica a quien se demanda en vía de tutela, sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar los derechos fundamentales.

Con respecto al agente oficioso la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente en Sentencia T-248/10:

Requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que proceda la agencia oficiosa.

"El inciso 2° del artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, señala que se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, situación que *"deberá manifestarse en la solicitud"* respectiva.

En esos términos, la Corte ha señalado que, en principio, los elementos de tal agencia en materia de tutela son: i) la necesidad de que el agente oficioso indique que está actuando como tal, y ii) que el titular de los derechos invocados no se encuentre en condición de actuar por sí mismo.

Así, el juez está en la obligación de respetar la autonomía personal de quien ha de acudir en defensa de sus propios derechos; no puede ser automático que alguien actúe a nombre del que puede valerse por sí mismo, pues podría suscitarse un desplazamiento abusivo de alguien que no esté de acuerdo con la presentación de la demanda, así presuntamente sea de su interés.

Así se ha manifestado esta corporación:

"... la exigencia de la legitimidad por activa no es un capricho del legislador, por el contrario, obedece al mismo reconocimiento dado por el constituyente primario a la dignidad, la cual según jurisprudencia de esta corporación, se logra con el pleno ejercicio de la libertad individual, y se define en la posibilidad de elegir el propio destino. No obstante, las buenas intenciones de terceros, quien decide la puesta en marcha de los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona idónea para hacerlo."

Es decir, para que proceda la agencia oficiosa ha de expresarse que se actúa en tal gestión y que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, sea por circunstancias físicas, como una enfermedad incapacitante, o por razones síquicas, o ante un estado de indefensión. En todo caso, cuando tal circunstancia ocurra, deberá acreditarse en la respectiva solicitud.

En sentencia T-573 de junio 4 de 2008 (M. P Humberto Antonio Sierra Porto), se recordó:

"... la Corte ha flexibilizado su posición en torno a la necesidad de manifestar expresamente que se actúa como agente oficial (sic) y de enunciar las razones por las cuales el titular del derecho no puede ejercer la acción por sí mismo y, ha dispuesto que en aquellos casos en los que por razones físicas, mentales y síquicas, éste no pueda actuar por sí mismo y no se ponga de presente ese hecho así como, el de actuar como agente oficioso, el juez de tutela tiene el deber de identificar las razones y los motivos que conducen al actor a impetrar la acción en nombre de otro.

Así en sentencia T-1012 de 1999, la Corte aclaró: '(...) son dos los requisitos exigidos para la prosperidad de la agencia oficiosa: la manifestación de que se actúa como agente oficioso de otra persona y, la imposibilidad de ésta de promover directamente la acción constitucional. ¿Pero qué sucede si en el escrito de tutela no se manifiesta en forma expresa que se están agenciando derechos de personas que se encuentran imposibilitadas para acudir a un proceso que afecta sus derechos, circunstancia ésta que se encuentra debidamente acreditada en el caso sub examine, pero, del contenido mismo de la demanda de tutela, se concluye que se actúa en nombre de otro?

En este orden de ideas, le corresponde al juez constitucional valorar las circunstancias del caso y determinar si es procedente o no la acción de tutela cuando no es el titular del derecho quien la ejerce sino un tercero determinado o indeterminado en su nombre, más aún cuando se trata de personas enfermas de la

tercera edad. En esos casos, la realidad debe primar sobre las formas y, el juez de tutela debe propender por garantizar los derechos de ese grupo poblacional que se encuentra en una 'debilidad manifiesta', pues tal como lo ha expresado esta Corte, la figura de la agencia oficiosa 'es suficientemente comprensiva y guarda relación con hechos de cualquier naturaleza o con situaciones que imposibilitan la comparecencia directa del interesado'; razón por la que, 'no puede elaborarse de antemano una lista de circunstancias justificantes de la forma en que se ha llegado a los estrados. Empero, en el marco normativo encajan todas las eventualidades que limitan a quien se considera afectado para acudir ante el juez'."

En conclusión a lo expresado, corresponde al juez de tutela analizar y determinar si una persona está legitimada para que mediante la acción de tutela actúe en agencia de derechos de un tercero. Dicho análisis debe hacerse siempre atendiendo las situaciones particulares del caso e identificando fehacientemente la imposibilidad del agenciado para interponer la acción, y sin desconocer derechos personales".

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y COSA JUZGADA ORDINARIA - SENTENCIA SU1219/01:

Admitir que los fallos de tutela definitivamente decididos o excluidos para revisión sean luego objeto de una nueva acción de tutela, sería como instituir un recurso adicional ante la Corte Constitucional para la insistencia en la revisión de un proceso de tutela ya concluido, lo cual es contrario a la Constitución (art. 86 C.P.), a la ley (art. 33 del Decreto 2591 de 1991) y a las normas reglamentarias en la materia (arts. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional). Las Salas de Selección de la Corte Constitucional, salvo sus facultades legales y reglamentarias, no tienen la facultad de seleccionar lo que ya ha sido excluido de selección para revisión ni una acción de tutela contra uno de sus fallos de tutela. Esto por una poderosa razón. Decidido un caso por la Corte Constitucional o terminado el proceso de selección para revisión y precluido el lapso establecido para insistir en la selección de un proceso de tutela para revisión (art. 33 del Decreto 2591 de 1991 y art. 49 a 52 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional), opera el fenómeno de la **cosa juzgada constitucional** (art. 243 numeral 1 C.P.). Una vez ha quedado definitivamente en firme una sentencia de tutela por decisión judicial de la Corte Constitucional, no hay lugar a reabrir el debate sobre lo decidido.

A este respecto, es importante distinguir entre el fenómeno de la cosa juzgada en materia ordinaria y el mismo fenómeno en materia constitucional. Mientras que en el primer caso es generalmente admitida la procedencia de la acción de tutela por vías de hecho, en el segundo caso, tratándose de un proceso judicial constitucional, donde se persigue en forma explícita y específica la protección de los derechos fundamentales y la observancia plena del orden constitucional, la oportunidad para alegar la existencia de vías de hecho en los fallos de tutela es hasta la finalización del término de insistencia de los magistrados y del Defensor del Pueblo respecto de las sentencias no seleccionadas. Una vez terminados definitivamente los procedimientos de selección y revisión, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional (art. 243 numeral 1 C.P.), y se torna, entonces, inmutable y definitivamente vinculante.

En el presente caso, la Corte debe decidir si contra una sentencia de tutela procede una nueva acción de tutela basada exclusivamente en el argumento de que al concederla se incurrió en una vía de hecho porque la tutela era desde el principio improcedente. Se observa cómo el cuestionamiento al fallo de tutela versa sobre el juicio de procedencia de la acción como elemento constitutivo e inescindible del fallo. La única

alternativa para manifestar inconformidad con la sentencia de tutela de segunda instancia propiamente dicha que se encuentra en firme, es la intervención de la parte interesada en el proceso de selección para revisión ante la Corte Constitucional, ya que de otra forma se propiciaría una cadena interminable de demandas contra sentencias de tutela, lo que pugna contra la efectividad de este mecanismo de protección constitucional (art. 86 C.P.), contra el principio fundamental dirigido a asegurar el goce efectivo de los derechos y deberes constitucionales (art. 2 C.P.) y contra el principio de la seguridad jurídica.

La tensión entre derechos fundamentales y seguridad jurídica que justifica admitir la acción de tutela por vías de hecho contra sentencias judiciales, se disuelve al impedir la tutela contra fallos de tutela, ya que en este evento la protección de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica no entran en conflicto sino que confluyen hacia un mismo propósito, v.gr. el goce efectivo de los derechos el cual sería tan sólo retórico si un derecho protegido en un fallo de tutela no fuera cierto y estable sino que fuera sometido a la eventualidad de una nueva acción de tutela contra el fallo y a que otro juez lo ampare, así como a que contra ese segundo fallo no sea interpuesta otra acción de tutela. De esta forma, la acción de tutela sería desnaturalizada y se frustraría la función que la Constitución le ha encomendado.

Este tratamiento diferencial según el tipo de sentencia judicial - los fallos de tutela y las demás providencias - se justifica por la especificidad del mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales. Los eventuales errores de los jueces de tutela constitutivos de vías de hecho pueden ser corregidos en el trámite de revisión que se surte por parte de la Corte Constitucional como órgano de cierre del ordenamiento jurídico y garante de la seguridad jurídica. No escapa a la Corte que el trámite de selección de las sentencias de tutela para revisión puede incurrirse en una equivocación al excluir un fallo de tutela que constituye una verdadera vía de hecho y con ello en una afectación de derechos o bienes jurídicamente protegidos. Pero esta posibilidad es ocasional y excepcional. En cambio, de admitirse que contra toda sentencia de tutela puede presentarse una nueva tutela por vías de hecho, la afectación de los derechos fundamentales así como del mecanismo judicial efectivo para su protección sería en la práctica permanente y general, y, por lo tanto, desproporcionadamente mayor. En todo caso el sistema de selección para revisión puede ser susceptible de mejoras tendientes a minimizar la ocurrencia de errores en el estudio de la totalidad de las decisiones de tutela remitidas a la Corte Constitucional. Es por ello que ponderados todos estos factores la Corte arriba a la conclusión que la respuesta que más se ajusta a la Constitución es que no procede la tutela contra sentencias de tutela.

El alcance y los límites a la revocatoria unilateral de actos administrativos que reconocen derechos pensionales - Sentencia SU182/19:

La revocatoria directa es una poderosa prerrogativa que el ordenamiento legal confiere a la administración. Se trata de un mecanismo peculiar de control de legalidad, pues lo ejerce la administración contra sus propias actuaciones, sin la participación del juez; y conlleva a la invalidación de actos en firme, que estaban revestidos de la presunción de legalidad. Esta potestad se torna especialmente compleja cuando opera en detrimento de derechos prestacionales de los cuales venía gozando una persona, pues con ello ocasiona un cambio abrupto en las condiciones materiales de vida.

Del sometimiento del Estado al derecho, se deriva un principio fundamental: la presunción de legalidad de los actos de la administración y su obligatorio acatamiento. El acto administrativo no

solo es la manifestación de la voluntad de la administración en abstracto, sino una "tendiente a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos". La obligación de todos los servidores públicos y demás personas que residan en el territorio nacional es someterse a lo dispuesto en los actos administrativos y, si les corresponde, ejecutarlos. Lo contrario "sería el caos jurídico, la inseguridad jurídica y la ruptura del Estado de derecho".

La presunción de legalidad es la premisa que, en buena medida, hace posible nuestra vida en comunidad y la interacción con las autoridades públicas. Pero la obediencia y el acatamiento del derecho no es el resultado de una fe ciega e ingenua en las formas jurídicas, sino que parte de la confianza en que el ejercicio de la administración está sometido al ordenamiento legal y a los mecanismos de control, uno de los cuales es precisamente el de la revocatoria.

El marco legal de la revocatoria directa:

El antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), regulaba la revocatoria directa en los siguientes términos:

"Artículo 73. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medio ilegales".

De manera que la revocatoria era procedente, sin el consentimiento del particular, frente a actos resultado de maniobras evidentemente ilegales. Adicionalmente, la disposición transcrita remite al artículo 69, que consagra tres causales de revocación adicionales: (i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; (ii) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él; o (iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) supera esta discusión entre el acto ficto y el expreso. Pero también consagra el principio de inmutabilidad de los actos, de manera más amplia y clara que en el antiguo Código; pues ya no reconoce de forma general la posibilidad de revocar unilateralmente actos contrarios a la Constitución o la Ley, sino que obliga a las autoridades a demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo las excepciones legales:

"Artículo 97. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

Parágrafo. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa".

A partir de esta norma, solo en casos excepcionales previstos legalmente, será posible revocar un acto sin el consentimiento del interesado. De lo

contrario, las entidades tendrán que acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (de lesividad) para demandar ante un juez administrativo su propio acto; escenario en el cual también pueden solicitar medidas cautelares para suspender los efectos perjudiciales de un acto que consideren ilegal.

Ahora bien, una de las excepciones a la prohibición de revocatoria unilateral ocurre justamente en el marco del sistema pensional. La Ley 797 de 2003, "por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993", trae la siguiente disposición especial:

"Artículo 19. Revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente. Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes".

Es con base en esta norma especial que Colpensiones ha venido revocando pensiones que considera fueron obtenidas sin el cumplimiento de los requisitos, o a través de maniobras fraudulentas. En la Sentencia C-835 de 2003, la Corte Constitucional aceptó, de manera condicionada, esta competencia. Y siguiendo los criterios fijados por la Corte, Colpensiones profirió la Resolución 555 de 2015, "por la cual se define un procedimiento administrativo para la revocatoria en forma directa total o parcial, de resoluciones por medio de las cuales se reconocen de manera irregular pensiones".

La revocatoria de derechos pensionales en la jurisprudencia del Consejo de Estado:

De acuerdo con el Consejo de Estado, la revocación de los actos administrativos "constituye uno de los temas más difíciles en la doctrina y la jurisprudencia". En vigencia del Código Contencioso Administrativo (CCA), dicha Corporación se inclinó, inicialmente, por la postura según la cual, la administración únicamente podía revocar actos de contenido particular y concreto, sin el consentimiento de su titular, cuando estos tuvieran origen en el silencio administrativo positivo. Esta postura obedecía a una interpretación aislada del artículo 73 del CCA.

Con posterioridad, mediante Sentencia del 16 de julio de 2002, la Sala Plena, en una decisión dividida, modificó su postura. Allí sostuvo que el inciso segundo del artículo 73 del antiguo Código Administrativo consagraba dos supuestos distintos en los cuales se podía revocar actos administrativos de contenido particular y concreto, a saber: (i) cuando el acto era producto del silencio administrativo positivo, y concurriera alguna de las causales previstas en el artículo 69 y (ii) cuando era evidente que ocurrió por medios ilegales.

Este cambio de postura se produjo poco antes de que se promulgara la Ley 797 de 2003, que instituyó una disposición específica en materia pensional. Sin embargo, vale la pena detenernos en dicha providencia, ya que presentó consideraciones generales que serán valiosas para la comprensión de la institución de la revocatoria directa.

Lo primero que hay que destacar es la idea según la cual, lo ilícito no genera derechos. Para el Consejo de Estado, es claro que: "La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún

acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento”.

Segundo, el vicio o irregularidad que motivó el acto administrativo fraudulento debe ser evidente. Se requiere entonces “que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración”. Ello supone, a su vez, la notificación del interesado y la oportunidad de ejercer su defensa, con sujeción a las reglas del debido proceso.

Tercero, la naturaleza jurídica de la revocatoria directa implica que sus efectos solo aplican hacia el futuro (ex nunc). Es por ello que la administración no puede recuperar los dineros girados a través de este mecanismo, sino que tendrá que acudir al juez administrativo, quién sí es competente para retrotraer todas las consecuencias que se derivaron de una actuación irregular, y decidir definitivamente sobre la nulidad de un acto administrativo.

Las consideraciones vertidas en aquel momento por la Sala Plena del Consejo de Estado, en relación con el alcance y razón de ser de la revocatoria directa, han sido reafirmadas bajo el nuevo marco normativo dispuesto por la Ley 797 de 2003. En una providencia más reciente, la Sección Segunda, sostuvo que, en materia pensional:

“Se trata a juicio de la Sala de una actuación administrativa oficiosa, que debe fundarse en motivos serios, objetivos y reales, que le hagan suponer a la administración que el derecho prestacional, de que se trate, ha sido reconocido sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por el legislador para tal efecto, o mediante la utilización de documentos apócrifos que induzcan en error a la entidad de Seguridad Social encargada de reconocer y/o pagar determinada prestación, verbigracia, de naturaleza pensional. Así las cosas, no se trata de una actuación sujeta al capricho de la administración sino, por el contrario, fundada en hechos ciertos y objetivos que deben hacer racional y necesaria la verificación, en cada caso particular, de los supuestos legales exigidos para el reconocimiento de una determinada prestación social // Lo anterior, aunado al hecho de que la actuación administrativa que adelanta la institución de seguridad social, para efectos de la revocatoria, debe garantizar plenamente el derecho constitucional al debido proceso del titular de la prestación de que se trate.

Al consagrar la necesidad de contar con motivos “serios, objetivos y reales”, y de adelantar un trámite respetuoso del “debido proceso”, el Consejo de Estado acoge la jurisprudencia constitucional vigente sobre la materia, decantada a partir de la Sentencia C- 835 de 2003. De esta forma, puede decirse que hay una armonía en lo fundamental, entre el precedente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

La revocatoria directa de derechos pensionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Hay más de veinte sentencias de la Corte Constitucional que han estudiado expedientes relacionados con la facultad de la administración para revocar, sin el consentimiento del particular, actos que reconocieron pensiones. Es un tema que ha figurado desde los inicios de esta Corporación y que también ha motivado soluciones no siempre uniformes entre las salas de revisión.

Es importante precisar que durante estas casi tres décadas también ha cambiado el marco legal y los supuestos fácticos. De ahí que varias de las sentencias que a continuación se presentan no constituyen precedente, en sentido estricto, para el caso objeto de revisión, pues no comparten los mismos fundamentos circunstanciales y normativos. De todas maneras, se considera valioso citarlas como un referente para entender las discusiones y tensiones que se han producido al interior de la Corte.

Para mayor claridad, el desarrollo jurisprudencial se divide cronológicamente en dos periodos, teniendo como referente la expedición de la Sentencia C-835 de 2003, pues es con esta decisión que la Corte Constitucional avaló una norma que específicamente permite la revocatoria de derechos pensionales. Es desde entonces que se cuenta "con mayores herramientas para hacerle frente a este fenómeno que afecta gravemente las finanzas públicas"

Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto -Reiteración de Jurisprudencia - Sentencia T-383/18:

"El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera *inmediata*, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que "el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial". Sin embargo, esta Corporación ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es *idónea* y *eficaz* para proteger los derechos fundamentales comprometidos. En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo.

La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante, en los casos en los que se compruebe que existe otro medio de defensa judicial, pero éste no resulta *idóneo* ni *eficaz* para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el juez constitucional debe verificar que el mismo sea: **(i)** *inminente*, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; **(ii)** *grave*, esto es, que el haber jurídico de la persona se encuentre amenazado por un daño o menoscabo material o moral de gran intensidad; **(iii)** *requiera medidas urgentes con el fin de lograr su supresión y conjurar el perjuicio irremediable; y (iv) demande la intervención del juez de tutela de forma impostergable para garantizar el restablecimiento integral del orden social justo".*

En Sentencia T-1316 de 2001, la Corte concluyó que "no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de *inminencia* y *gravedad*, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños (...)".

**PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS-
sentencia T - 076 de 2018.**

La acción de tutela no es, en principio, el mecanismo idóneo para atacar actos administrativos que por su propia naturaleza se encuentran amparados por el principio de legalidad, pues se parte del presupuesto de que la administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. Ello permite suponer que los funcionarios que sirven en las instituciones del Estado, al ser concedores de las normas, habrán de ser respetuosos en todo momento de aquellas. De allí que la legalidad de un acto administrativo se presume²⁷, obligando a quien pretende controvertirlo a demostrar que aquel se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento que regula su expedición; debate que correspondería a la órbita de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que allí se estudiaría la posible anulación del acto, de conformidad con las competencias que se ha dispuesto para tal efecto²⁸

(i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; (ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración; (iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo; (v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial; y (vi) que no se trate de una tutela contra tutela.

Procedencia de la ACCIÓN DE TUTELA CONTRA UN ACTO ADMINISTRATIVO - SENTENCIA T-260 de 2018.

Concordante con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas. En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T - 030 de 2015: *"que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable"*.

En este sentido, esta Corte ha determinado que, excepcionalmente, será posible reclamar mediante la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la expedición de un acto administrativo, no sólo cuando se acude a la tutela como medio transitorio de amparo, evento en el cual será necesario acreditar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando se constata que el medio de control preferente carece de idoneidad y/o eficacia para garantizar la protección

oportuna e inmediata sobre los derechos fundamentales vulnerados.

Se observa entonces, que para que proceda el presente mecanismo constitucional en un caso como el que nos ocupa donde se alega la vulneración del debido proceso por una serie de actos administrativos expedidos a lo largo de un proceso liquidatorio, debe constatarse como requisito *sine qua non*, un perjuicio irremediable que desplace la órbita de competencia del juez contencioso administrativo.

(i) La subsidiariedad:

En cuanto al aspecto de la subsidiariedad, la Corte Constitucional en la Sentencia T-480 de 2011, dijo:

*"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.** 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".* (Negrillas fuera de texto)

SUBSIDIARIEDAD - Sentencia SU-115 de 2018:

La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1° del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

De estas disposiciones se infieren los siguientes postulados, en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela: **(i)** la acción de tutela debe proceder de forma directa y definitiva cuando no exista otro medio o recurso de defensa judicial que garantice la protección de los derechos constitucionales

fundamentales. De existir otro medio o recurso de defensa judicial (lo que supone un análisis *formal de existencia*), es necesario determinar su eficacia, "atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante" **(ii)** En caso de *ineficacia*, como consecuencia de la *situación de vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera definitiva; esta le permite al juez de tutela determinar la *eficacia en concreto* (y no meramente *formal o abstracta*) de los otros medios o recursos de defensa, tal como dispone el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en la medida en que el lenguaje constitucional apunta a valorar la efectividad del medio de defensa en relación con las condiciones del individuo. **(iii)** Con independencia de la situación de *vulnerabilidad* del accionante, la tutela debe proceder de manera *transitoria* siempre que se acredite un supuesto de *perjuicio irremediable*. **(iv)** En caso de no acreditarse una situación de *vulnerabilidad* o un supuesto de *perjuicio irremediable* la acción de tutela debe declararse improcedente, dada la *eficacia en concreto* del medio judicial principal y la inexistencia de una situación inminente, urgente, grave e impostergable que amerite su otorgamiento transitorio.

De igual forma, en la Sentencia T 030 - 2015, se ha manifestado lo siguiente:

"La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de carácter residual y subsidiario, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados. Ello en consonancia con el artículo 86 de la Constitución, los artículo 6° numeral 1, del Decreto 2591 de 1991 que establecen como causal de improcedencia de la tutela: **"cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante."** El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo 86 de la Carta Política, **más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.**

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción. En este sentido, el carácter supletorio del mecanismo de tutela conduce a que solo tenga lugar cuando dentro de los diversos medios que pueda tener el actor no existe alguno que sea idóneo para proteger objetivamente el derecho que se alegue vulnerado o amenazado. Esta consideración se morigera con la opción de que a pesar de disponer de otro medio de defensa judicial idóneo para proteger su derecho, el peticionario puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. De no hacerse así, esto es, actuando en desconocimiento del principio de subsidiariedad se procedería en contravía de la articulación del sistema jurídico, ya que la protección de los derechos fundamentales está en cabeza en primer lugar del juez ordinario.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable. En relación a este tema, esta Corporación ha

explicado que tal concepto "está circunscrito al grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables, para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho." En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha elaborado varios criterios para determinar su existencia que se resumen en la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la intervención:

"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."

En jurisprudencia reiterada, este tribunal, ha expuesto el alcance del perjuicio irremediable en los siguientes términos:

"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"

EL CASO CONCRETO:

Para comenzar, ELIA TOMASA FRAGOZO DE RODRIGUEZ, en su calidad de madre del señor NORBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, acude al juez de tutela para que se le protejan sus derechos fundamentales constitucionales, al debido proceso administrativo, a la vida, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital de subsistencias móvil y de su familia, los cuales estima vulnerados por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al revocarle el acto administrativo que le reconoció la pensión de invalidez a su hijo.

Así mismo, la repuesta al primer problema jurídico es de carácter negativo, puesto que no se avizora los argumentos de la hoy accionante por el cual presenta la acción de tutela a nombre de su hijo referido, sin manifestar cuál es su impedimento, además de ello, con las pruebas aportadas por la entidad accionada, se avizora que el señor NORBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, antes de esta tutela, ha presentado otras acciones de tutelas, en el Juzgado 01 Promiscuo del Circuito de Villanueva, La Guajira, la cual declaró improcedente y fue confirmada por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, La Guajira,

igualmente, también la presentó en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Valledupar, Cesar.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido "para que proceda la agencia oficiosa ha de expresarse que se actúa en tal gestión y que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, sea por circunstancias físicas, como una enfermedad incapacitante, o por razones síquicas, o ante un estado de indefensión. En todo caso, cuando tal circunstancia ocurra, deberá acreditarse en la respectiva solicitud", hecho este que no ha sido acreditado dentro del presente juicio constitucional, pues, la actora no alegó que actúa en calidad de agente de oficioso sino en calidad de madre RODRIGUEZ FRAGOZO, por ende, no se avizora cual es el impedimento de su hijo ni tampoco está acreditado, máxime cuando está probado en el caso concreto que ha interpuesto otras acciones de tutelas en otros juzgados, inclusive, por los mismos hechos y derechos.

Así las cosas, la señora no se encuentra legitimada por causa activa para defender los derechos de su hijo.

Con respecto al segundo problema jurídico, se despacha de manera negativa, por cuanto se avizora que NORBERTO RODRIGUEZ, ha presentado otras acciones de tutelas sobre el mismo objeto que hoy se ventila en el presente asunto, constituyéndose una conducta temeraria.

Así mismo, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, dispone que la presentación de dos (2) o más acciones de amparo idénticas ante distintos jueces o tribunales, sin justificación alguna puede traer como consecuencia (i) la identificación de la cosa juzgada constitucional y/o (ii) la declaración de temeridad como fórmula que enjuicia y sanciona el ejercicio irracional de la tutela.

Primero que todo, la jurisprudencia indica que se debe cumplirse con unos presupuestos para que opere la temeridad los cuales son:

"(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; (iv) ausencia de justificación razonable y objetiva frente al ejercicio de la nueva acción de amparo y (v) mala fe o dolo del accionante en la interposición de la nueva tutela. Si se llenan completamente los anteriores presupuestos, el juez constitucional se enfrenta a una actuación temeraria que lesiona los principios de moralización y lealtad procesal, por lo que no solo debe rechazar la acción, sino que además deberá promover las sanciones contenidas, por ejemplo, en el inciso tercero del artículo 25 del precitado Decreto 2591 de 1991, en el inciso segundo del artículo 38 del mismo cuerpo normativo, o en los artículos 80 y 81 de la Ley 1564 de 2012" Sentencia T-374/18.

Se percibe que el señor NORBERTO RODRIGUEZ, interpuso acción de tutela contra Colpensiones ante el Juzgado 01 Promiscuo del Circuito de Villanueva, La Guajira, la cual fue confirmada mediante sentencia fechada 22 de julio de 2020, proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Riohacha, La Guajira, esa tutela, el juez A-quo, declaró improcedente la misma y el Ad-quem, confirmó la decisión.

Así entonces, se avizora que existe identidad de partes, aunque en el presente asunto esté actuando su señora madre, pero agenciado derecho RODRIGUEZ FRAGOZO, identidad de hechos, identidad de pretensiones y no se percibe justificación alguna por parte de la actora al haber presentado una nueva acción de tutela, generándose la mala fe de la misma.

Y con respecto al tercer problema jurídico, de entrada es negativo, puesto que, no se avizora que se haya agotado los medios de defensa judicial en sede administrativa contra el acto administrativo Resolución SUB 18366 del 22 de enero de 2020, donde se revocó la resolución GNR 291 del 4 de enero de 2016 mediante la cual se reconoció una pensión de invalidez a favor del señor RODRIGUEZ FRAGOZO NOLBERTO FRANCISCO, identificado con CC No. 17972662; reforzando la improcedencia de la acción de tutela.

Empero, la acción de tutela goza del principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, el cual lleva inmerso la imposición en cuanto su procedencia es viable cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La acción constitucional, en estos casos, debe cumplir con los preceptos estipulados por la Corte para la ocurrencia de un perjuicio irremediable en caso de existir otro medio de defensa judicial, dichos requisitos que debe reunir el perjuicio para que sea tenido en cuenta como tal y permita prosperar la acción son: los siguientes: **(i)** debe ser inminente; **(ii)** debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; **(iii)** debe tratarse de un perjuicio grave; y **(iv)** solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables¹.

*"En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable"*²

En cuanto al aspecto de la subsidiariedad, la Corte Constitucional en la Sentencia T-480 de 2011, dijo:

"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

¹ Sentencia T 375 - 2018.

² Sentencia T 030 - 2015.

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

Cabe resaltar, que en reiterada jurisprudencia se ha dicho que el juez de tutela no es el competente para discutir sobre controversias en material pensional, para ello, existe la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral "proceso laboral de primera instancia y/o la contenciosa administrativa, "jueces administrativos" a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dependiendo el caso en específico, quienes son los competente para resolver el asunto puesto a consideración al juez de tutela, puesto que para ello, el ordenamiento jurídico ha instituido el mecanismo jurídico que le permite a la actora defender sus derechos fundamentales, así lo ha dicho la jurisprudencia de la siguiente manera:

Por regla general, la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular es improcedente por cuanto es posible controvertir su contenido e incluso solicitar su suspensión provisional a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, el amparo procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la misma se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

"La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo." Sentencia T-383/18.

Sin más elucubraciones, se procede a declarar improcedente la acción de tutela, por los tres problemas jurídicos despachados negativamente, y además por cuanto el señor NORBERTO RODRIGUEZ FRAGOZO, debe agotar los medios defensivos, acudiendo a la jurisdicción competente, ante el juez laboral, para que en esa

sede, sean protegidos sus derechos fundamentales constitucionales que se invocan en sede de tutela.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela, promovida por ELIA TOMASA FRAGOZO DE RODRIGUEZ en su calidad de madre del señor NORBERTO FRANCISCO RODRIGUEZ FRAGOZO, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

TERCERO: Si esta sentencia no fuere impugnada, remítase a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
JUEZ.