

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ D.C.**

ACCION DE TUTELA No. 110013105029202100245-00

**ACCIONANTE: MARIANO HERNANDEZ PAEZ
C.C. No. 15.017.038**

**ACCIONADAS: UGPP
E.S.E. CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veintiuno (2021)

ANTECEDENTES

El señor **MARIANO HERNÁNDEZ PAEZ** identificado con cédula de ciudadanía número 15.017.038 actuando en causa propia interpone Acción de Tutela en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** y a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO**, por considerar que se le están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al mínimo vital de acuerdo con lo siguiente;

HECHOS RELEVANTES

- Señala el actor que nació el 9 de junio de 1948 y que a hoy día tiene 73 años de edad, que pertenece al Régimen Subsidiado SISBEN y subsiste con la ayuda de familiares.
- Arguye que vive en el municipio de Arjona y que tiene muchos quebrantos de salud pues es una persona de la tercera edad.
- Indica el accionante que laboró 18 años en el área de salud en la clínica de MATERNIDAD RAFAEL CALVO, en los cargos de camillero y chofer.
- Refiere que se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media ante CAJANAL hoy UGPP y que cuando fue retirado contaba con 18 años de servicios y 56 años de edad.
- Manifiesta que sería la clínica MATERNIDAD RAFAEL CALVO era la encargada de realizar el pago de los aportes ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ISS hoy COLPENSIONES, cuyo número de aporte correspondía al 806001061, hecho que conocía la UGPP.
- Informa que la UGPP, mediante Resolución No. RDP 013101 del 24 de mayo de 2021, niega la solicitud versando su causa únicamente en argumentos respecto el régimen de transición, sin embargo, no expone lo relacionado a las 500 semanas según como lo refiere

el Decreto 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990, pues se menciona la ley 100 de 1993 con las 1000 semanas.

- La Resolución 4730 del 26 de febrero de 2021 fue objeto de recurso, toda vez que según lo manifestado por la parte actora la no aplicación del Decreto 049 y 758 de 1990 viola el debido proceso y el derecho a la igualdad.
- Depreca que su apoderado en el trámite administrativo está solicitando a la UGPP estudiar y reconocer una pensión sanción por cumplir con los requisitos de ley, ello por cuanto a la fecha en que la E.S.E CLÍNICA MATERNIDAD RAFAEL CALVO retiro al peticionario no podía hacerlo, sin embargo, frente a ello no hay pronunciamiento alguno por parte de la UGPP y por el contrario desconoce el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

ACTUACIÓN PROCESAL Y CONTESTACIONES

Mediante auto del 08 de junio de 2021 se dispuso la admisión de la presente acción de tutela, ordenando la notificación a las entidades accionadas **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** y a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO** y a la vinculada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, con el fin de que ejercieran su derecho a la defensa frente a las manifestaciones dadas por el accionante.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, por conducto del Dr. JAVIER ANDRES SOSA PEREZ, en calidad de subdirector de Defensa Judicial Pensional y apoderado judicial, rindió informe y señaló que para el caso en concreto se configura temeridad de la acción, como quiera que hay similitud de hechos y pretensiones.

A su turno, señalan que el actor cuenta con otros medios de defensa para reclamar lo que pretende, pues no es la tutela el mecanismo idóneo para el efecto.

Refieren que mediante Resolución No. 004730 del 26 de febrero de 2021 se negó la pensión de vejez indicando:

“Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 6,123 días laborados, correspondientes a 874 semanas.

Que nació el 9 de junio de 1948 y actualmente cuenta con 72 años de edad.

Respecto a que la prestación sea liquidada conforme el Decreto 758 de 1990, motivo por el cual es necesario precisar que el Acuerdo 049 de 1990 establece en su artículo 1:

AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE.

Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional:

1. En forma forzosa u obligatoria:

- a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;*
- b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,*
- c) Los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él.*

Así las cosas, NO es procedente acceder a dicha petición, toda vez que el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el decreto 758 del mismo año, solamente le es aplicable a los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de

trabajo o de aprendizaje, a los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales o a los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él, calidades que NO ostenta el causante y así ha sido ratificado por la jurisprudencia en varias oportunidades...”

Misma Resolución que fue recurrida y que se confirmó mediante acto administrativo RDP 013101 del 24 de mayo de 2021:

“(…) Teniendo en cuenta las normas anteriormente transcritas, es necesario establecer que no es procedente acceder la solicitud presentada por la apoderada del peticionario, toda vez que el Acuerdo 049 de 1990 solamente le es aplicable a los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, a los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales o a los pensionados por jubilación cuyas pensiones vayan a ser compartidas con las pensiones de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales o asumidas totalmente por él, calidades que no ostenta el apelante.

Que esta instancia considera prudente realizar el estudio bajo las normas que le pueden ser aplicables por lo que se procede a verificar en primer lugar si cumple con los requisitos de régimen de transición conforme a la ley 100 de 1993 así:

Que el Artículo 36 de la ley 100 de 1993 establece:

) Artículo 36. Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

Que nació el 9 de junio de 1948 y se verifica que al 01 de abril de 1994 contaba con 45 años de edad por lo que cumpliendo este requisito estaría en régimen de transición sin embargo no cuenta con los 20 años de servicio para poder otorgarle tal prestación.

Que la Ley 797 de 2003, en sus artículos 9 y 10 establecen:

(…) ARTICULO 9. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Art. 33: "REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE VEJEZ para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre.*
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo." (...)*

(…) Que bajo esta norma si bien cumple la edad requerida no cuenta con las semanas pues debería contar con 1300 semanas y tan solo cuenta con 874, por lo que no tendría derecho a la pensión de vejez (...)"

Manifiestan que no es procedente la presente acción por cuanto los tiempos laborados en CAJANAL son públicos y el Decreto 758 de 1990 aplica solo ara reconocer una pensión en tiempos privados, siempre y cuando este afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, caso que no es el que aquí se presenta, pues el actor pretende que sean tenido en cuenta tiempos privados cuando estaba afiliado a CAJANAL.

En otro giro respecto el reconocimiento de la pensión sanción, en la Resolución se le indicó que en lo que a eso respecta, en este punto no es dable pronunciarse de fondo frente a tal supuesto como quiera que, al momento de presentar la petición, esto es el 18 de septiembre de 2020, su pretensión se basó únicamente en aplicar el Decreto 758 de 1990. Ante ello traen en su defensa el principio de consonancia, que señala que *“es un efecto propio y particular de las decisiones que resuelven la apelación, pues ellas deben ser acordes con las materias que son el objeto del recurso, dado que éste ha sido instituido para favorecer el interés del recurrente”*

Informan que en el presente caso no hay un perjuicio irremediable ni siquiera se demuestra de manera sumaria.

Refiere que la acción de tutela no puede ser desnaturalizada, como quiera que es un mecanismo excepcional y subsidiario. Asimismo, en lo que hace a la inmediatez se predica su inexistencia, ello por cuanto desde la última cotización al sistema y el cumplimiento de 62 años de edad hasta la presentación de la tutela no se dio inicio a alguna actuación administrativa de la cual se pueda colegir el reconocimiento pensional.

En ese orden de ideas solicitan que se declare la improcedencia de la presente acción y se revise si en el presente caso hay temeridad.

La **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLINICA MATERNIDAD RAFAEL CALVO**, por conducto del Gerente de la misma, el señor **TOMÁS JOSÉ RODRÍGUEZ MANOTAS**, refieren que desde el 5 julio de 1995 se pagaron los aportes de seguridad social y que a la fecha de retiro se cumplió a cabalidad con ello. Para sustentar las razones en su dicho aportan los documentos que reposan en la entidad (CETIL) y en su lugar solicitan que las pretensiones sean desestimadas.

En su defensa la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, refiere que hay una falta de legitimación en la causa por pasiva y que en el caso que hoy nos ocupa no hay prueba de perjuicio irremediable, por ende, solicitan que sea negada por improcedente, como quiera que hay inexistencia de vulneración alguna por parte de **COLPENSIONES**.

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

La Constitución Política de Colombia en el artículo 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo sui generis para que todo ciudadano acuda cuando detecte que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

Así pues, acudió a la acción de amparo constitucional el señor **MARIANO HERNÁNDEZ PAEZ**, por considerar que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** y la **E.S.E CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO** le están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y mínimo vital en razón a que no se aplica el Decreto 049 y 758 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de vejez, así como tampoco se estudia y reconoce la pensión sanción a la que tiene derecho.

Como prueba de lo anterior aporta la Resolución RDP 013101 del 26 de febrero de 2021 y el recurso de apelación en contra del referido acto administrativo.

En ese sentido previo a acometer el estudio de fondo del presente mecanismo sin necesidad de mayores discernimientos se dilucida por este estrado judicial que en razón al informe rendido por la UGPP, la presente acción de tutela en cuanto a las pretensiones que a continuación se relacionan ya fueron controvertidas en tutela y la misma en su momento correspondió por reparto en primera instancia al Juzgado 39 Administrativo del Circuito de

Bogotá-Sección Cuarta y en segunda instancia por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta-Subsección B.

JUZGADO 29 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA	JUZGADO 39 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ-SECCIÓN CUARTA
<u>Pretensiones:</u> 1. Solicito que, por esta vía constitucional, se tutele el derecho a la igualdad, debido proceso el derecho a la ancianidad y ordene la UGPP, nuevamente realice un estudio de fondo con relación a la aplicación del Decreto 758 de 1.990, conforme al artículo 12. 2. Que por esta vía me conceda una pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1.990, como Nacional colombiano, haberle prestado mis servicios mediante un contrato de trabajo a la persona jurídica CLINICA RAFEL CALVO. 3. Solicito que ordene la UGPP resuelva de fondo sobre la pensión Sanción, en la medida que no se puede dar la consonancia que señala la entidad accionada para no resolver de fondo la pensión sanción. 4. Que se ordene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLINICA MATERNIDAD RAFAEL CALVO, que pague el restante se semana que no cotizo ante COLPENSIONES a mi nombre.	<u>Pretensiones:</u> 1. Solicito que, por esta vía constitucional, se tutele el derecho a la igualdad, debido proceso el derecho a la ancianidad y ordene la UGPP, nuevamente realice un estudio de fondo con relación a la aplicación del Decreto 758 de 1.990, conforme al artículo 12. 2. Que por esta vía me conceda una pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1.990, como Nacional colombiano, haberle prestado mis servicios mediante un contrato de trabajo a la persona jurídica CLINICA RAFAEL CALVO. 3. Solicito que se tenga a la SECRETARIA DE SALUD Y A LA CLINICA RAFEL CALVO como personas jurídicas. ”

Así las cosas, se puede entonces determinar que, si bien es cierto respecto las pretensiones 3 y 4 no obra una similitud, en lo que refiere a las demás son idénticas y sabido es que un presupuesto esencial para la procedencia de la tutela, como mecanismo informal que propende por la prevalencia del derecho sustancial, lo es el que la parte que pretende la protección de sus derechos no haya interpuesto tutela alguna contra el mismo accionado, por los mismos hechos y las mismas pretensiones, de ahí que el inciso segundo del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 prevea que:

“...El que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos. Al recibir la solicitud, se le advertirá sobre las consecuencias penales del falso testimonio...”.

Requisito este que advierte la improcedencia de la tutela cuando, previamente, se ha presentado una misma acción constitucional pretendiendo la protección de un derecho, cuando ya ha existido un pronunciamiento de fondo sobre el asunto. Al respecto la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-280 de 2017 ha señalado:

“(...) 4.2 Uno de los requisitos que debe acatarse es no haber interpuesto previamente una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Por ello, el artículo 37 del mencionado decreto 2591 establece que quien “interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos.” Las consecuencias de la interposición de dos o más acciones de tutela con esas características han sido estudiadas ampliamente por esta Corte Constitucional. Así pues, si no existe un motivo expresamente justificado para presentar la misma acción de tutela más de una vez, esta se considera temeraria, tal como lo dispone el artículo 38^[25] del mencionado decreto.

4.3 Sin embargo, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la Corte ha señalado que sus restricciones deben ser legítimas y excepcionales ^[26]. razón por la cual, para

que una acción de tutela sea temeraria debe existir un actuar doloso y de mala fe del accionante. En este orden de ideas, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos [27]: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; e (iii) identidad de pretensiones [28]. Adicionalmente, debe verificarse que no exista un motivo expreso que permita justificar la multiplicidad de acciones, es decir, debe probarse una actuación de mala fe o un abuso del derecho a la administración de justicia por parte del accionante [29]. La Sala resalta que la jurisprudencia constitucional precisó que el juez de amparo es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad [30].

A pesar de lo anterior, no cualquier situación que advierta la existencia de una acción de tutela previa, se convierte en temeraria, pues debe demostrarse que se trate de hechos que propenden por hacer incurrir en un error al funcionario judicial, buscando exclusivamente la satisfacción de intereses personales; pero esta acción no será temeraria, cuando quien acuda una vez más a este mecanismo constitucional, lo haga bajo un convencimiento de que existen nuevos hechos que le habiliten a la presentación de la tutela, sin embargo el amparo en estos casos, si resultaría improcedente.

4.4 De otra parte, existen también algunas reglas jurisprudenciales que el operador judicial debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria, esto es: “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones[31]; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable[32]; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción[33]; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”[34].

En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho[35]; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.”[36] Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero debe declararse improcedente, toda vez que al existir un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre el caso, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es posible reabrir el debate.

Sobre esta circunstancia debe advertirse que, de conformidad con la respuesta recibida por la UGPP, el mismo accionante presento una acción de tutela en contra de la misma accionada, sin embargo no se presentó en contra de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLINICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO** y si bien es cierto hay igualdad de pretensiones, también lo es que se interpusieron otras peticiones que no fueron controvertidas en el anterior escrito, misma que fue conocida por el Juzgado 39 Administrativo del Circuito de Bogotá-Sección Cuarta y en segunda por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta-Subsección B cuyo radicado corresponde al número 11001 33 37 039 2021 00048 00 y que tenía por objeto conceder la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990; de ahí que el referido Juzgado, en su momento negó la tutela y en segunda se confirmó.

De las pruebas aportadas por la accionada se evidencia que las pretensiones 1 a 3 de la presente acción de tutela, ya fueron estudiadas. Si bien no se advierte que estemos en presencia de una acción temeraria, conforme que para el caso hay otras pretensiones que pretende el actor le sean concedidas con ocasión al recurso interpuesto ante la Resolución, si se evidencia en la pruebas allegadas por la encartada, que el Juzgado emitió una decisión negando la tutela presentada por el señor MARIANO HERNÁNDEZ PAEZ, motivos suficientes para considerar que se ha presentado el fenómeno de cosa juzgada, y por lo tanto, esta acción de tutela deviene improcedente.

Así las cosas, no obstante, la técnica argumental del escrito inaugural y el hincapié que allí se hizo en los derechos del activante, en principio no se advierte apegada a derecho la conducta del demandante, quien, por demás, realizó juramento de no haber radicado otra demanda de tutela por los mismos supuestos fácticos y derechos. Si bien podría estimarse que existe temeridad en el actuar de la mencionada, al pretender similares anhelos a los ya expuestos en

acción de tutela anterior, se privilegiará el principio constitucional de buena fe y no le será impuesta sanción alguna como quiera que es de advertir que no toda acción de tutela en la que se presente temeridad acarrea como consecuencia la imposición de sanción.

En otro giro frente a los pedimentos restantes, esto es resolver de fondo sobre la pensión sanción y que se ordene a la E.S.E CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO pagar el restante de las semanas que no cotizó ante COLPENSIONES, resulta entonces y como se dijo líneas atrás la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

De esta manera, planteadas las posiciones de las partes es menester precisar, en relación con la precedencia de la acción de tutela para reclamar aspiraciones personales, ha señalado la Corte Constitucional que el amparo constitucional en principio no es procedente, salvo que exista un perjuicio irremediable y se satisfagan unos presupuestos especialísimos, que tienen que ver con que aparezca palmario que la negativa de la entidad a reconocer la prestación provenga de una decisión absolutamente infundada. En efecto, la jurisprudencia tiene ampliamente decantado que la acción de tutela no es un mecanismo judicial destinado a resolver las disputas relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones¹, habida cuenta que “(...) por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso de que se logre demostrar su amenaza o violación”.

Ello de cara a que la acción de tutela no puede desnaturalizar el juez natural de la causa, sin embargo, por vía jurisprudencial se han previsto algunas excepciones, atendiendo a especiales circunstancias de cada caso concreto, en las cuales podría ser viable que el juez de tutela ampare los derechos fundamentales, pese a la existencia de otros mecanismos a favor del accionante. Por ejemplo, la Corte Constitucional en sentencia T-896 de 2007, recordó la línea jurisprudencial en torno a la procedencia de la acción de tutela cuando se persiguen aspiraciones pensionales, así:

*“Para determinar si la acción de tutela es procedente, la Corte Constitucional ha señalado dos aspectos distintos. En primer lugar, si la tutela se presenta como mecanismo principal, es preciso examinar que no exista otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe, pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. Adicionalmente, en relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda de tutela, pues si el accionante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, la tutela no procede como mecanismo transitorio.”*²

*En segundo lugar, cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”*³

Cuando lo que se alega como perjuicio irremediable es la afectación del mínimo vital, la Corte ha señalado que si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral o

¹ Sentencia T-877 de 2006

² Ver, entre otras, las sentencias T-871 de 1999, T-812 de 2000.

³ Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-225 de 1993, MP. Vladimiro Naranjo Mesa, SU-544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

*pensional, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.*⁴

En ese evento, la Corte analiza las circunstancias concretas en cada caso⁵, teniendo en cuenta, por ejemplo, la calidad de la persona que alega la vulneración del mínimo vital, el tiempo durante el cual se ha afectado supuestamente ese derecho, el tipo de pago reclamado y el tiempo que deberá esperar para que la acción ordinaria a través de la cual puede reclamar el pago de sus acreencias laborales o pensionales”⁶

En ese orden de ideas, es necesario analizarse si se cumple entonces con el requisito de subsidiariedad y es claro que el mismo se configura si es que el actor no cuenta con otro mecanismo judicial, o que así exista, éste no resulte idóneo en las condiciones específicas en que se encuentre el promotor de la acción, quien además, ante el juez constitucional tiene la carga de demostrar que la denegación de su aspiración pensional riñe directamente con postulados constitucionales, esto es, que aquella está por completo desprovista de fundamento jurídico y fáctico. Ha de resaltarse que el mecanismo constitucional no es sucedáneo, complementario ni alternativo al medio natural de defensa, y por tal motivo es dentro del trámite judicial ordinario diseñado por el legislador para el asunto (art. 2º del C.P.T. y S.S.), que el interesado debe entablar el debate probatorio y argumentativo que en esta sede constitucional plantea.

Así las cosas, la decisión de este Despacho desde ya se encamina en dirección contraria a los pedimentos de la demanda de tutela, por la ya anotada ausencia del presupuesto de subsidiariedad. Además, incluso haciendo abstracción de ello, tampoco el Juzgado observa que el actor en principio cumpla con los requisitos para el otorgamiento de la prestación en **sede de tutela** (trámite sumarísimo) al no verificarse con nitidez que pudiera asistirle el derecho que asevera ostentar.

De conformidad con lo señalado en precedencia, para el éxito del presente reclamo constitucional, mutatis mutandis, la decisión proferida por la administradora accionada tendría que mostrar “prima facie” una abierta contradicción con preceptos superiores, es decir, que la contradicción debe ser evidente, perceptible con un análisis simple, al punto de en verdad configurar una actuación carente de un mínimo razonamiento, o en otros términos, una actuación que pueda constituirse en una denegación caprichosa del derecho pensional.

Al punto se precisa entonces que si en el eventual caso se procediera a realizar el análisis de fondo es claro que, a partir de la afirmación del actor en tanto que la accionada no estudio de fondo su decisión en lo que hace a la pensión sanción, se observa que su motivación es más bien escasa, invocándose en su escrito tutelar, sobre todo, la normatividad relevante a la temática, respecto la petición presentada como así lo hace ver la encartada nunca fue pedido lo señalado, pues la solicitud que en principio hizo el peticionario verso únicamente sobre el otorgamiento de una pensión de vejez, conforme el Decreto 049 de 1990 y el pago de retroactivo del mismo, que valga recordar ya fue estudiado en tutela previa como se dijo en apartados atrás. De igual forma tampoco es de asidero jurídico que señale en su escrito de recurso, lo alegado como quiera que en primera solicitud ello no fue pedido, por ende, no corresponde pronunciarse sobre algo que en primer lugar nunca fue solicitado y empero, no corresponde a esta juzgadora de tutela calificar las razones que condujeron a la convocada a negar la pensión, ni extender este examen al punto de llegar a indicarle a la accionada cómo debía o debe valorar los elementos de prueba que recaudó en la investigación “administrativa”, y mucho menos es misión de esta funcionaria terciar entre posturas encontradas, en tanto que el actor refiere que no le han sido pagados semanas ante COLPENSIONES, pues es algo que debe ser controvertido en sede de instancia para contar

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999, MP: Carlos Gaviria Díaz, T-1088 de 2000, MP: Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Ver por ejemplo la sentencia T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño.

⁶ Sobre las características que debe tener el perjuicio irremediable, ver entre muchas otras, las sentencias T-1316 de 2001, MP (E): Rodrigo Uprimny Yepes, T-225 de 1993, MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

con elementos de juicio de los que se pueda predicar que hubo un despliegue probatorio idóneo para el caso en concreto y se garantizó el derecho de todas las partes.

Es que si el actor no comparte la valoración efectuada dentro del procedimiento de investigación de la accionada o respecto a la determinación señalada, esa no es una razón suficiente que amerite un amparo como el requerido, amén que para tales efectos, reitérese, el legislador previó los respectivos cauces ordinarios de defensa, máxime cuando el Despacho tampoco observa una circunstancia excepcional que amerite dispensar la salvaguarda, ni advierte que los mecanismos de defensa sean inidóneos o ineficaces, por lo cual el reclamo constitucional no puede abrirse paso como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ciertamente, pese a que se afirma que el actor pertenece a la tercera edad⁷ y no cuenta con medios económicos, lo cierto es que el mismo señala que quienes le colaboran supliendo las necesidades económicas son sus familiares, es decir ni por su edad ni por su situación económica se puede señalar que hay un perjuicio irremediable, ni siquiera de manera sumaria, pues según infiere es una persona que tiene varios quebrantos de salud, que no están probados, pues solo se pregonan por la afirmación del peticionario. Si bien se señala que es una persona afiliada al Sisbén no se allegaron documentales más allá de ello, lo que en sí no puede ser concluyente como la configuración de un perjuicio que recuérdese se caracteriza: *“por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”*⁸

En otros términos, este Juzgado no cuenta con un considerable grado de certeza sobre la existencia del derecho reclamado, requisito sin el cual, se insiste, no es procedente el otorgamiento de la pensión por esta vía excepcional y sumaria, sea de manera provisional o definitiva⁹. Por tanto, se negará el amparo deprecado, como quiera que la acción de tutela no tiene como finalidad el reconocimiento de derechos litigiosos, así que la controversia prestacional propuesta, en torno a la pensión de sobrevivientes, ha de plantearse ante el juez natural.

De lo anterior se tiene que efectivamente estamos frente a una controversia de carácter laboral y por subsidiariedad esta no es la vía para ventilar el asunto de autos, toda vez que como se menciona anteriormente existen diferentes mecanismos para hacer valer estos derechos, recordando que la acción constitucional procederá en casos excepcionales específicamente cuando se evidencia un perjuicio irremediable o una evidente violación a los derechos fundamentales, lo cual palpablemente no ocurre en el caso bajo estudio.

Por lo aquí expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - PRIMERO: NEGAR por IMPROCEDENTE el amparo solicitado por el accionante **MARIANO HERNÁNDEZ PÁEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. **15.017.038**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁷ 12 “Será adoptado como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE correspondiente a los 74 años. Así, el análisis de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo se flexibiliza para aquellas personas que alcancen la mencionada edad pues en estos casos, generalmente, la jurisdicción ordinaria no resulta ser lo suficientemente eficaz e idónea” (T-047 de 2015).

⁸ Sentencia T-098 de 2016.

⁹ 13 “El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho...” (Sentencia T-836 de 2006).

SEGUNDO. - NOTIFÍQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de **IMPUGNACIÓN**, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

TERCERO. - En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO