

INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C., primero (1º) de agosto de dos mil veintitrés (2023). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2023-00273**, informando que Nueva EPS contestó el requerimiento efectuado mientras que Colpensiones y VIVA 1A I.P.S. S.A. guardaron silencio, y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA. Sírvase proveer.**

FABIO EMEL LOZANO BLANCO

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., primero (1º) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Alfonso Fonseca Pascagasa, quien actúa en causa propia, interpuso acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales vida en condiciones dignas y justas, mínimo vital, seguridad social, estabilidad económica, dignidad humana y debido proceso.

Como sustento de sus aspiraciones, en lo que es de interés para la presente acción, indicó que, en noviembre de 2021 Colpensiones le suspendió la pensión de invalidez, sin embargo, la misma se reactivó y en consecuencia la entidad le solicitó hacer la revisión del estado de su invalidez.

Que inició con los trámites requeridos por Colpensiones, pero, a pesar de ello, señaló que no pudo cumplir con los tiempos dados por misma. Motivo por el cual, en agosto de 2022, nuevamente le fue suspendida la pensión de invalidez hasta tanto no se realice la revisión requerida.

Adujo que, las citas médicas no se las asignaron a tiempo y que Colpensiones no realizó una valoración, que esta le notificó de manera tardía lo propio para evitar la suspensión de la pensión. Que allegó todo lo que la entidad le solicitó y prueba de esto son los radicados de 3 de marzo de 2022, 23 de noviembre de 2022 y 31 de mayo de 2023. Por último, que su situación económica y su estado de salud no son adecuados.

En consecuencia, solicitó se ordene a Colpensiones le restablezca la pensión de invalidez suspendida en agosto de 2022, que realice el pago

correspondiente a salud, que pague el retroactivo desde el mes de agosto de 2022 y finalmente, que, sin dilaciones realice el proceso de revisión de la pensión de invalidez.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

En proveído del 27 de julio de 2023, se admitió la presente acción de tutela, se requirió a Colpensiones y a las vinculadas Nueva E.P.S. y Viva 1A I.P.S. S.A. para que la contesten, rindiendo un informe detallado sobre los hechos y pretensiones contenidas en la acción constitucional.

La **Nueva EPS.**, allegó respuesta el 28 de julio de 2023, informando que, el señor Carlos Alfonso, se encuentra activo al sistema general de seguridad social en salud a través de la Nueva EPS en el Régimen Contributivo. Argumentó falta de legitimación en la causa por pasiva frente a lo pretendido puntualmente por el accionante e improcedencia de la acción de tutela por pretender el reconocimiento de derechos que se deben discutir en otra instancia. En consecuencia, solicitó desvincular a Nueva EPS por no tener competencia frente a las pretensiones elevadas por el accionante.

Respecto de Colpensiones y VIVA 1A I.P.S. S.A., pese a haberse notificado en debida forma y superado ampliamente el término de traslado, guardaron silencio.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, y en caso afirmativo si vulneran los derechos fundamentales invocados por el proceder de la accionada, así como las consecuencias jurídicas de ello.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1º del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. De la acción de tutela y el requisito de subsidiariedad.

La acción de tutela fue instituida en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, esta se encuentra reglamentada por los Decretos 2591 del 19 de noviembre de 1991 y 306 del 19 de febrero de 1992, como medio de defensa judicial, que contiene un procedimiento preferente y sumario al cual se acude a fin de lograr la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados, ya sea por acción u omisión o

cuando se presente amenaza de violación; eventualmente se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta sucinta descripción de la acción de tutela, comprende aspectos teóricos que habilitan su procedencia ante la jurisdicción constitucional, como sucede con la legitimación en causa por activa, la subsidiariedad, la inmediatez y la relevancia constitucional sobre el asunto sometido a estudio. Esto, porque los elementos fundantes de la acción de tutela deben ser analizados singularmente, en vista de que el mecanismo contemplado en el artículo 86 constitucional no puede asimilarse como una herramienta destinada a resolver todo tipo de conflictos jurídicos planteados en cualquier circunstancia de tiempo y modo, ya que se desfiguraría la vocación excepcional y de protección inmediata del recurso de amparo constitucional.

A continuación, debe el Despacho reiterar los lineamientos normativos y jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela, observando que el Decreto 2591 de 1991 estableció:

"Artículo 6º: Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto". (Negrillas fuera de texto).

Es así que, debe memorarse que la jurisprudencia constitucional¹, ha señalado que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos

¹ Entre otras, las sentencias T-063 de 2013 y T-375 de 2018.

jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser resueltos por las vías ordinarias, y sólo ante la ausencia de éstas o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, pues “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”², argumentos que atienden a la necesidad de preservar el reparto de competencias a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

En punto del referido principio, se 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 y, en consecuencia, se entiende que antes de acudir a este mecanismo excepcional, la parte accionante debe actuar con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios y administrativos, pues ante la falta injustificada de ello, decae en la improcedencia del mecanismo constitucional, como quiera que ésta no debe ser considerada como una instancia adicional o un mecanismo que reemplace a los ordinarios, por lo que para que proceda, se deben reunir los siguientes presupuestos:

- (i) Una afectación inminente del derecho
- (ii) La urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable
- (iii) La gravedad del perjuicio
- (iv) El carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

En desarrollo del principio bajo estudio se memoró en sentencia C-132 de 2018 que la acción de tutela no puede reemplazar las vías ordinarias:

"Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o

² Sentencia T-603 de 2015.

vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia”.

Además, debe acentuar esta Juzgadora que las vías ordinarias a que refiere el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 no sólo hacen referencia a las vías jurisdiccionales, sino que también comprende las vías administrativas, como se ha sostenido, entre otras, en la sentencia T-480 de 2011.

Sumado a lo anterior, la sentencia T-426 de 2019 abordó la procedencia excepcional de la acción de tutela bajo la lupa de la ineficacia de los medios ordinarios y la acreditación de un perjuicio irremediable, atendiendo los presupuestos que permiten la consolidación del mismo:

"Sin embargo, en virtud de lo establecido en las mismas normas referidas, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) este no es idóneo ni eficaz, o (ii) "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.

En el primer supuesto, 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. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que un medio de defensa no es idóneo cuando este no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión constitucional. En caso de que no ofrezca una protección completa y eficaz, el juez puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

*Con respecto al segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que el perjuicio irremediable se presenta "cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.” Respecto a sus características esenciales, en primer lugar, el daño debe ser **inminente**, es decir, que esté por suceder y no sea una mera*

*expectativa ante un posible perjuicio, aunque el detrimento en los derechos aún no esté consumado. Segundo, las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave**, el cual es evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Finalmente, se exige que la acción de tutela sea **impostergable**, para que las actuaciones de las autoridades públicas o particulares del caso respectivo sean eficaces y puedan asegurar la debida y cabal protección de los derechos fundamentales comprometidos”.*

Bajo el anterior mandato, se debe recalcar que no existe ninguna presunción acerca de la ineficiencia de las vías ordinarias al momento de resolver los conflictos cuya competencia detentan. Por el contrario, la Corte expuso en la sentencia T-246 de 2018 que las vías ordinarias resultan igualmente eficaces al momento de proteger los derechos de los ciudadanos:

"De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo”.

En relación con los casos puntuales del derecho de familia y el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional, en sentencia T-675 de 2016, ha exaltado la preponderancia que detentan los comisarios, defensores y jueces de familia para regular los asuntos relacionados con la custodia, cuidado personal y regulación de visitas, debido a que la razón de ser de este esquema de protección de infancia y adolescencia es precisamente evacuar este tipo de temáticas. Así lo describió el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción:

"Los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Corte, puede ser utilizada ante la violación o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho o, iii) que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, esta Corporación ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que, en abstracto, cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por tal motivo, la

jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena e inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada caso.

En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

3. Caso en concreto.

Descendiendo al caso en concreto, el accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales y se ordene a Colpensiones le restablezca la pensión de invalidez, pague el retroactivo y el servicio de salud y, finalmente, realice la revisión de la pensión de invalidez.

En primer término, debe mencionarse que por medio de la presente acción de tutela no es posible acceder a lo pretendido como quiera que éste no es el mecanismo idóneo para ello, debido a que el restablecimiento de la pensión de invalidez y el pago del retroactivo de la misma tiene un trámite administrativo y, en gracia de discusión, es competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral.

Aunado a ello, si bien en el escrito inicial el accionante afirma que es una persona con más de 60 años con secuelas de hernia discal por accidente de trabajo, canal lumbral estrecho, diabetes, hipertensión, no se demostró o enunció un perjuicio inminente o irremediable, que la imposibilite para acudir a las instancias judiciales que corresponde, como quiera que el Juez Constitucional tiene el deber de soportar su decisión en el acervo probatorio y no solamente en las afirmaciones. Tal supuesto impone una carga en cabeza del accionante, como lo ha expuesto la sentencia T-571 de 2015:

"En igual sentido, ha manifestado que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario." Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "onus probandi incumbit actori" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho".

Es decir, que, el accionante cuenta con otros mecanismos para la satisfacción de las pretensiones incoadas, y al analizar las pruebas aportadas no fue posible inferir que haya agotado otras vías, incumpliendo así el ya estudiado requisito de subsidiariedad.

Por otra parte, se avizora que la pensión de invalidez le fue reconocida al accionante, sin embargo, Colpensiones en comunicación del 23 de marzo de 2023 con radicado 2023_4467882 anexada por el señor Carlos Alfonso Fonseca Pascagasa, le informó la suspensión debido a que no remitió la documentación que le solicitó la entidad para revisar su estado de invalidez de acuerdo con en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993.

En este punto es preciso señalar que, tanto en el escrito inicial como en la documental aportada por el accionante no se evidencia ninguna solicitud hecha por él ante Colpensiones, pues se allegó historia clínica de VIVA 1A I.P.S, y comunicaciones de Colpensiones al señor Fonseca Pascagasa del 11 de marzo de 2022, 13 de diciembre de 2022 y 23 de junio de 2023 en las que esta entidad le reitera que completamente su solicitud aportando los documentos requeridos e informa en la del 23 de marzo de 2023, que el trámite de Revisión de Estado de Invalidez será cerrado por desistimiento tácito y que la mesada pensional será suspendida y, por último, el concepto médico de un examen RX de columna lumbosacra.

En ese sentido, se observa que es improcedente el amparo pretendido ante la inexistencia de amenaza o vulneración a los derechos fundamentales incoados por parte de la accionada, al encontrarse que la presunta vulneración radica en la conducta del propio individuo, situación que mucho menos resulta amenazante o violatoria del debido proceso. Ello fue estudiado por la H. Corte Constitucional en sentencia T-122 de 2017 al considerar que:

"La Corte Constitucional ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie

en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso.”

Ahora bien, respecto a la pretensión encaminada a que Colpensiones pague el servicio de salud, es preciso mencionar que, la Nueva EPS en su contestación informó que el accionante se encuentra activo en el sistema general de seguridad social en salud con la ya mencionada EPS, demostrando que no hay lugar a impartir una orden respecto a ese pedimento pues no hay una vulneración al derecho deprecado.

II. DEL ESTADO DE LA AFILIACIÓN

Una vez revisada la base de afiliados de Nueva EPS, se evidencia que el señor **CARLOS ALFONSO FONSECA PASCAGASA identificado con Cedula de Ciudadanía No. 79.155.852**, se encuentra en estado **ACTIVO** al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la **NUEVA EPS** en el **RÉGIMEN CONTRIBUTIVO**.

Dadas las anteriores consideraciones, no se impartirá ninguna orden frente a las pretensiones incoadas, como quiera que no es posible conceder el amparo debido a lo ya expuesto.

Finalmente, respecto a los derechos fundamentales vida en condiciones dignas y justas, mínimo vital, seguridad social, estabilidad económica y dignidad humana invocados por el accionante debe haber algún soporte probatorio de cara a su exigibilidad, debido a que como ya se hizo mención el Juez Constitucional tiene el deber de soportar su decisión en el acervo probatorio y no solamente en las afirmaciones. En consecuencia, no se impartirá alguna orden adicional y por carecer de competencia para eventualmente satisfacer las pretensiones incoadas se desvinculará del trámite a la Nueva EPS y a Viva 1A I.P.S. S.A.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **NEGAR EL AMPARO** de los derechos fundamentales invocados por el señor Carlos Alfonso Fonseca Pascagasa, por lo antes expuesto.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico.

TERCERO: **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

CUARTO: **DESVINCULAR** del trámite a la Nueva EPS y a Viva 1A I.P.S. S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

A handwritten signature in pink ink, appearing to read 'Yudy Alexandra Charry Salas', is written over a faint circular stamp. The signature is stylized and includes a small mark that looks like 'cm'.

YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ALNR