

INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2023 – 00055**, informando que las accionadas respondieron el requerimiento efectuado, y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA**. Sírvase proveer.

FABIO EMEL LOZANO BANCO

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

I. ANTECEDENTES

La señora Flor Elisa Bautista Vergel, 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 al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida.

Como sustento, señaló que fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 50.09%, cuya fecha de estructuración es el 20 de septiembre de 2020, por lo que adelantó ante Colpensiones el trámite para el reconocimiento de su pensión de invalidez, y que le fue reconocida desde el 1 de septiembre de 2022 en Resolución SUB 244806 del 7 de septiembre de 2022, y se le negó el retroactivo a partir de la fecha de estructuración puesto que no obra el certificado de incapacidades proferido por la Nueva EPS.

Manifestó que interpuso los correspondientes recursos de reposición y en subsidio apelación en contra del acto administrativo para obtener el reconocimiento y pago del retroactivo pensional, y adjuntó el certificado de incapacidades, pese a lo cual en Resolución SUB 345151 del 19 de diciembre de 2022 se confirmó la decisión atacada.

Como consecuencia, solicita se ordene a Colpensiones a tener en cuenta el certificado de incapacidades, y en consecuencia reconocerle y pagarle el retroactivo pensional, y que sea resuelta su solicitud de manera favorable.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción fue admitida en auto del 7 de febrero de la corriente anualidad, se vinculó al trámite tanto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como a la Nueva EPS, y se ordenó a las accionadas que contestaran la acción.

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez**, contestó la acción en oficio del 8 de febrero del año en curso, solicitando su desvinculación del trámite al enunciar que no existe ningún trámite pendiente por adelantar en su cabeza y que no tiene relación o injerencia en la consecución de las pretensiones incoadas.

La **Nueva EPS**, contestó en oficio del 9 de febrero de 2023, solicitando su desvinculación del trámite, precisando que la actora se haya en estado de afiliación "Activa" en el régimen contributivo, y que dadas las pretensiones no es la competente para el reconocimiento del retroactivo pensional deprecado.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, contestó en oficio del 9 de febrero de 2023, solicitando que se denieguen por improcedentes las pretensiones incoadas, al incumplirse los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

Informó que en Resolución 244806 del 7 de septiembre de 2022, resolvió reconocer la pensión de invalidez a la tutelante desde el 1 de septiembre de 2022, contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación. Que la decisión fue confirmada en resoluciones SUB 345151 el 19 de diciembre de 2022 y DPE 302 del 10 de enero de 2023.

Por tanto y al pretenderse el pago de un retroactivo, ello no afecta el mínimo vital y por tanto se colige la improcedencia de la acción de tutela, máxime cuando se atacan actos administrativos.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se acredita el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, y en caso positivo se indagará si se vulneran los derechos fundamentales del tutelante por el proceder de las accionadas, y 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 1

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 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:

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

² Sentencia T-603 de 2015.

"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 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 6º 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 concreto.

Descendiendo al caso bajo estudio, la tutelante solicita que se ordene a Colpensiones, en concreto, le sean respetados sus derechos como adulto mayor y por ello se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 20 de septiembre de 2020, fecha en la cual se estructuró su pérdida de capacidad laboral en un 50.09%, según el dictamen aportado tanto en el escrito inicial como por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en su respuesta.

En Resolución SUB 244806 del 7 de septiembre de 2022 se dispuso reconocer la pensión de invalidez desde el 1 de septiembre de ese año, contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación, siendo desatado el primero en Resolución SUB 345151 del 19 de diciembre de 2022, en el sentido de confirmar la decisión atacada. Junto con el escrito inicial, igualmente se aportó la misiva del 2 de enero de 2023, donde Colpensiones le informó a la peticionaria que la decisión del recurso de apelación radicado el 19 de diciembre de 2022 se encontraba en proceso de decisión.

Posteriormente, en Resolución DPE 302 del 10 de enero de 2023 al desatar el recurso de apelación, se confirmó el acto administrativo recurrido, decisión que fue conocida por la promotora de la acción tal y como lo enuncia en los hechos de la acción.

Bajo esos supuestos, se avizora que le asiste razón a Colpensiones al esgrimir la improcedencia de la presente acción, ya que, si bien se agotaron los recursos procedentes en la vía administrativa, no es menos cierto que existe una vía idónea para la consecución de los fines acá perseguidos, esto es remitiendo los documentos solicitados por la entidad que, en el presente asunto, no obra prueba que ésta los conozca, o ya sea ante la jurisdicción ordinaria.

Si bien la accionante cuenta con una edad de 62 años a la fecha y padece múltiples patologías, no obra prueba alguna que permita inferir la ineficacia de los mecanismos ordinarios o alguna afectación inminente a alguno de los derechos fundamentales que se invocan, puesto que, en gracia de discusión, la eventual amenaza al mínimo vital se superó con el reconocimiento de la mesada pensional desde el 1 de septiembre de 2022, máxime cuando no se enuncia el impago de la misma.

Como consecuencia de lo anterior, se colige el incumplimiento del requisito de procedibilidad de la acción de tutela de la subsidiariedad, estudiado precedentemente, en la medida que, previo a acudir al mecanismo constitucional se debe acudir a las vías ordinarias, esto es radicando los documentos ante Colpensiones o agotando el correspondiente proceso ante la jurisdicción ordinaria, ya que no obra prueba del acaecimiento de alguna circunstancia que indique que dicha negativa del reconocimiento del retroactivo pensional conlleva algún perjuicio inminente, irremediable o irresistible.

Como consecuencia, no se impartirá ninguna orden frente las pretensiones incoadas, como quiera que no se cumplió el requisito de procedibilidad de subsidiariedad de la acción de tutela, por ser una pretensión netamente económica y que debe ser resuelta por el juez natural, e igualmente tampoco se demostró una situación de debilidad o urgencia manifiesta que sustente el eventual amparo de algún derecho fundamental invocado.

Finalmente, por carecer competencia para, eventualmente, satisfacer las pretensiones elevadas, se desvinculará del trámite tanto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez como a la Nueva EPS.

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,

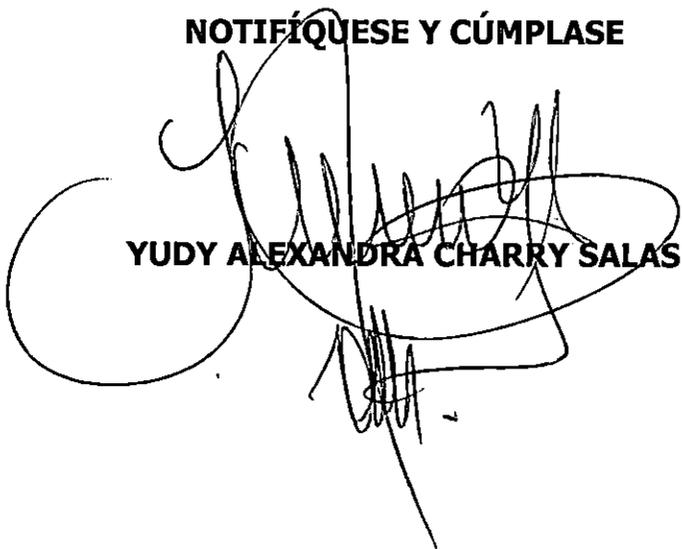
RESUELVE:

- PRIMERO:** **NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Flor Elisa Bautista Vergel, quien actúa en causa propia, por las razones expuestas.
- SEGUNDO:** **DESVINCULAR** del trámite tanto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a la Nueva EPS, por lo antes expuesto.
- TERCERO:** **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico.
- CUARTO:** **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

ERBC


YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS