



Constancia secretarial
Señor Juez la presente acción constitucional fue repartida por la Oficina Judicial el 6 de marzo, por lo que el término de 20 días hábiles para resolver la impugnación vence el 10 de abril de 2024.
A su despacho hoy 9 de abril de 2024.

Juliana Restrepo Hinestroza
Secretaria ad-hoc.

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD
Medellín, nueve de abril de dos mil veinticuatro.

Proceso	Acción de Tutela Segunda instancia
Demandante	EFRAIN ANTONIO MADRIGAL MARIN efrainmadrigalm@gmail.com
Accionadas	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. accioneslegales@proteccion.com.co
1ª Instancia	Juzgado Veintidós Civil Municipal de Oralidad de Medellín cmpl22med@cendoj.ramajudicial.gov.co
2ª Instancia	Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín ccto01me@cendoj.ramajudicial.gov.co
Radicado	05001-40-03-022-2024-00258-01 (01 para 2ª Inst)
Tema	Derechos de petición, mínimo vital, etc.
Decisión	Sentencia
Puede verificarse en	https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-001-civil-del-circuito-de-medellin

Corresponde a este despacho pronunciarse con respecto a la impugnación que dedujo el accionante Sr. EFRAIN ANTONIO MADRIGAL MARIN frente al fallo pronunciado el 23 de febrero de 2024 por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Oralidad de Medellín, como definición de la primera instancia del trámite preferente de TUTELA que promovió contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y cuyas pretensiones fueron negadas.

1) ANTECEDENTES:

Narra el señor Efraín Antonio Madrigal Marín se pensionó anticipadamente, bajo la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, por recomendación de asesora Líder de Prerrequisitos de Protección S.A. quien le explicó que el bono se reclamaría una vez cumpliera los 62 años de edad, y que con base al valor actual del bono al momento de pensionarse y el valor real del bono al momento de ser redimido, la diferencia resultante se recalcularía y por consiguiente se incrementaría su mesada pensional.

Que en septiembre de 2023 cumplió los 62 años y gestionó la reliquidación de su bono pensional, y se le respondió que fue liquidado por \$199'761,000 que se acreditó a su cuenta individual, y que el recalcule de su mesada se ejecutaría en los próximos días y se le notificaría, lo que finalizado octubre no ha sucedido. Por lo que el 31 de octubre de ese año radicó PQR en Protección S.A. que le fue

respondida el 11 de diciembre, con fecha de oficio del 22 de noviembre, en el sentido de que no tiene derecho a ningún incremento de su mesada pensional por efectos de recalcu y que su pensión seguiría en \$1'296,837 para el resto del año 2023, con lo que, afirma el actor, la Administradora accionada se retracta de la información inicialmente dada a él, y le niega derecho al incremento pensional, como también el retroactivo.

Afirma que el valor de su mesada durante el año 2023 era de \$1'296,837 y con el incremento del salario mínimo que quedó en \$1'300,000 este rebasó su mesada en \$3,163, pero por ley y como siempre se venía haciendo con su mesada desde el momento en que se pensionó, ésta se le incrementaba con base con base en el IPC y que esta se mantendría durante todo el año 2024 con el valor actual del salario mínimo. Pero lo más extraño, dice el actor, es que al 31 de diciembre de 2023 su saldo en su cuenta individual se incrementaron en más de \$227,550,123 como resultado del valor del bono pensional redimido más rendimientos financieros, quedando al corte de esa fecha un saldo de \$340'322,708 pero eso para Protección S.A. no fue suficiente para incrementar el valor de su mesada pensional, y en cambio durante los años anteriores desde el momento en que se pensionó con unos saldos finales en su cuenta individual no superiores a \$142'000,000 y sucesivamente éstos iban creciendo año por año, y con unos montos de mesada pensional siempre un poco por encima del salario mínimo vital vigente de cada año, nunca le informaron de recálculos ni de igualar su pensión al valor del salario mínimo vigente de cada año. Agrega que como vieron que el salario mínimo superó su mesada pensional aprovecharon para dejarlo con una pensión mínima.

Señala que es un derecho constitucional el reajuste anual de su mesada pensional, y a sabiendas de que se trata de su propio dinero, esa serie de situaciones le siembran muchas dudas sobre que se estén ejerciendo buenos manejos.

2) PRETENSIONES:

Que se le ordene a PROTECCIÓN S.A. que cumpla lo prometido y lo establecido en la ley, aplicando los incrementos respectivos por concepto de recalcu por la diferencia resultante de su bono pensional una vez redimido y la del correspondiente incremento anual con base en el IPS de su mesada pensional y a su vez los correspondientes retroactivos.

ANEXOS:

- a) Cédula de ciudadanía.
- b) Respuesta fechada el 22 de noviembre de 2023 dada a derecho de petición, informando al Sr. Madrigal que la Nación había realizado el pago del cupón pensiona a su cargo por \$199'781,000, y se había procedido al recalcu de su mesada pensional sin obtener incremento alguno adicional.
- c) Extractos fondo especial de retiro programado, expedido por Protección S.A.

3) ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE TUTELA:

El Juzgado de primera instancia dio curso a la acción de tutela mediante auto que notificó a la demandada.

4) RESPUESTA A LA SOLICITUD DE TUTELA:

PROTECCIÓN S.A. contestó que el señor Madrigal es su afiliado desde el 10 de noviembre de 1995 con fecha de efectividad de la afiliación del 1 de diciembre de

ese año por traslado del régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones.

Se opuso a las pretensiones argumentando que no se cumplen los requisitos mínimos de procedibilidad de la acción de tutela por tratarse de un conflicto económico para el cual el señor Madrigal necesariamente debe acudir a la justicia ordinaria como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia T-114 de 2023.

Destacó y subrayó que el accionante SE ENCUENTRA PENSIONADO POR VEJEZ DESDE EL AÑO 2018 Y RECIBE OPORTUNAMENTE EL PAGO DE SU MESADA PENSIONAL LA CUAL ASCIENDE ACTUALMENTE A \$1.300.000 mensuales, sobre la cual tiene descuento por valor de \$52.000 por concepto de Seguridad Social. Por lo que tiene garantizados sus ingresos mensuales acordes a su capacidad económica o mínimo vital y garantizada la atención en salud él y su familia, por lo que no existe perjuicio irremediable según las condiciones detalladas en la Sentencia T-641 de 2014.

Igualmente señaló que no se cumple tampoco el presupuesto de subsidiaridad por existir para el actor otro medio de defensa, no siendo la tutela un mecanismo alternativo para lograr la protección de derechos.

Precisó que como se mencionó anteriormente, la parte hoy accionante se PENSIONÓ ANTICIPADAMENTE A SUS 56 AÑOS, lo cual representa un beneficio de la modalidad de retiro programado y por lo cual no hay lugar a la presente acción de tutela, pues lo que sucede cuando se redime el bono pensional es que se REFINANCIA LA CUENTA DE AHORRO INDIVIDUAL que se ha ido descapitalizando a lo largo del tiempo, NO SE RECALCULA EL MONTO DE LA MESADA PENSIONAL POR UN MAYOR VALOR, lo cual es diferente.

De esta manera, no es procedente lo pretendido hoy por la parte accionante, pues al momento de pensionarse de manera anticipada se tuvo en cuenta para el cálculo tanto el dinero de su cuenta de ahorro individual como el valor del bono a fecha de redención, factores que hoy financian su pensión de vejez. De manera que, el único motivo por el cual podría haber una variación en el valor de las mesadas es algún cambio en la historia laboral del pensionado. En el caso cabe traer a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL1168-2019 en los siguientes términos:

“En este esquema pensional del RAIS no existen beneficios predefinidos, pues se trata de un sistema de capitalización individual, en el que el valor de la prestación de vejez depende de las sumas acumuladas en la cuenta de ahorro individual del asegurado, las cuales provienen de las cotizaciones -obligatorias y voluntarias- del afiliado o de sus empleadores, del bono pensional y de los subsidios del Estado si a ello hay lugar, así como del rendimiento de los saldos en el mercado financiero”

El recálculo es una figura legal y está contemplada de manera expresa en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, por tanto, la Administradora de Fondos de Pensiones debe adelantar dicho cálculo con el fin de obtener anualmente el valor que debe reconocer como mesada pensional atendiendo a varios factores que inciden en el comportamiento del saldo del pensionado, tales como la rentabilidad obtenida, la expectativa de vida del pensionado y sus beneficiarios, entre otros. La norma mencionada contempla lo siguiente:

“Artículo 81. - Retiro programado. El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios, obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar.

Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.

El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. (...)." (Subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, se reitera que al momento de elegir la modalidad de retiro programado conforme al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el afiliado es informado de las características que componen dicha modalidad, entre ellas, expresamente se le indica la posibilidad de que su mesada producto del recálculo anual que debe realizar la AFP se vea disminuida, se mantenga o aumente incluso por encima de la inflación.

Conforme lo expuesto, se precisa que, en el régimen de ahorro individual, para efectos de establecer el valor de la mesada pensional bajo la modalidad pensional de retiro programado, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de Renta Vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.

Una vez encontrado dicho valor, la mesada pensional se calcula dividiendo el capital disponible en la cuenta del pensionado por el factor actuarial determinado para cada caso, factor actuarial que se establece luego de aplicar las fórmulas matemáticas dispuestas en las resoluciones que rigen el tema. Dicho cálculo actuarial, es una combinación de un cálculo financiero con la probabilidad de vida de los beneficiarios a los que se les va a pagar la pensión.

Las AFP no actúan de manera arbitraria en la fijación de las mesadas de los pensionados en retiro programado pues los cálculos deben corresponder en todo caso a las fórmulas que expide el Gobierno Nacional y la nota técnica aprobada por la Superintendencia Financiera de Colombia, así las cosas, aplicar un incremento en la mesada superior al que arrojan los cálculos técnicos actuariales van en desmejora del propio pensionado, pues aceleran la pérdida del valor de la cuenta individual y lo conducen a que reciba un menor valor cuando más puede necesitar de su pensión.

Explicó la modalidad y condiciones del retiro programado sin negociación del bono pensional, elegida por el accionante, en la que afiliado se pensiona anticipadamente sin haber redimido el bono pensional, como en este caso ocurrió con el Sr. Madrigal que se pensionó a los 56 años de edad, lo que eligió libremente como consta en la carta de elección de modalidad pensional por él suscrita y anexa.

PROTECCIÓN S.A. puso de presente que en el evento que se llegare a autorizar u ordenar una forma de recálculo diferente al establecido en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, se desnaturalizaría la figura de la modalidad de pensional de retiro programado, conllevando a la disminución del capital para financiar una pensión. No puede pretender el señor Efraín Antonio Madrigal Marín, que habiendo escogido la modalidad de retiro programado esta solo se le aplique en lo favorable, más concretamente solicitando reajustes superiores a los obtenidos, y por el contrario pretender un reajuste del IPC conforme a la renta vitalicia consagrada en una disposición normativa diferente y con características

particulares que distan de la modalidad de retiro programado para la cual se contempla expresamente el recalcular. Ello no es posible, pues precisamente ese fue el cambio introducido por la Ley 100 de 1993 en desarrollo de las normas constitucionales que el mismo accionante invoca, consistente en conservar el régimen tradicional que ha sido manejado por el ISS y algunas Cajas de Previsión, creando a su vez un nuevo esquema, en un marco de inversión financiera, ligado a las características y riegos de los mercados de capitales, pero con posibilidades de obtener las altas ganancias que a largo plazo un inversionista prudente obtiene en las inversiones de este tipo.

Igualmente, se debe tener presente nuevamente que la modalidad de retiro programado no garantiza que la mesada pensional aumente de manera constante, pues su principal característica es que, en virtud de las variaciones de los mercados, o la disminución o aumento de los rendimientos reales obtenidos por los fondos o el retiro de los excedentes de libre disponibilidad esta puede aumentar, mantenerse o disminuir.

Es un principio de derecho que las normas no pueden aplicarse parcialmente y sólo en lo favorable a quien las invoca. Ellas deben ser aplicadas en su integridad, cosa que no acepta el Actor.

Finalmente explicó que proceder como lo sugiere el accionante, conlleva a una disminución adicional del capital existente en la cuenta de ahorro individual, vulnerando la suficiencia de la pensión ya reconocida.

Trajo como anexos:

- a) Certificado de existencia y representación legal.
- b) Cálculo de la pensión.
- c) Elección de la modalidad.
- d) Carta de notificación de la prestación.
- e) Certificado de pensión con pagos.

5) FALLO PRONUNCIADO EN PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado del conocimiento decidió en la forma indicada al inicio apoyado en argumentos propios y en citas jurisprudenciales.

6) IMPUGNACIÓN.

El accionante Sr. Madrigal pide revocatoria del fallo reiterando los hechos de su demanda de amparo y explicando cómo estima él que se debe recalcular y pagar su mesada pensional.

7) ACTUACIÓN SURTIDA EN SEGUNDA INSTANCIA:

Conociendo de la impugnación aquí no se consideró necesario solicitar informes adicionales para llegar al convencimiento respecto de la situación litigiosa, que ya se tiene y por lo tanto se considera que es oportuno ahora adoptar la decisión correspondiente al segundo grado, lo que se hará con apoyo en las siguientes...

8) CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Aspectos Generales de la Acción de Tutela:

La ACCIÓN DE TUTELA consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, está instituida como un mecanismo adecuado para que todas las personas reclamen ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley, pues en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva. La protección correspondiente, como lo precisa el mandato superior, consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de actuar, que se imparte en un fallo de inmediato cumplimiento, pese a que puede impugnarse ante el juez competente y que en últimas el expediente debe ser remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esto último dice que el recurso de impugnación que el fallo de tutela amerite y la eventual revisión, se surten en el efecto devolutivo.

Es también previsión de la norma constitucional citada, como ya está dicho, la que predica la subsidiaridad de la acción de tutela, cuando dice que sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Para el caso concreto puede entenderse a su presentación viable el trámite de la acción de tutela y las respectivas legitimaciones en la causa, sin necesidad de extensas argumentaciones. Respecto al principio de inmediatez puede aceptarse el libelo está dentro de sus límites.

El problema jurídico.

De acuerdo con esos planteamientos le corresponde a este despacho definir, por vía de revisión en la segunda instancia, si en las condiciones dichas debió concederse la tutela en la forma pedida por la parte actora o si por el contrario se debe confirmar la decisión de primer grado para ratificar la improcedencia de la misma y de su impugnación.

Para tal efecto se acudirá a la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional cuyas decisiones constituyen doctrina constitucional de obligatorio acatamiento, so pena de vulnerar la propia Ley Suprema, como lo advirtió esa máxima autoridad en cita según la cual “...resultaría inútil la función de revisar eventualmente los fallos de tutela si ello únicamente tuviera por objeto resolver la circunstancia particular del caso examinado, sin que el análisis jurídico constitucional repercutiera, con efectos unificadores e integradores y con algún poder vinculante, en el quehacer futuro de los jueces ante situaciones que por sus características respondan al paradigma de lo tratado por la Corte en el momento de establecer su doctrina.” (SENTENCIA T- 175 del 8 de abril de 1997, reiterada en sentencia T- 715 de 2001)

La jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y el caso concreto.

Partiendo de afirmación según la cual la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, pues sólo puede acudir a éste mecanismo constitucional ante la ausencia de otros medios de defensa judicial o cuando existiendo este, la persona se encuentre ante la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable, que puede ser conjurado mediante una orden de amparo transitoria^[5], se tiene que al respecto, la Corte ha señalado que:

“Para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen, así como las pretensiones del actor, para verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o sí a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales”^[6].

“2. Así mismo, en sentencia T-723 de 2010^[1] se estableció que la acción de tutela procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios^[2] para la satisfacción de tal pretensión. De este modo, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios sean a) ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable^[3] -condiciones que se analizan bajo las circunstancias particulares del caso concreto- la acción de tutela es procedente, conforme lo estableció el artículo 86 de la Constitución Política^[4] y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991^[5].

“De este modo, cuando existe un medio de defensa judicial idóneo y se está ante la configuración de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, mientras que procede manera definitiva cuando el otro medio de defensa judicial no existe o no es eficaz para proteger los derechos fundamentales. Y, en el caso de ser procedente como mecanismo transitorio, el juez constitucional ha estimado que deben concurrir unas especiales condiciones que harían procedente el amparo transitorio, como son (i) que se produzca de manera cierta y evidente una amenaza sobre un derecho fundamental; (ii) que de ocurrir no exista forma de reparar el daño producido al mismo; (iii) que su ocurrencia sea inminente; (iv) que resulte urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (v) que la gravedad de los hechos, sea de tal magnitud que haga evidente la imposterabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales^[6].”

Especialmente y para el caso concreto esta agencia judicial del circuito tendrá en cuenta lo indicado en la sentencia **T-412 de 2027** en la que la Corte Constitucional expuso lo siguiente:

“Examen de procedencia de la acción de tutela Subsidiariedad

3.- El inciso 4° del artículo 86 de la Norma Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que *“[e]sta acción sólo 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”*.

Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

4.- Respecto de lo anterior, en la **sentencia T-1008 de 2012¹**, 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 evitar el agotamiento de la jurisdicción ordinaria o contenciosa, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para remplazar los medios ordinarios existentes.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015² y T-630 de 2015³**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a 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.

5.- Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de

¹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial pendiente por agotar no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que *“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”*⁴.

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 invocado⁵.

Con respecto a la idoneidad del recurso ordinario, en la **sentencia SU-961 de 1999**⁶, esta Corporación indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, y si los medios pendientes no cumplen con dicho fin, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**⁷, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

6.- En relación con la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**⁸, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, éste 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.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**⁹, reiterada en la **T-956 de 2014**¹⁰, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto demanda la existencia de evidencias fácticas de la presencia de un daño en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el daño esté consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material o moral a una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

7.- Ahora bien, es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental¹¹. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000**¹² determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

⁴ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁵ Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹ M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹ T-760 de 2008, MP. Mauricio González Cuervo; T-819 de 2003 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-846 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño. Citadas en la sentencia T-571 de 2015.

¹² MP. Alejandro Martínez Caballero.

Más adelante, en la sentencia **T-131 de 2007**¹³, la Corte estableció que en sede de tutela generalmente la carga de la prueba incumbe al accionante. Así pues, la persona que pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos que fundamentan sus pretensiones y llevar al juez a tomar una decisión con certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario como es el caso de las víctimas de desplazamiento forzado.

Por otra parte, esta Corporación se ha pronunciado sobre las facultades que tiene el juez constitucional de solicitar las pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las pruebas que sustentan sus pretensiones. En particular, en la **sentencia T-864 de 1999**¹⁴, este Tribunal afirmó que la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida en la sus decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado. Igualmente, en la **sentencia T-498 de 2000**¹⁵, señaló que en casos de tutela el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la Norma Superior.

En el mismo sentido, en la **sentencia T-699 de 2002**¹⁶, la Corte estableció que los jueces tienen el deber de decretar y practicar pruebas con el fin de tener los suficientes elementos de juicio para fallar un asunto sometido a su consideración con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Finalmente, en la **sentencia T-571 de 2015**¹⁷, esta Corporación reiteró las sentencias anteriormente citadas e indicó que la informalidad que caracteriza el amparo constitucional no significa que el juez pueda sustraerse de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso. Asimismo, resaltó que la decisión del juez:

“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”.

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios. Sin embargo, es necesario evaluar la eficacia del medio ordinario, pues si en el caso concreto se advierte que éste no es idóneo para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados, a pesar de la verificación de esos mecanismos procede la acción de tutela.

Asimismo, existen situaciones de hecho en las que se encuentra debidamente probada la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido. En esas situaciones la acción de tutela es procedente aun cuando no se hayan agotado tales mecanismos.

Reiteración del principio de subsidiariedad de la acción de tutela para obtener el reajuste de pensiones

8.- La regla sobre el carácter subsidiario de la tutela, de acuerdo con la cual su procedencia está sujeta a la inexistencia o ineficacia de los mecanismos ordinarios de defensa al alcance de los afectados, ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en el análisis de solicitudes de amparo dirigidas a obtener el reajuste de pensiones.

Así, por ejemplo, en la **sentencia T-686 de 2004**¹⁸, en la que se estudió la acción de tutela formulada, como mecanismo transitorio, por una persona de 78 años para que se reajustara la pensión de jubilación que le fue reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social, la Corte señaló que *“no cualquier perjuicio asume el carácter de irremediable, pues es menester que concurren varios requisitos tales como la inminencia, gravedad, irreversibilidad así como la impostergabilidad y urgencia de*

¹³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁷ M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁸ M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

una medida, como única manera de resolver la conculcación de los derechos fundamentales del peticionario.”

En efecto, en esa oportunidad la Sala Novena de Revisión indicó que la edad del accionante y sus graves condiciones de salud daban cuenta de la configuración de un perjuicio irremediable. Sin embargo, denegó el amparo por no encontrar cumplidos los requisitos legales para el otorgamiento del reajuste solicitado.

Asimismo, en la **sentencia T-320 de 2015**¹⁹ la Sala Cuarta de Revisión destacó que *“(…) este Tribunal ha ordenado, en sede de control concreto, el reconocimiento y pago de diferentes pensiones, y también su reajuste e indexación, siempre y cuando en el peticionario concurren unos agravantes que, de no adoptarse una postura jurídica de protección pronta, podría generar un daño irreparable a las prerrogativas fundamentales del peticionario, principalmente, al mínimo vital, a la seguridad social y a la salud”.*

9.- De manera que, en armonía con el presupuesto de subsidiariedad previsto en el artículo 86 Superior, si el actor no acredita la grave afectación de su mínimo vital o de su derecho a la vida digna como consecuencia de la falta de reconocimiento o pago del reajuste pensional, la tutela resulta improcedente para dilucidar esa pretensión.”

El caso concreto:

Tal como al inicio quedó compendiado el señor EFRAIN ANTONIO MADRIGAL se encuentra gozando de pensión anticipada desde el año 2017 a cargo de la accionada AFP PROTECCIÓN S.A., la cual informó tal sociedad que está siendo pagada oportunamente con lo que se le garantiza su mínimo vital y con los descuentos que garantizan su seguridad social en salud por parte de su EPS.

Sin embargo, el actor afirma que tiene derecho a que sea recalculada esa mesada pensional en razón de que ya cumplió los 62 años de edad y ya fue consignado a su cuenta individual en la AFP el monto del bono pensional que estaba pendiente hasta superar tal edad. El demandante expresa de qué manera debe ser recalculada tal mesada y a su turno la demandada informa cuál es la forma en que se calcula la misma de acuerdo con el plan de pensión escogido por el afiliado, y argumenta que proceder al cálculo en la forma que lo estima pertinente el actor no es procedente porque ello desnaturalizaría la figura de la modalidad de pensional de retiro programado, conllevando a la disminución del capital para financiar su pensión y vulnerando la suficiencia de la pensión ya reconocida. Adicionalmente señaló la accionada que las normas no pueden aplicarse parcialmente y sólo en lo favorable a quien las invoca, sino que ellas deben ser aplicadas en su integridad, cosa que no acepta el actor.

Como puede notarse, se trata con las pretensiones del actor y las defensas de la accionada realmente de un debate de carácter económico respecto a la forma en que los involucrados estiman que debe calcularse el valor de la mesada pensional a que tiene derecho el Sr. Madrigal y de la cual viene disfrutando en forma anticipada, es decir desde antes de haber cumplido la edad de 62 años prevista para los hombres con tal finalidad cuando acrediten tener cotizadas las semanas legalmente previstas o cuando cuenten con el capital suficiente que garantice esa prestación económica, según el régimen o el plan pensional en el que se encuentre y tal pensión la tiene inclusive desde antes de que fuera pagado o redimido el bono pensional. Todo ello en razón de la modalidad de pensión que afirma y acreditó la AFP que eligió libremente su afiliado y que según explicó esa sociedad no garantiza que la mesada pensional aumente de manera constante, pues su principal característica es, en virtud de las variaciones de los mercados o la disminución o aumento de los rendimientos reales obtenidos por los fondos o el retiro de los excedentes de libre disponibilidad esta puede aumentar, mantenerse o disminuir.

¹⁹ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Tal debate ciertamente no compete resolverlo al juez constitucional por vía de tutela, sino al juez ordinario laboral a la luz del contrato celebrado entre el pensionado y la AFP demandada y las normas que lo regulan, correspondiéndole determinar a cuál de los sujetos involucrados le asiste la razón en sus alegaciones para determinar en caso de que llegaren a prosperar las pretensiones cuál es la forma correcta en que debe proceder la Administradora para calcular la mesada pensional. De tal manera no se encuentra cumplido en esta acción constitucional el presupuesto de subsidiaridad y de ahí su improcedencia.

Lo anterior se afirma porque para el asunto en estudio nada acredita y menos se ha alegado que el proceder de PROTECCION S.A. en el cálculo de la mesada pensional del Sr. Madrigal amenace o le esté causando un perjuicio irremediable que tenga que ser conjurado de manera inmediata por vía constitucional. Por el contrario, y tal como se ha dicho, el actor disfruta de su mesada pensional pagada en forma oportuna y en razón de lo cual además tiene garantizada su atención en salud, no siendo tal mesada inferior al valor de un salario mínimo legal mensual.

De tal manera resulta evidente que a pesar de lo aducido por la parte accionante y no existiendo un perjuicio irremediable de la entidad y seriedad a que se ha referido la jurisprudencia constitucional que tenga que ser conjurado con esta acción de tutela, ni siquiera ejercida como mecanismo transitorio, no resulta pertinente acceder a la revocatoria pedida.

Se tiene entonces que la decisión de primera instancia merece confirmación.

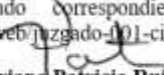
A mérito de lo expuesto que el Juzgado Primero Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, adopta la siguiente

9) DECISIÓN:

- 1) **CONFIRMAR** la sentencia a que se refiere la parte motiva que negó pretensiones del Sr. EFRAIN ANTONIO MADRIGAL frente a la AFP PROTECCION S.A.
- 2) **ORDENAR** que esta decisión se notifique a las partes y al Juzgado de primera instancia por correo electrónico institucional.
- 3) **DISPONER** que en la oportunidad pertinente se envíe el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ ALEJANDRO GÓMEZ OROZCO

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE MEDELLÍN En la fecha, digitalmente generada, se notifica la providencia precedente, PERSONALMENTE con su remisión (Ley 2213 de 2022) o por ESTADOS ELECTRÓNICOS (C.G.P.), cuyo número de estado y contenido de la actuación, inclusive para efectos de constatar su autenticidad, hallará alojado en el Micrositio asignado a este Juzgado por la Rama Judicial, en la fecha y con el radicado correspondiente, en la siguiente dirección: https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-001-civil-del-circuito-de-medellin/105.  Adriana Patricia Ruiz Pérez Secretaría

JR