JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C, dos (02) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA: Acción de tutela promovida por NELSON ARIEL MORENO NIÑO en calidad de agente oficioso del señor JAVIER MORENO NIÑO contra la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-. Radicado 2021-00428-00.

Agotado el trámite del asunto, y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

DERECHOS INVOCADOS: Solicita el agente oficioso que se le amparen los derechos fundamentales de mínimo vital, vida en condiciones dignas y seguridad social.

PERSONA O ENTIDAD CONTRA LA QUE SE DIRIGE LA ACCIÓN: Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- y la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones.

PRETENSIÓN: se ordene a La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a:

1. Reconocer y pagar la sustitución pensional, del señor JAVIER MORENO NIÑO, en calidad de hijo invalido que dependía económicamente de la pensionada fallecida BERTHA HAYDEE NIÑO DE MORENO.

2. Que no se solicite el dictamen de invalidez y la constancia ejecutoria y firmeza del dictamen de invalidez, ni otra documentación adicional a la requerida en la ley.

HECHOS RELEVANTES: como fundamento del amparo constitucional, en síntesis, se relacionaron los siguientes:

1. Expresa que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL ISS, hoy liquidado, mediante Resolución No. 012298 del 21 de junio de 1996 reconoció pensión de vejez a favor de la señora NIÑO DE MORENO BERTHA HAYDEE, quien falleció el 07 de julio de 2020 a causa de COVID 19.

2. Indica que su hermano JAVIER MORENO NIÑO fue diagnosticado por el Instituto de Seguros Sociales ISS con RETARDO MENTAL MODERADO DE CARÁCTER IRREVERSIBLE, enfermedad que padece desde su nacimiento, la cual fue calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 55.75% con fecha de estructuración del 21 de octubre de 1964.

3. Reitera que mediante sentencia del 30 de septiembre de 2004 el Juzgado 12 de Familia de Bogotá lo declaró interdicto por discapacidad mental permanente, la cual fue confirmada por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia de fecha diciembre 16 de 2004, inscrita en el

correspondiente registro civil de nacimiento y que se designó como guardadora legítima del señor JAVIER MORENO NIÑO a su señora madre la señora BERTHA HAYDEE NIÑO DE MORENO.

4. Que a causa del fallecimiento de su señora madre BERTHA HAYDEE NIÑO DE MORENO, su hermano JAVIER MORENO NIÑO, quedó sin la persona que le proveía todas sus necesidades, y fue retirado de la EPS como beneficiario, quedando sin servicio de salud.

5. Expresa que a su hermano JAVIER MORENO NIÑO le asiste derecho a la sustitución pensional por cumplir con las condiciones requeridas por la normatividad vigente.

6. Reitera que el día 27 de agosto de 2021, obrando en calidad de hermano y agente oficioso del actor, radicó ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, en calidad de hijo invalido de la pensionada fallecida BERTHA HAYDEE NIÑO DE MORENO, el cual fue recibido con radicado No. 2021_9869365.

7. Que el día 07 de septiembre de 2021 fueron notificados de la respuesta de dicha solicitud, mediante Resolución No. 2021_10302298, la cual niega el reconocimiento de la sustitución pensional, procedió a presentar recurso de reposición y en subsidio de apelación los cuales mediante Resolución número radicado No. 2021_10763221 fueron resueltos y decidió confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. SUB 204064 del 27 de agosto de 2021.

8. Que la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital al negar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, ya que no existe normatividad alguna que ordene allegar la constancia de ejecutoria y firmeza del dictamen de invalidez, para conceder esta acreencia pensional.

9. Afirma que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES cuenta con la documentación suficiente para constatar el estado de invalidez de su hermano JAVIER MORENO NIÑO, y con ello conceder el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a que tiene derecho, como hijo invalido que dependía económicamente de la pensionada fallecida BERTHA HAYDEE NIÑO DE MORENO.

10. Finalmente, indica que acude en calidad de agente oficioso de su hermano JAVIER MORENO NIÑO, teniendo en cuenta que se encuentra imposibilitado para solicitar en nombre propio la protección de sus derechos fundamentales, así como el reconocimiento y pago de la prestación económica a la que tiene derecho por ser el único beneficiario de BERTHA HAYDEE NIÑO DE MORENO.

TRAMITE PROCESAL

La acción de tutela correspondió por reparto el día 19 de noviembre de la presente anualidad y como quiera que la solicitud de tutela no venía firmada por quien actúa como agente oficioso, se procedió mediante auto de fecha 22 de noviembre (archivo 006 del expediente digital) a requerirlo para que allegara la solicitud de tutela firmada, cumplido lo anterior, fue admitida mediante auto del 23 de noviembre de 2021 (archivo 009 del expediente digital) y fue notificada la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- y la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones, en debida forma tal y como consta en archivos 011 y 012 del expediente digital. De otra parte, se comunicó la existencia de la presente acción constitucional a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE- (archivo. 010 del expediente digital).

CONTESTACIÓN

La accionada Colpensiones por intermedio de MALKY KATRINA FERRO AHCAR en calidad de Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales presento informe el día 26 de noviembre de 2021 (archivo 012 del expediente) así:

1. Afirma que efectivamente el 21 de junio de 2021 se presentó el señor Javier Moreno Niño a reclamar la sustitución pensional, radicado Nro. 2021_7002360.

2. Que esta entidad mediante Resolución No. SUB 204064 del 27 de agosto de 2021, negó el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a MORENO NIÑO JAVIER identificado (a) con CEDULA CIUDADANIA No. 79328385, en calidad de Hijo Invalido.

3. Que frente al oficio proferido por el Instituto de Seguro Social – ISS, con fecha 3 de abril de 2002, en el cual se comunica la evaluación medico laboral del señor MORENO NIÑO JAVIER no se aporta constancia ejecutoria, emitida por el Instituto de Seguro Social.

4. Expresa que mediante requerimiento interno No. 2021_9310859, realizado a la Dirección de Gestión Documental, se solicitó revisión del expediente para verificar la existencia de dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por el Instituto de Seguro Social, y que una vez revisado el expediente ISS heredado por COLPENSIONES no se encuentran los documentos aportados por el solicitante, pero en efecto se evidencia que la causante en vida habría señalado la condición de su hijo MORENO NIÑO JAVIER.

5. Reitera que con la liquidación del Instituto de Seguro Social, se efectuó un proceso separado para cada una de las actividades que el ISS realizaba, es decir como fondo de pensiones, como empresa prestadora de salud - EPS y como administradora de riesgos profesionales – ARP, motivo por el cual,

dicho trámite de calificación lo pudo haber efectuado cualquiera de las áreas antes señaladas a cargo del ISS.

6. Afirma que el documento aportado por el solicitante, es una evaluación medico laboral y no un Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, y que consultado el expediente administrativo de la causante como del beneficiario, no obra Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral como constancia de ejecutoria, con lo cual se pueda demostrar la validez del oficio aportado.

7. Expresa que el solicitante a través de su agente oficioso el día 16 de septiembre de 2021, presentó recurso de reposición en subsidio el de apelación y que esta entidad mediante Resolución SUB 399313 de 11 de noviembre de 2021, confirma en todas y cada una de sus partes la Resolución No. SUB 204064 del 27 de agosto de 2021, por cuanto no se aportó constancia de ejecutoria emitida por el instituto de seguro social y , por lo anterior deberá iniciar proceso de calificación ante COLPENSIONES, atendiendo el proceso establecido en el trámite de calificación de la invalidez conforme lo señala el artículo 142 del Decreto Ley 019 De 2012.

8. Finalmente le solicita al Despacho se denieguen las pretensiones de la acción de tutela, toda vez que son abiertamente improcedentes, por cuanto a la parte actora se le indicó las razones por las cuales no procedía el reconocimiento de la prestación y, además, de mantener su inconformidad el accionante cuenta con otros mecanismos judiciales previstos en la ley y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Así mismo la accionada COLPENSIONES por intermedio de MALKY KATRINA FERRO AHCAR en calidad de Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales presento informe el día 30 de noviembre de 2021 (archivo 013 del expediente) así:

1. Afirma que mediante Resolución DPE 10768 del 29 de noviembre de 2021 se resuelve Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 204064 del 27 de agosto de 2021.

2. Expresa que si bien el solicitante cuenta con anotación de interdicción la misma no se cuenta con la revisión por parte del juez para determinar si continua la interdicción o la necesidad de un apoyo. Po lo anterior es importante que el solicitante inicie tramite de perdida de calificación para sí poder efectuar un nuevo estudio de la prestación a petición de parte y dar lo que en derecho corresponda.

3. Expresa que esta entidad gestionó en debida forma las diferentes peticiones del accionante, por lo tanto, no es posible ni materialmente posible endilgar vulneración alguna por parte de esta administradora, ahora bien, si el

accionante presenta desacuerdo con lo resuelto, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no vía acción de tutela ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

4. Finalmente, afirma que resulta evidente que la tutela de la referencia no está llamada a prosperar frente a las pretensiones por cuanto no cumple con los requisitos excepcionales para resolver de fondo la controversia que por naturaleza compete al juez ordinario, así como no existe acción u omisión por parte de la entidad mediante el cual se configure la vulneración de los derechos invocados en favor de JAVIER MORENO NIÑO.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se estableció como un mecanismo para garantizar la Protección efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de Colombia y, la misma fue reglamentada en el Decreto 2591 de 1991, que señaló las reglas básicas de su aplicación. Es así como el artículo 6º de dicha normativa delimitó su procedencia para situaciones en las cuales no existieran recursos o mecanismos judiciales ordinarios salvo que fuera interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no obsta para que se analice en cada caso si el procedimiento correspondiente resulta eficaz de acuerdo con las circunstancias fácticas y jurídicas.

PROBLEMA JURÍDICO corresponde al despacho resolver lo siguiente:

¿Resulta procedente la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la sustitución pensional solicitada por el señor Javier Moreno Niño en calidad de hijo invalido con ocasión al fallecimiento de su señora madre BERTHA HAYDEE NIÑO MORENO?

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Carta Política de 1991 consagró la acción de tutela como un mecanismo judicial de naturaleza excepcional orientado a brindar a toda persona una protección inmediata ante conductas de autoridades públicas o de particulares –en determinadas circunstancias–, que ocasionan una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales del solicitante.

La Corte Constitucional a través de la sentencia T-501 de 2019 plasmo "*Dado su carácter excepcional, la acción de tutela no está destinada a sustituir los procedimientos a través de los cuales los jueces ordinarios resuelven normalmente las controversias, de modo que, en principio, sólo es procedente en los eventos en que el peticionario carezca de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para perseguir la salvaguarda de sus garantías constitucionales, salvo que, dada la inminencia de una lesión iusfundamental, se recurra a ella como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable*".

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE PENSIONES

La corte constitucional en su reiterada jurisprudencia, específicamente la sentencia T-012 de 2017 estableció:

> *"la acción de tutela es un mecanismo previsto en la Constitución, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales frente a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de la cual se desprenda vulneración o amenaza a los mismos; el cual sólo es procedente en la medida en que no se disponga de otro medio eficaz de defensa judicial para salvaguardar los derechos invocados, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para conjurar un perjuicio irremediable, o para hacer cesar un daño que se le viene ocasionando al tutelante.*
>
> *En ese sentido, la acción de tutela no procede por regla general para ventilar asuntos cuyo conocimiento le ha sido deferido a la jurisdicción ordinaria, como lo son las controversias alusivas a la reclamación de pensiones y otras prestaciones económicas de que se ocupan los jueces laborales, so pena de despojar al amparo de su carácter excepcional".*

COMPETENCIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL.

La corte constitucional a través de la sentencia T-1083 de 2001 dispuso:

"En efecto, al Juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, como la de reconocer una pensión, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende. En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación en indicar que "los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aun cuando de estos se predica su carácter legal.

(…)

El Juez de la tutela no puede, entonces, reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley, sino que su accionar es un medio de protección de derechos propios de la persona humana en su primacía. Por ello, no es pertinente como así ocurre en el presente asunto, formular la acción de tutela, por cuanto supone desconocer los medios ordinarios para dirimir controversias acerca de la titularidad de una pensión de jubilación"

CRITERIOS PARA IDENTIFICAR UN PERJUICIO IRREMEDIABLE

La Corte Constitucional ha trazado una serie de criterios para identificar el perjuicio irremediable, así:

"Es aquel (i) que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) que el daño es inminente; (iii) que de ocurrir no existiría forma de

reparar el daño producido; (iv) que resulta 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 es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales"[1].

CASO CONCRETO:

De manera inicial, debemos señalar que el señor Nelson Ariel Moreno Niño se encuentra plenamente habilitado para agenciar los derechos de su hermano Javier Moreno Niño, pues conforme los soportes documentales que acompañaron con la solicitud de amparo, se avizora que el accionante se encuentra imposibilitado para el ejercicio de su defensa, debido a que es una persona interdicta y padece de retardo mental moderado de carácter irreversible, art. 10 Decreto 2591 de 1991.

No existe discusión entre las partes, de que el actor presentó solicitud de reconocimiento y pago de la sustitución pensional y, que mediante la Resolución No. SUB 204064 del 27 de agosto de 2021, COLPENSIONES negó el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a MORENO NIÑO JAVIER en calidad de Hijo Invalido, que inconforme con la decisión, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación los cuales fueron negados mediante la Resolución SUB 399313 de 11 de noviembre de 2021, confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución No. SUB 204064 del 27 de agosto de 2021, reiterando que no se aportó constancia de ejecutoria emitida por el instituto de seguro social y, por lo anterior, deberá iniciar proceso de calificación ante COLPENSIONES, atendiendo el proceso establecido en el trámite de calificación de la invalidez conforme lo señala el artículo 142 del Decreto Ley 019 De 2012.

Además, no existe discusión de que la accionada emitió un informe al Despacho el día 30 de noviembre de la presente anualidad, indicando que "*mediante Resolución DPE 10768 del 29 de noviembre de 2021 se resuelve Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 204064 del 27 de agosto de 2021, además, manifestando que si bien el solicitante cuenta con anotación de interdicción la misma no se cuenta con la revisión por parte del juez para determinar si continua la interdicción o la necesidad de un apoyo. Po lo anterior es importante que el solicitante inicie tramite de perdida calificación para sí poder efectuar un nuevo estudio de la prestación a petición de parte y dar lo que en derecho corresponda*".

Conforme a lo antes expuesto, y descendiendo al asunto de la referencia, advierte este Despacho que la vulneración de los derechos fundamentales que alega el actor se originan en la omisión por parte de la accionada de reconocer la prestación económica de la sustitución pensional al actor por ostentar la calidad de hijo inválido, lo que evidentemente involucra un conflicto jurídico de orden legal, el cual es improcedente dirimirse por medio de la acción de tutela, ya que

[1] Sentencias T-225 de 1993 y SU-086 de 1999.

existen otros medios o recursos de defensa judicial para obtener el reconocimiento y pago de dicha prestación económica.

Encontrando esta Juzgadora que dicho reconocimiento pensional debe de ser debatido y ventilado ante la jurisdicción Ordinaria laboral a través de proceso judicial de conformidad con lo previsto en el Art. 2 Núm. 4 del CPTSSS, por tratarse de una controversia relativa a la seguridad social, evidenciándose así, que no resulta ser la acción constitucional el mecanismo idóneo para obtenerla, pues el legislador estableció el proceso eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se invocan como conculcados, otorgándole competencia a la jurisdicción ordinaria Laboral.

Así las cosas, es claro por este Despacho que el Juez de tutela no puede reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley, ya que no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, como la de reconocer una pensión, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende.

Frente al perjuicio irremediable alegado por el agente oficioso del actor, en cuanto a que el accionante carece de un sustento económico que le permita suplir sus necesidades mínimas debido a la discapacidad que padece "RETARDO MENTAL MODERADO DE CARÁCTER IRREVERSIBLE", encuentra este Despacho que analizada la documental aportada con el escrito de tutela, se extrae que el accionante actualmente goza de una pensión de sobrevivientes reconocida por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), mediante Resolución RDP 023563 del 8 de septiembre de 2021 (págs. 87 a 92 del archivo 008 del expediente digital), la cual fue reconocida en un porcentaje del 100% en favor del mismo, que le permite suplir sus necesidades mínimas requeridas mientras se decide el reconocimiento de la sustitución pensional solicitada ante la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, la cual fue negada mediante la Resolución No. SUB 204064 del 27 de agosto de 2021, por lo que deberá ser la autoridad competente la encargada de determinar si el actor tiene o no derecho a dicho reconocimiento pensional.

Observándose así, que el actor no logro acreditar la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que amerite flexibilizar el requisito de subsidiariedad y proceder a analizar el asunto de fondo, máxime cuando el Juez de tutela no cuenta con los elementos de juicio suficientes dentro de un trámite absolutamente sumario y preferente, para determinar la procedencia del reconocimiento y pago de la sustitución pensional solicitada.

En conclusión, al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad y no habiéndose acreditado la existencia de un perjuicio de carácter irremediable, y considerarse que la actuación adelantada por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- no puede atacarse por esta vía, se declarará improcedente el amparo solicitado.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Juez Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad constitucional

RESUELVE:

PRIMERO. – NEGAR por improcedente el amparo constitucional solicitado por el señor Javier Moreno Niño, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO. – NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito del contenido de esta sentencia.

TERCERO. - Si este fallo no fuere Impugnado, REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

La Juez

EGLETH PATRICIA LÓPEZ GONZÁLEZ