



Cartagena de Indias D. T. y C., dieciocho (18) de junio de dos mil diecinueve (2019)

<b>Acción</b>	<b>IMPUGNACIÓN DE TUTELA.</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-003-2019-00101-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA</b>
<b>Accionado</b>	<b>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.- COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CLINKER COLCLINKER- SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. (antes Seguros de riesgos laborales Suramericana S.A. ARL. SURA)</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>Confirma sentencia de primera instancia al encontrar que el actor cuenta con otros medios de defensa en la jurisdicción ordinaria laboral- carencia del elemento de subsidiariedad</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019)<sup>1</sup>, dictado por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por el señor JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

### II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA, identificado con cedula de ciudadanía Nro. 73.075.411 de Cartagena-Bolívar.

### III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

<sup>1</sup>Fols. 139-144 cdno 1



**IV.- ANTECEDENTES**

**4.1.- Pretensiones<sup>2</sup>.**

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

*"Se tutelen los derechos fundamentales vulnerados al trabajador JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA con la expedición de los Actos Administrativos y los recursos interpuestos a : A la seguridad social (acceso a la pensión de vejez y a la pensión especial del vejez, al mínimo vital, por no tener en cuenta que el trabajador laboraba en actividades de alto riesgo, estando facultada COLPENSIONES para realizar el cobro coactivo de los aportes especiales, lo cual no hizo, optando por negar las pensiones justamente pedidas; a la salud y a la vida al no reconocérsele su pensión especial desde la fecha que tiene derecho y en consecuencia disponer:*

- a) *Que en el término prudente que el señor Juez señale ordene (SIC) a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión especial de vejez por alto riesgo al trabajador JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA conforme a la Ley 797 de 2003 y Decreto 2090 de 2009 desde el 31 de mayo de 2011 teniendo como valor la mesada devengada a COLCLINKER en diciembre de 1999, con la correspondiente indexación y el pago de las mesadas causadas.*
- b) *Que en el mínimo término que el señor juez señale, ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez del señor JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA a partir del 31 de mayo de 2016, mientras se cumplen los requisitos para que le reconozca la pensión especial por alto riesgo.*
- c) *Que dentro del término que el señor juez señale, ordene a la compañía colombiana de CLINKER pagar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, la cotización especial, por las actividades de alto riesgo desarrolladas por el trabajador Johnny Alberto Puerta Espitia, desde el 16 de mayo de 1978 al 30 de diciembre de 1999.*
- d) *Que dentro del término señalado por el señor juez, ordene al Gerente de la ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES SURATEP expedir la certificación que señale la categorización de las actividades desempeñadas y empresas de alto riesgo, de conformidad con la obligación prevista en el artículo 6 de la Ley 1562 de 2013*

---

<sup>2</sup>Fol. 3 Cdno 1



Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

*correspondientes al trabajador JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA en la empresa COLCLINKER"*

#### **4.2.- Hechos<sup>3</sup>.**

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

El actor, trabajó en compañía COLCLINKER S.A., desempeñando el cargo de Oficial de Producción II en el Departamento de Producción, ingresando el día 16 de mayo de 1978 hasta el 30 de diciembre de 1999, en ese orden de ideas, señala el accionado que la empresa antes aludida de acuerdo a Oficio 521057 del 7 de julio de 2003, expedido por el Gerente de Prevención de Riesgo Regional SURATEP Norte como *"empresa en clase de riesgo V, riesgo máximo, actividad económica 5269401, fabricación de cemento, cal y yeso, incluye solamente a empresas dedicadas a la fabricación de cemento"*

Como consecuencia de lo anterior, el actor trae a colación las declaraciones rendidas en la Notaria Séptima de Cartagena de 2 de sus compañeros de trabajo, donde señala este, se puede acreditar que laboró en dicha compañía y que actualmente no está trabajando, el señor Puerta Espitia considere que conforme al criterio que se tiene en torno a la clasificación de clase de riesgos de la empresa y las declaraciones se puede evidenciar que este mismo trabajo en condiciones inhumanas durante todo el tiempo, llegando a la conclusión que ha estado en peligro su vida y su salud, sin tener en la actualidad la pensión especial establecida en la ley.

En ese orden de ideas, afirma este que no tiene con que atender su subsistencia o mínimo vital, derecho que es fundamental y que está siendo violentado por la entidad tutelada.

De forma sucinta, el actor expresa que para el 1 de abril de 1994, fecha señalada por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en lo que se refiere al régimen de transición, este mismo había cotizado 875,57 semanas, es decir 17,2 años de servicio. En ese mismo sentido, agrega que desde el 01 de diciembre de 1994 hasta el 30 de diciembre de 1999 cotizó en la empresa COLCLINKER 253.11 semanas; para un total de 1.125.11 semanas y que alega el actor da un total de 20 años, 6 meses y 14 días.

<sup>3</sup>Fol. 1-2 Cdno 1



Agregar que, independientemente del derecho que le asiste a que se le reconozca la pensión especial de vejez, por haber trabajado en condiciones de alto riesgo, durante mas de 20 años en la compañía COLCLINKER, hoy Argos (numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, y artículo 9 de la Ley 797 de 2003) 700 semanas y haber cumplido 55 años de edad.

El 15 de octubre de 2015, Colpensiones mediante Resolución GNR 317251 de la misma fecha, niega el reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo y la pensión de vejez, en razón que; respecto a la primera, no reunía el requisito de cotización especial del 6% por parte del empleador y la certificación expedida por la Administradora de Riesgos Profesionales ARL, la cual debe señalar la categorización de las actividades desempeñada y empresas de alto riesgo, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 1562 de 2013, nuevamente a través de la Resolución No. SUB317849 del 05 de diciembre de 2018 se negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y consecuentemente a través de la Resolución No. 35543 del 11 de febrero de 2019 se negó el recurso de reposición y confirmo la Resolución SUB 317849 a través de la Resolución No. 35543.

Finalmente, determina el señor Johnny Alberto Puerta Espitia, que reúne a cabalidad los requisitos para que se le reconozca la pensión de vejez y por tanto, se proceda al reconocimiento y pago de la misma, además; independientemente, se reconozca la pensión especial por alto riesgo.

#### **4.3.- Contestación de PORVENIR S.A.<sup>4</sup>**

El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a través de escrito contestativo de la demanda, expresa que el accionante no se encuentra afiliado a la entidad y por otro lado, Porvenir S.A., procedió a devolver los aportes consignados en esta a COLPENSIONES, en ese sentido el AFP ha cumplido con todas las exigencias legales a su cargo, careciendo de "Causa Petendi"

En ese orden de ideas, dispone que en virtud de lo anterior; Porvenir realizó la devolución de todos los aportes del señor Puerta Espitia a las cuentas de COLPENSIONES, pagos que fueron comunicados a la Administradora Colombiana de Pensiones, Gerente Nacional de Aportes y Recaudos.

<sup>4</sup> Fols 75-85 y 96-98 Cdno 1



Expresa Porvenir S.A., que las pretensiones de la acción de tutela están dirigidas a la contestación de derecho de petición a cargo directamente de Colpensiones, por ende, esta entidad no tiene ningún tipo de vinculación en el asunto.

En consecuencia de lo anterior, expresa el ente vinculado que ni el componente fáctico ni el jurídico se encuentran fundamentos para imputarle alguna violación de derechos fundamentales a Porvenir S.A., ni tampoco existe actuación u omisión por parte de esta.

#### **4.4. Contestación de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. (antes Seguros de riesgos laborales Suramericana S.A. ARL SURA)<sup>5</sup>**

Expresa la vinculada que, el 31 de diciembre se registró la fusión entre SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., Y SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. (ARL SURA), lo que implica que el 1 de enero de 2019, la ARL como sociedad deja de existir, por lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del Código General del Proceso, respecto a la sucesión procesal por fusión le corresponde a este.

En concordancia con lo anterior, la entidad solicita se aplique la figura antes mencionada y se tenga a la empresa como sucesora procesal de la empresa ya extinta, debido a la fusión entre estas a partir del 1 de enero de 2019 y que no fue objetada por la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante Resolución No. 01753 del 10 de diciembre de 2018.

Ahora bien, respecto a los hechos; sostiene Seguros de Vida Suramericana S.A., que el trabajador tuvo cobertura con la ARL SURA a través de la empresa COLCLINKER S.A., desde el 01 de mayo de 1996 hasta el 30 de octubre de 1999, durante su cobertura no se reportó accidente de trabajo alguno y tampoco presentó ninguna enfermedad laboral.

Resalta además, que la ARL no es la competente para indicar si el trabajador ejecutaba actividades de alto riesgo y, que la clasificación de riesgo de la empresa y de cada uno de sus centros de trabajo es una responsabilidad del empleador, así las cosas, en la contestación anexan certificado de afiliación de la empresa COLCLINKER con una clase de riesgo, 5 para la empresa durante su afiliación con la ARL SURA y el estado actual de retirada.

<sup>5</sup> Fols. 82-84 y 99-106 Cdo 1



Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

Por consiguiente, aclara que desde la ARL SURA no cuentan con la forma de verificar si el empleador realizó el aporte adicional para pensión por alto riesgo, debido a que es una cotización especial adicional que se hace al Fondo de Pensiones, por eso, son ellos quienes deben certificar todo lo referente a dichos pagos.

Luego entonces, el accionado precisa que la ley no ha impuesto obligación alguna a la ARL SURA de indicar que actividades realizan los trabajadores afiliados ni la clasificación del riesgo derivado de dichas actividades conforme al Decreto 2090 de 2003, puesto que definir es del resorte exclusivo del empleador, tanto es así que, le impone la carga a éste de indicar si las actividades del trabajador se configuran con las dirigidas al sistema de seguridad social en pensión, por lo que, el reconocimiento de pensiones de invalidez por alto riesgo es competencia del Fondo de Pensiones y en caso de controversias corresponde su definición a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Presupone la sucesora procesal en el escrito, que si bien tenga el Juzgado considerar se deba reconocer la pensión al accionante, dicha obligación debe brindarla el fondo de pensiones, que en el caso concreto COLPENSIONES y no la ARL SURA, por ser de régimen común, además; expresa la entidad que no existe violación a derechos fundamentales, toda vez que, el mecanismo de amparo de tutela se consagró para reponer los derechos fundamentales infringidos o para impedir que se perfeccione su violación si se trata apenas de una amenaza actual o potencial que afecte uno o varios derechos fundamentales.

Señala, que de acuerdo a la Carta Política si no existe una amenaza inminente, la justificación de la tutela desaparece, lo anterior significa; de conformidad con el escrito de la ARL SURA que, frente a la acción de tutela se requiere que la vulneración o amenaza sea una situación objetivamente comprobable por el juez de tutela y que permita deducir claramente la trasgresión o quebrantamiento del precepto constitucional.

Finalmente, solicitan que con base en los anteriores planteamientos se aplique la figura de sucesión procesal y deniegue por improcedente la acción de tutela de la referencia, por carecer de fundamento.



#### 4.5. Contestación de COLPENSIONES<sup>6</sup>

En virtud del auto admisorio de la acción de tutela, procede la Administradora Colombiana de Pensiones a realizar, conforme el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 el informe que corresponde, señalando que al verificar los aplicativos de la entidad, encuentran que mediante Resolución Nro. SUB 317849 del 05 de diciembre de 2018, se negó el reconocimiento de una pensión de vejez al señor Johnny Alberto Puerta Espitia, toda vez que no acreditó el requisito de las semanas mínimas según lo dispuesto en la Ley 797 de 2003.

En consecuencia de lo anterior, expresan que la Resolución anterior fue notificada el 19 de diciembre de 2018 y el apoderado del actor, encontrándose en termino interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 02 de enero de 2019 radicado bajo el No. 2019\_34029, manifestando la inconformidad frente a lo resuelto.

En ese orden de ideas, mediante la Resolución No. SUB 35541 del 11 de febrero de 2019, la entidad resolvió el recurso de reposición, conformando en todas y cada una de sus partes la Resolución impugnada y nuevamente mediante Resolución No. DPE 310 del 05 de marzo de 2019, dicha entidad resolvió confirmar en todas y cada una de sus partes la decisión tomada.

Aunando en lo referido por COLPENSIONES, esta establece que frente al reconocimiento de pensión de vejez de alto riesgo, informo al juzgado que el accionante presento solicitud de reconocimiento el 16 de junio de 2015 y, que mediante Resolución GNR 317251 del 15 de octubre de 2015, la entidad procedió, tras realizar el estudio de la solicitud a negar las prestaciones por alto riesgo, teniendo en cuenta que el asegurado no acreditaba los requisitos establecidos para el reconocimiento de pensión de alto riesgo.

Finalmente, señalan que los hechos, pretensiones y demás de la tutela radicada por el señor Johnny Alberto Puerta Espitia, requiere de una evaluación de mayor rigurosidad frente a su procedibilidad, toda vez que esta pretende desnaturalizar el mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados, cuando no ha sido sometidos a procedimientos pertinentes e idóneos para su solución,

<sup>6</sup> Fols. 120-122 Cdno 1.



Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

desconocimiento la norma constitucional, de tal modo que el accionante no demuestra la existencia de un perjuicio irremediable o amenaza inminente por la que requiera la intervención inmediata del juez de tutela.

#### **4.6. Contestación de la compañía Colombiana de Clinker COLCLINKER S.A.**

La compañía COLCLINKER no presentó contestación alguna sobre el asunto de la referencia.

#### **V.- FALLO IMPUGNADO<sup>7</sup>**

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019), resolvió:

*"PRIMERO: Declarar improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y la COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CLINKER COLCLINKER S.A., a la que fue vinculada la compañía SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído (...)"*

El fallo proferido por el Juzgado de origen, tiene como sustento las siguientes precisiones; en efecto el A-quo estableció mediante el estudio del expediente, que en el asunto de marras los mecanismos ordinarios de defensa judicial resultan idóneos para proteger los derechos invocados en la instancia constitucional, en tal medida el juez al realizar una revisión de los fundamentos fácticos, jurídicos y los medios de prueba que acompañan el expediente determinó que se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela, al existir otro medio eficaz de protección, aunando que la tutela presentado por el accionante no cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción.

En concordancia con lo anterior, el Juez de primera instancia precisa que el señor Johnny Alberto Puerta Espitia, demanda que se le tutelen sus derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, seguridad social y salud y, en consecuencia se ordene a COLPENSIONES reconozca y pague la pensión de vejez por haber cumplido los requisitos de ley.

<sup>7</sup> Ver nota al pie No. 1 de la presente providencia.





Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

No obstante lo anterior, el Juzgado Tercero Administrativo de Cartagena esboza que, en aplicación de la regla general que contempla la acción de tutela, como mecanismo subsidiario, esta no resultaría procedente para reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez, debido a que existe para el caso particular una vía judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral, espacio en el cual, alega el A-quo el actor cuenta con el escenario propicio para realizar un amplio despliegue probatorio, infaltable en casos como el de la referencia, demostrar claramente los factores concurrentes de la situación controvertida, un análisis sobre la normatividad aplicable y, si bien lo tiene, solicitar el decreto de medidas cautelares desde la formulación de la demanda.

Precisa la sentencia proferida por el juez de origen que, si bien la Corte Constitucional ha determinado cuando existan controversias en torno al régimen pensional, valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal y prestacional, escapa por regla general del conocimiento del juez constitucional, siendo competencia de la justicia laboral ordinaria o contenciosa administrativa según sea el caso, precisando que la Corte ha señalado que no por lo anterior, esta regla sea absoluta, pues existen casos que permite acudir a la acción de tutela, para tal evento es necesario demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que el medio judicial preferentes es ineficaz, además de los siguientes requisitos:

1. Si se trata de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección
2. La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital
3. El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiendo a obtener la protección de sus derechos y,
4. El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Frente a lo antes expresado, tiene el Juzgado de origen que confirmada la existencia de otro mecanismo judicial de defensa<sup>8</sup>, destaca el A-quo que el actor no es una persona de la tercera edad, pues este cuenta con 62 años de edad, además, no aparece en el sub judice acreditada la

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia T 047 de 2015. Reiteración de jurisprudencia. Tercera edad 74 años de edad. M.P. Mauricio Gonzales Cuervo



Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

ocurrencia de un perjuicio irremediable en la medida que no se adujo ni demostró que el actor se encuentre en debilidad manifiesta por causa de su condición económica, si bien; el señor Puerta Espitia adujo que sufre de hipertensión y dolores de cabeza, lo cual señala que le impide laborar, no se allegó soporte probatorio que respalde dicha afirmación, ni prueba sumaria que su conyugue se encuentre en situación de enfermedad e imposibilidad para trabajar, como también lo indicó.

#### VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN<sup>9</sup>

En el escrito de impugnación, la parte accionante expone que, la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Cartagena no contó con el cotejo de las números pruebas presentadas y allegadas en los informes de las entidades tutelada, que se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia y están poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social.

En concordancia con lo anterior, el apelante aduce que el juez de primera instancia se apartó de las declaraciones extrajudiciales de los señores DIONICIO ALBERTO ROMÁN SANMARTÍN, FERNANDO PÉREZ TORRES y el mismo tutelante, este último, indicando que en la actualidad no se encuentra trabajando como consecuencia de haber trabajado en condiciones de exposición a altas temperaturas, aduce el accionante que se encuentra enfermo y padece de hipertensión, diabetes y dolor de cabeza constante, por lo anterior manifiesta que no tiene ningún ingreso con el cual sostener a su esposa, quien sufre de hipertensión y artrosis.

Agrega el apoderado de la parte apelante que, esto respalda el estado del señor Puerta Espitia, además que al hacerse cargo de la defensa del señor, el togado aduce que este mismo le manifestó que esperaba su pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, que en efecto, expresa el abogado, había solicitado, pero que fue negada; expresa que el actor le comentó que había recibido un Bono Pensional de Porvenir, el cual había guardado sin saber para qué era, en ese orden de ideas, al tener como improcedente la acción de tutela, determina el apoderado del tutelante, que le fue entregada historia clínica, en la cual se evidencia que este fue

<sup>9</sup> Fols 155-158 Cdno 1.



operador de planta el 28 de diciembre de 1999 y que le fue diagnosticado con isquemia cerebral.

Expresa el señor Puerta Espitia que, la isquemia cerebral es un problema de salud grave, que afecta la llegada de sangre al cerebro, así mismo, tras ser diagnosticado con dicha enfermedad fue desvinculado, en consecuencia de lo anterior solicita se tutelen los derechos fundamentales invocados e igualmente se requiera a COLCLINKER S.A., la cual no rindió informe en primera instancia.

### **VII.-RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por auto de fecha veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)<sup>10</sup>, el A-quo concedió la impugnación, interpuesto por el accionante JOHNNY ALBERTO PUERTA ESPITIA, en contra de la sentencia de primera instancia, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 24 de mayo de 2019<sup>11</sup>, siendo finalmente admitido por esta Magistratura el día 27 de mayo de la misma anualidad<sup>12</sup>.

### **VIII.-CONSIDERACIONES**

#### **8.1.-Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

#### **8.2.- Problema jurídico**

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe inicialmente a determinar sí:

*¿Estuvo acorde a derecho la decisión tomada por el juzgado de origen, al declarar improcedente la acción de tutela en el caso concreto donde se pretende ordenar el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por riesgo?*

<sup>10</sup> Fol. 149 Cdno 1.

<sup>11</sup> Fol. 3 Cdno 2,

<sup>12</sup> Fol. 5 Cdno 2.



Para arribar al problema jurídico abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) generalidades de la acción de tutela; (ii) Carácter subsidiario de la acción de tutela (iii) Procedencia de la acción de tutela en el marco de las controversias en materia pensional, regla general y carácter excepcional del mecanismo constitucional (iv) caso concreto.

### **8.3.- Tesis de la Sala**

La Sala **CONFIRMARÁ** el fallo de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019), toda vez que, en el caso concreto, el actor cuenta con mecanismos ordinarios de defensa judicial para acceder a la pretensión incoada, teniendo en cuenta que como señala la Corte Constitucional, la acción de tutela surge como un mecanismo supletivo y, que acudir a ella cuando existen controversias en torno al régimen pensional o solicitudes donde se exija la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal y prestacional escapan de la órbita del juez constitucional.

Lo anterior, no significa que dicha regla general sea absoluta; la Corte Constitucional ha señalado excepciones a la regla, habida cuenta se cumplan los requisitos que se pueden encontrar en la sentencia T 432 de 2005, requisitos y elementos que el actor no cumple. Además, pese a que este anexo material probatorio que pretende acreditar los deterioros de salud del señor Puerta Espitia, dichas acreditaciones data de 1999 y se tiene que estas no se diagnostican en torno a la labor que cumplía.

### **8.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.**

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e



inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

#### **8.4.2.- Carácter subsidiario de la acción de tutela**

Respecto al carácter subsidiario de la acción de tutela, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en cuanto la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela y, por tanto, no está diseñada para sustituir los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Sobre este tópico, dijo:



**Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01**

*"La acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció que dentro de las labores que le impone la Constitución "está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas."*

Con la misma sindéresis, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no es procedente cuando el accionante omitió utilizar los medios de controles o recursos ordinarios ofrecidos por el ordenamiento jurídico y pretende suplir su inactividad mediante el ejercicio de esa acción constitucional.

Ahora bien, respecto el ejercicio de la acción de tutela ante la posible vulneración de derechos fundamentales, la Corte Constitucional estableció como regla general, la improcedencia de la solicitud de amparo, considerando su naturaleza residual y subsidiaria, máxime cuando se está en presencia de decisiones administrativas (actos administrativos), mediante los cuales existen vías ordinarias de defensa. Al respecto, lo conceptualizado por la Corporación Constitucional:

*"En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional."*

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que, existen eventos, donde pese a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, es procedente el ejercicio de la acción de tutela, destacándose aquellas





situaciones en las que se prevé la ineficacia de los recursos ordinarios de defensa y la materialización de un perjuicio irremediable, recalándose al respecto:

*"No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha establecido dos situaciones excepcionales en las cuales es procedente la acción de tutela. Una de ellas, consiste en que el medio o recurso existente no sea eficaz e idóneo y, la otra, radica en la invocación de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*En cuanto a la primera, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.*

*Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.*

*En cuanto a la segunda situación excepcional en la cual puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado"*

Conclúyase de lo anterior, que esta acción será procedente siempre que se esté frente a un perjuicio irremediable y que el mismo sea de tal magnitud que hace impostergable la protección del derecho conculcado o en peligro de ser desconocido.



**8.4.3.-Procedencia de la acción de tutela en el marco de las controversias en materia pensional, regla general y carácter excepcional del mecanismo constitucional.**

Ha señalado la Corte Constitucional, en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar de que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable.

- (i) A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal
- (ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, este no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo.

Tratándose de controversias pensionales, la acción constitucional sería improcedente, toda vez que los demandantes podrían acudir a la jurisdicción laboral o a la contenciosa administrativa, como la opción principal e idónea, para el reconocimiento de sus pretensiones. Por consiguiente, en primer lugar, los ciudadanos deben acudir a las instancias judiciales ordinarias, antes de pretender la defensa de sus derechos por vía de tutela.

Sin embargo, en determinados casos la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.





Para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria, o si por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia. Ello encuentra su relevancia en el hecho de que las prestaciones económicas como la pensión guardan estrecha relación con el derecho al mínimo vital, pues se trata de un ingreso que está dirigido a cubrir riesgos (i.e. vejez, muerte e invalidez) que disminuyen, e incluso en ciertos casos, impiden, al ciudadano la posibilidad de procurarse por su propios medios los recursos necesarios para su congrua subsistencia.

Es así como excepcionalmente esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional en eventos en los que el amparo lo solicita un "(i) sujeto de especial protección constitucional," [y] "también se establece que (ii) la falta de pago de la prestación genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) se ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) aparecen acreditadas siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados"

El principio de subsidiariedad en el ámbito de la seguridad social implica que, por regla general, la acción de tutela no puede utilizarse para el reconocimiento y pago de derechos pensionales. Ello en consideración a que existen mecanismos judiciales ordinarios con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional.

#### **8.5.-Caso concreto.**

En el presente asunto, la parte accionante, solicita en la impugnación de tutela, que se tutelen los derechos fundamentales invocados, como son la seguridad social, el mínimo vital y la vida digna, de cara a la declaratoria de improcedencia de la acción constitucional proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Cartagena y se ordene a Colpensiones le reconozca la pensión.



### 8.6.- Hechos Relevantes Probados

- Notificación de Resolución que resuelve una solicitud de prestación económica, emitida por Colpensiones de No. 2015\_11624154<sup>13</sup>
- Resolución No. GNR 317251 del 15 de octubre de 2015, de radicado 2015\_5352316, que niega el reconocimiento y pago de una pensión de vejez<sup>14</sup>
- Resolución No. SUB 317849 del 05 de diciembre de 2018, de radicado 2018\_10260083, por medio del cual se resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida <sup>15</sup>
- Resolución No. SUB 35541 del 11 de febrero de 2019, de radicado 2019\_34029 por medio del cual se decide el recurso de reposición<sup>16</sup>
- Resolución No. DPE 310 del 05 de marzo de 2019, de radicado No. 2019\_34029\_2, por el cual se resuelve un recurso de apelación<sup>17</sup>
- Certificado de existencia y representación de la compañía colombiana de Clinker S.A. COLCLINKER<sup>18</sup>
- Respuesta expedida por Porvenir S.A., respecto la solicitud de pago del bono pensional y normalización de los aportes del 2002/07 al 2003/01 de fecha 27 de febrero de 2019 con radicado No. 0104736030658200<sup>19</sup>
- Relación de aportes expedida por Porvenir S.A., del señor Johnny Alberto Puerta Espitia.<sup>20</sup>
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones- periodo de informe enero 1967/marzo de 2019<sup>21</sup>

<sup>13</sup> Fols. 12 Cdno 1.

<sup>14</sup> Fols. 13-16 Cdno 1.

<sup>15</sup> Fols. 18-21 Cdno 1.

<sup>16</sup> Fols. 22-25 Cdno 1.

<sup>17</sup> Fols. 27-30 Cdno 1.

<sup>18</sup> Fols. 31-34 Cdno 1.

<sup>19</sup> Fols. 35-36 Cdno 1.

<sup>20</sup> Fols. 38-39 Cdno 1.

<sup>21</sup> Fols. 40-45 Cdno 1.



Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

- Oficio expedido por el DADIS de fecha 9 de enero de 2002, donde se informa visita para evaluación de temperaturas laborales en la empresa COLCLINKER S.A.<sup>22</sup>

- Documentos contentivos de informes de las patologías más frecuentes que se pueden presentar en trabajadores a temperaturas altas, emitido por el DADIS el 1 de noviembre de 2001<sup>23</sup>

- Respuesta expedida por SURATEP con respecto a la solicitud de información sobre la ubicación de la compañía COLCLINKER S.A., en la clasificación de actividades económicas sobre los valores límites permisibles de exposición a altas temperaturas<sup>24</sup>

- Acta de inspección higiénico sanitaria<sup>25</sup>

- Declaración con fines extraprocesales No. 95205, rendida en la Notaría Séptima del Circuito de Cartagena y declaración con fines extraprocesales No. 95203 y 95200<sup>26</sup>

- Copia cédula de ciudadanía del señor Johnny Alberto Puerta Espitia<sup>27</sup>

- Historia laboral oficial expedida por Porvenir S.A. No. 0007807 sobre la información suministrada por la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda<sup>28</sup>

- Historia laboral expedida por Seguros de Vida Suramericana S.A., donde se evidencia el estado de la compañía COLCLINKER S.A., como retirado<sup>29</sup>

- Epicrisis del señor Johnny Alberto Puerta Espitia de fecha 30 de noviembre de 1999 expedida por el Instituto de Seguros Sociales, donde se diagnostica episodio confesional en estudio, probable encefalopatía hipertensiva<sup>30</sup>

<sup>22</sup> Fols. 48 Cdno 1.

<sup>23</sup> Fols. 52-54 Cdno 1.

<sup>24</sup> Fols. 55-56 Cdno 1.

<sup>25</sup> Fol. 57 Cdno 1.

<sup>26</sup> Fols. 60 y 62-64 Cdno 1.

<sup>27</sup> Fols. 67 Cdno 1.

<sup>28</sup> Fol. 68 Cdno 1.

<sup>29</sup> Fols. 88 Cdno 1.

<sup>30</sup> Fols. 159 Cdno 1.



Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

- Nota de enfermería, firmado por el médico internista Lacides Llamas Cano<sup>31</sup>
- Orden médica expedida por el Instituto de Seguros Sociales<sup>32</sup>
- Formato de procedimientos y consumos en urgencias, IPS-Clinica Enrique de la Vega<sup>33</sup>

### **8.7.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

A este punto, se tiene que en efecto, la acción Constitucional de la referencia está dirigida a que sea protegido el derecho fundamental a la seguridad social, mínimo vital, salud y vida, en cuanto a que la parte demandada negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y pensión especial por alto riesgo del trabajador conforme a la Ley 797 de 2003 y Decreto 2090 de 2003.

En ese orden de ideas, dentro del expediente, se encuentra probado que COLPENSIONES negó el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por alto riesgo y, que igualmente negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez ordinaria y de las semanas cotizadas por la Compañía COLCLINKER.

También, se tiene que; en la instancia en la que se encuentra el expediente el apoderado de la parte actora anexa la historia clínica incompleta del señor Puerta Espitia en los periodos 1999 explicando la tercera edad del señor y de los padecimientos de jaqueca e hipertensión, por lo que este no ha podido laborar y tampoco su esposa, de esta última no se evidencia ni sumariamente pruebas de los padecimientos que invoca el actor.

Como colofón argumentativo, el criterio de la Corte Constitucional respecto a la procedencia de la acción de tutela cuando verse sobre regímenes pensionales y controversias litigiosas de naturaleza legal y prestacionales, ha sido certero; denotando respecto al conocimiento de este tipo de solicitudes escapan de la órbita ordinaria del juez constitucional, siendo competencia por regla general, de la justicia

<sup>31</sup> Fols. 159-160 Cdno 1.

<sup>32</sup> Fols. 162 Cdno 1.

<sup>33</sup> Fols. 164-167 Cdno 1.



ordinaria, teniendo como requisitos para el acceso de la acción constitucional en aspectos pensionales (i) Cuando se trate de una persona de la tercera edad, considerada sujeto de especial protección (ii) La falta de pago de la prestación o su disminución, general un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital (iii) El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos y (iv) que el interesado acredite, si quiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Lo anterior significa que, el actor debe cumplir con alguna de las características antes expresadas, siendo perentorio agregar que el señor Puerta Espitia no pertenece a la tercera edad, ni demostró actividad alguna tendiente a obtener la protección por vía judicial, contando con medios de protección judicial ordinarios, lo cual impide que este acuda a la acción constitucional, siendo la tutela un medio supletivo y no primario.

En consecuencia, el Despacho observa que existe otro mecanismo judicial de defensa y, en cuanto al perjuicio irremediable y debilidad manifiesta, este no se ve acreditada en el expediente, ni vulneraciones de los derechos al mínimo vital, salud y seguridad social, teniendo que en correspondencia con los hechos y la regla general que contempla la acción de tutela como mecanismo subsidiario, no resulta procedente reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez a través de la acción de tutela.

Por lo antes expresado, esta Sala confirmará el fallo de primera instancia, al encontrar que

### 8.8. Conclusión

Como quiera que la respuesta al problema jurídico es NEGATIVA, toda vez que el medio idóneo para reclamar controversias en torno al régimen de pensiones o litigios de naturaleza legal y prestaciones sociales no es la acción de tutela; esta, como mecanismo constitucional de amparo a los derechos fundamentales, no procede como sustituto de los recursos de defensa judicial ordinarios.



Radicado: 13-001-33-33-003-2019-00101-01

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veinte (20) de mayo de 2019, dentro de la presente acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

**CUARTO:** Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.


**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 039 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS(E)**