



**JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**  
**- SECCIÓN SEGUNDA -**  
**JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**

---

Bogotá D. C., once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

**Accionada:** Colpensiones  
**Tema:** Sentencia de tutela  
**Derecho presuntamente vulnerado:** Debido Proceso.  
**Radicado:** 110013335-017-2017-00276-00  
**Demandante:** Famisanar EPS  
**Sentencia T. N° 28**

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por **FAMISANAR EPS**.

## I. ANTECEDENTES

### A. SOLICITUD

La EPS FAMISANAR, el 24 de agosto de 2017, instauró acción de tutela en contra Colpensiones, por estimar vulnerado su derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Pretende se deje sin valor y sin efectos la Resolución Nos. GNR38874 del 4 de febrero de 2016, proferida por el Gerente Nacional de Reconocimiento de la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones y, la Resolución DIR5178 del 10 de mayo de 2017 proferida por el Director de Prestaciones Económicas de COLPENSIONES

### B. HECHOS

De acuerdo con los documentos obrantes en el expediente se encuentra probado los siguientes hechos:

El 21 de enero de 2017, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a la señora ROJAS DE TORRES MYRIAM LIDA. Dicha pensión se dejó en suspenso por no acreditar el retiro del servicio.

En febrero de 2014, la señora MYRIAM fue incluida en nómina y se vinculó a la AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, razón por la que se suspendió la pensión en el mes de junio del año 2014. La señora MYRIAM se retiró a partir del 2 de julio del año 2014

El 23 de septiembre de 2014, por Resolución 331828, COLPENSIONES reliquidó la pensión de la señora MYRIAM, efectuó un cobro por \$7'597.389 y a la EPS FAMISANAR por \$839.500 pesos. Conforme con la Resolución 38874, la entidad no concedió recursos. Estos recursos son otorgados a través de **la Resolución 38874 del 4 de febrero de 2016 proferida por el Gerente Nacional de Reconocimiento**, en donde se ordena a la EPS devolver \$671.600,00 pesos correspondiente a los periodos de febrero, marzo, abril y mayo de 2014 a favor de COLPENSIONES. Esta Resolución fue notificada, según el

memorial de tutela y la Resolución 5178, el 15 de marzo de 2017 a la EPS y, el Dr. ZARATE SANABRIA SERGIO ANDRES, como apoderado de la EPS el 28 de marzo de 2017 interpone en términos el recurso de reposición., subsidiario de apelación.

El fundamento del recurso es que COLPENSIONES al emitir el acto no tuvo en cuenta la norma y los tiempos en los cuales se podía elevar el requerimiento ante la EPS y en qué momento pasaba a ser competencia del Ministerio de Salud a través del FOSYGA, ordenando la obligación de efectuar la devolución de dineros aportados al Sistema General de Seguridad Social en salud, sin tener en cuenta que la entidad que está facultada y obligada legalmente para ello es el Ministerio de Salud a través del fondo de solidaridad y garantía FOSYGA, siendo claro que las entidades promotoras de salud no son depositarios de los aportes (recursos) objeto de reclamo según dicta el decreto 4023 de 2011.

El recurso de reposición es resuelto a través de la Resolución 33907 emitida por el **Subdirector de la Dirección de Prestaciones Económicas de COLPENSIONES** 5178 del 10 de mayo de 2017, quien confirma la anterior decisión ordenando la remisión de la decisión a la Dirección Nacional de Cartera para que iniciara cobro coactivo y ordenando la notificación del recurso al doctor SERGIO ANDRES ZARATE SANABRIA en calidad de apoderado de FAMILANAR EPS haciéndole saber que el recurso de apelación sería enviado al superior jerárquico.

Finalmente a través de la Resolución 5178 del 10 de mayo de 2017, expedida por el **Director de Prestaciones Económicas** confirma la Resolución 38874 del 4 de febrero de 2016 ordenando la notificación de acto a la EPS y su remisión a la dirección nacional de cartera debidamente ejecutoriado y en firme. Visible a folio 106 del expediente se encuentra la constancia de notificación de la anterior decisión a la Dra. LUZ MARICELA TRIANA GARAVITO como apoderada de la EPS el pasado 8 de junio de 2017.

#### **ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE**

Indica que COLPENSIONES vulneró el principio de seguridad jurídica, de legalidad y, el debido proceso al expedir la Resolución 38874 del 4 de febrero de 2016, confundiendo como uno solo la EPS y al FOSYGA, cuando conforme al artículo 2.6.1.1.2.2 del decreto 780 de 2016 tenía 12 meses contados a partir de la fecha del pago erróneo para pedir a la EPS la devolución de los aportes efectuados al sistema general de seguridad social, los cuales se encontraban vencidos desde el mes de agosto del año 2015.

Menciona que COLPENSIONES transgrede el DEBIDO PROCESO cuando notifica el recurso de apelación sin haber notificado la Resolución que resuelve el recurso de reposición, aunado a la falta de competencia de quien decide el recurso de apelación a través de la Resolución 5178 del 10 de mayo de 2017, como quiera que el cargo de Director de Departamento de prestaciones económicas es de inferior categoría al cargo de Gerente Nacional de Reconocimiento quien fue el que expidió el acto objeto del recurso.

De otra parte precisa que la Resolución se fundamenta en dos criterios falsos, por un lado de carácter fáctico al concebir que la EPS FAMILANAR es depositaria o custodia los recursos que erradamente pago al SGSS-S, siendo el FOSYGA el ente que cumple esa función. Por otro lado, de carácter legal y técnico jurídico, al sustentar la Resolución bajo

el concepto BZ 2016\_5311055 del 26 de mayo de 2016 expedido por la Gerencia Nacional de Doctrina, cuando éstos no son vinculantes.

### **ARGUMENTOS DE LA AUTORIDAD ACCIONADA**

Si el accionante no se encuentra conforme con los actos expedidos por COLPENSIONES debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar por vía de tutela la nulidad de los mismos dado que la acción de amparo es un mecanismo excepcional y subsidiario ante la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, en este caso, la jurisdicción ordinaria quien es la competente para resolver la controversia referente al sistema de seguridad social que se suscita.

De acuerdo con lo anterior no es competencia de juez constitucional realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento y pago de unas sumas de dinero pues al hacerlo se desnaturalizaría la acción estando a cargo de juez ordinario el reconocimiento de tales derechos invocados

No encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, se procede a estudiar de fondo el asunto controvertido y decidir en derecho lo que resulte probado, previas las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES**

### **A. COMPETENCIA.**

Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra una entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

### **B. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA**

En cuanto a la legitimación por activa, la entidad solicitante es entidad de carácter particular que actúa a través de apoderado judicial (art. 10 del D. 2591 de 1991); y por pasiva la acción se interpuso frente a la actuación de una entidad pública, esto es, Colpensiones (art. 13 del D. 2591 de 1991).

### **C. ANÁLISIS DEL DESPACHO**

En el caso concreto se ha vulnerado el debido proceso administrativo al haber proferido la Resolución 38874 del 4 de febrero de 2016 proferida por el Gerente Nacional de Reconocimiento, en donde se ordena a la EPS devolver \$671.600,00 pesos correspondiente a los periodos de febrero, marzo, abril y mayo de 2014 a favor de COLPENSIONES y la Resolución 5178 del 10 de mayo de 2017, expedida por el Director de prestaciones económicas por el cual se resuelve el recurso de apelación, conformando el contenido de la Resolución 38874 del 4 de febrero de 2016

Para resolver el problema jurídico, se debe analizar: i) el debido proceso administrativo y la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que constituyen vías de

hecho; ii) algunas hipótesis de vía de hecho en los actos administrativos. Posteriormente analizar el caso concreto.

## **1. DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE CONSTITUYEN VÍAS DE HECHO<sup>1</sup>**

Uno de los principios del Estado Social de Derecho es la supremacía del ordenamiento jurídico y de la Constitución Política, a los cuales están sometidos tanto los servidores públicos como los particulares. Este principio está plasmado en el artículo 6º de la Constitución, el cual establece que “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. En relación con los servidores públicos, el artículo 121 de la Constitución dispone que “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. Lo anterior, según la Corte Constitucional, quiere decir que “la administración está sujeta en el desarrollo de sus actividades, al ordenamiento jurídico, razón por la cual todos los actos y las decisiones que profiera, así como las actuaciones que realice, deben ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y la ley. (...) En consecuencia, según éste principio, la función pública debe someterse estrictamente a lo que dispongan la Constitución y la ley”<sup>2</sup>.

Así las cosas, el mencionado principio de legalidad es una de las manifestaciones de lo que la Carta Magna instituyó como debido proceso, el cual es definido por la jurisprudencia de esta Corporación como “el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”<sup>3</sup>. Este derecho fundamental es “aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”<sup>4</sup>, y puede ser protegido cuando se encuentre amenazado o sea vulnerado por parte de una autoridad pública o de un particular, a través de la acción de tutela.

Entre los elementos más importantes del debido proceso, esta Corte ha destacado: (i) la garantía de acceso a la justicia en libertad e igualdad de condiciones; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías.

Específicamente en materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso, se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de sus objetivos y fines, de manera que se garanticen “los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso. (...) De esta manera, **el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y**

<sup>1</sup> Sentencia T-1082 DE 2012

<sup>2</sup> Sentencia C-740 de 1999. M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>3</sup> Sentencia C-089 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>4</sup> Constitución Política, artículo 29.

**establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley**<sup>5</sup>. (Negrilla y subrayado por el despacho).

De lo expuesto hasta ahora y de la jurisprudencia citada, la Sala extrae estas conclusiones: (i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, porque se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra principios y garantías como el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación, y (iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad<sup>6</sup>.

Ahora bien, nótese que en su interpretación del derecho fundamental al debido proceso administrativo, reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional ha considerado que *“pueden presentarse situaciones en las cuales los servidores públicos ejercen sus atribuciones separándose totalmente del ordenamiento jurídico, en abierta contradicción con él, de tal forma que se aplica la voluntad subjetiva de tales servidores y, como consecuencia, bajo la apariencia de actos estatales, se configura materialmente una arbitrariedad, denominada vía de hecho”*<sup>7</sup>. En tales casos, la Corte excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción de tutela, cuando se advierte o bien la inminencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad de los otros mecanismos judiciales de defensa.

En este sentido, la Corte, en la Sentencia T-590 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, al revisar el caso de una señora que fue despojada en su vivienda de una mercancía proveniente del extranjero, por parte de la Policía Nacional, sin que mediara una orden de allanamiento impartida por la autoridad competente, sostuvo que una vía de hecho es:

*“una determinación arbitraria adoptada por el juez, o a una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.*

*(...) únicamente se configura la **vía de hecho** cuando pueda establecerse sin género de dudas una transgresión evidente y grave del ordenamiento jurídico, de tal entidad que rompa por completo el esquema de equilibrio procesal instaurado en las normas aplicables”.*

En este caso la Corte amparó los derechos de la accionante, al considerar que hubo una violación al debido proceso administrativo, por cuanto los policías que allanaron la

<sup>5</sup> Sentencia T-465 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>6</sup> *Ibidem*

<sup>7</sup> Sentencia T-995 de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería

residencia de la actora, lo hicieron sin que mediara orden del Director de la entidad que cumplía las funciones de policía judicial, por lo que se dijo que los agentes violaron el artículo 312 del Código de Procedimiento Penal.

De la misma manera, en la sentencia T- 995 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería, al estudiar el caso de un policía que fue desvinculado por “voluntad del gobierno” de acuerdo con las facultades contenidas en el artículo 4º de la Ley 857 de 2003, sin que le fuera permitido ejercer el derecho de contradicción, en especial en lo que refiere al concepto que para su retiro diera la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, la Corte reiteró lo que se debe entender por vía de hecho administrativa:

*(...) Se puede decir entonces, que una vía de hecho se produce cuando quien toma una decisión, sea ésta de índole judicial o administrativa, lo hace de forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actuando en franca y absoluta desconexión con el ordenamiento jurídico”.*

En esa oportunidad, la Corte amparó los derechos del accionante por considerar que la Policía había actuado de manera arbitraria al tomar la decisión de separar del cargo al accionante sin justificación alguna.

Conforme a lo anterior, se puede decir que si bien la tesis de las vías de hecho ha sido aplicada principalmente en el campo de la actividad judicial, esta Corporación también ha reconocido su aplicación en el ámbito de los procesos y actuaciones administrativas.

Así las cosas, para que se configure una vía de hecho administrativa, se requiere que al igual que en la vía de hecho judicial, se materialice alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho al debido proceso. Por ende, dichas causales de procedencia “han servido como instrumento de definición conceptual para los jueces constitucionales, quienes determinan si los defectos que estas describen son comprobados en la actuación administrativa objeto de análisis”<sup>8</sup>.

Al respecto se pronunció la Corte en la Sentencia T- 076 de 2011, en la que estudió un caso en el que el INCODER declaró extinguido a favor de la Nación el derecho de dominio sobre un predio rural, porque supuestamente el inmueble no era explotado económicamente, vulnerando los derechos de las personas que los habitaban. Aquí el Alto Tribunal consideró que:

“Estas causales de afectación del debido proceso se concentran en los siguientes supuestos:

13.1. Defecto orgánico, que se estructura cuando la autoridad administrativa que profiere el acto objeto de reproche constitucional carecía absolutamente de competencia para expedirlo. Se trata, por ende, de una situación extrema, en donde resulta irrazonable sostener

---

<sup>8</sup> Sentencia T- 076 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

que dicha autoridad estaba investida de la facultad de adoptar la decisión correspondiente.

13.2. Defecto procedimental absoluto, el cual se predica de la actuación administrativa, cuando ha sido tramitada completamente al margen del procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico. Este vicio tiene carácter cualificado, puesto que para su concurrencia se requiere que (i) no exista ningún motivo constitucionalmente válido o relevante que permitiera sobreseer el procedimiento aplicable; (ii) las consecuencias de ese desconocimiento involucren una afectación verificable de las garantías constitucionales, en especial del derecho al debido proceso; y (iii) que el defecto observado no haya sido solucionado a través de los remedios previstos por la ley para subsanar errores en el procedimiento.

13.3. Defecto fáctico, que se demuestra cuando la autoridad administrativa ha adoptado la decisión bajo el absoluto desconocimiento de los hechos demostrados dentro de la actuación. Este defecto, al igual que el anterior, tiene naturaleza cualificada, puesto que para su estructuración no basta plantear una diferencia de criterio interpretativo respecto a la valoración probatoria que lleva a cabo el funcionario, sino que debe demostrarse la ausencia de vínculo entre los hechos probados y la decisión adoptada. Además, el error debe ser de tal magnitud que resulte dirimente en el sentido del acto administrativo, de modo que de no haber ocurrido, el acto hubiera tenido un sentido opuesto al adoptado.

13.4. Defecto material o sustantivo, el cual concurre cuando la autoridad administrativa profiere el acto a partir de la aplicación de normas inexistentes, inconstitucionales, declaradas ilegales por la jurisdicción contenciosa o abiertamente inaplicables para el caso concreto. La jurisprudencia también ha contemplado que la interpretación irrazonable de las reglas jurídicas es una causal de estructuración de defecto sustantivo, evento en el que se exige una radical oposición entre la comprensión comúnmente aceptada del precepto y su aplicación por parte de la autoridad administrativa, situación que encuadra en lo que la doctrina define como interpretación contra legem.

13.5. Error inducido o vía de hecho por consecuencia, defecto que se predica cuando la autoridad administrativa adopta una decisión contraria a los derechos fundamentales de las partes interesadas, debido a la actuación engañosa por parte de un tercero.

13.6. Falta de motivación, que corresponde a los actos administrativos que no hacen expresas las razones fácticas y jurídicas que le sirven de soporte. Este defecto ha tenido un profundo desarrollo por la jurisprudencia constitucional, la cual ha señalado que la motivación del acto administrativo es un aspecto central para la garantía del derecho al debido proceso de las partes, puesto que la ausencia de tales

premisas impide expresar cargos de ilegalidad o inconstitucionalidad ante la jurisdicción contenciosa distintos al de desviación de poder de que trata el artículo 84 C.C.A., lo que a su vez conlleva una grave afectación, tanto del derecho de defensa del afectado, como del principio de publicidad propio de la función administrativa. Esta postura ha llevado a que la jurisprudencia de esta Corporación haya previsto que incluso en los eventos en que el ordenamiento confiere a determinadas autoridades administrativas la potestad discrecional para adoptar ciertas decisiones, tal facultad no puede entenderse como un ámbito para el ejercicio arbitrario del poder, lo que implica que en ese escenario también deba hacerse expresa la motivación de la decisión.

13.7. Desconocimiento del precedente constitucional vinculante, defecto que ocurre cuando la autoridad administrativa obra, de forma injustificada, en contravía del contenido y alcance de los derechos fundamentales que ha realizado, con efectos obligatorios, la Corte Constitucional.

13.8. Violación directa de la Constitución, lo que se predica del acto administrativo que desconoce, de forma específica, normas de la Carta Política. Ello se evidencia cuando la Constitución prevé reglas positivas particulares con efecto inmediato, que determinan consecuencias jurídicas verificables y, a pesar de ello, la autoridad desconoce esos mandatos o profiere actos que contradicen las reglas mencionadas”.

Entonces, con fundamento en lo anterior, la Corte concedió el amparo solicitado, debido a que encontró que el acto administrativo que precedió a la declaración de extinción de dominio a favor de la Nación sobre una parte del predio rural en mención, no estuvo motivado.

En conclusión, el debido proceso es un derecho fundamental que tiene una aplicación concreta no sólo en las actuaciones judiciales sino también en las administrativas.

La garantía fundamental del debido proceso se aplica a toda actuación administrativa desde la etapa de inicio del respectivo procedimiento hasta su terminación, y su contenido debe asegurarse a todos los sujetos. En este sentido, la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos. De esta manera, se delimita la frontera entre el ejercicio de una potestad legal y una actuación arbitraria y caprichosa.

Ahora bien, en los casos en los que la actuación de las autoridades respectivas carezcan de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de las personas, nos encontramos frente a lo que se ha denominado como vía de hecho, y para superarla es procedente excepcionalmente la acción de tutela<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Sentencia T-1093 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

## **2. DEFECTO ORGÁNICO POR FALTA DE COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**

La mencionada irregularidad se configura, entre otros supuestos, cuando la autoridad que emitió la decisión, "(i) carecía absolutamente de competencia para conocer y definir el asunto, esto es, desconoce su competencia, (ii) asume una competencia que no le corresponde, así como (iii) adelanta alguna actuación o emite un pronunciamiento por fuera de los términos dispuestos jurídicamente para que se surta cierta actuación. En estos casos, excepcionalmente las providencias judiciales y los actos administrativos pueden ser atacadas en sede de tutela por vulneración del debido proceso"<sup>10</sup>.

En este sentido, la Corte ha establecido que si se comprueba la incompetencia del funcionario que emitió la decisión acusada, se configura un defecto orgánico que afecta el derecho al debido proceso, en tanto la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas sólo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen<sup>11</sup>.

También ha advertido la Corte que *"la extralimitación de la esfera de competencia atribuida a un juez quebranta el debido proceso y, entre otros supuestos, se produce cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, y también cuando adelantan alguna actuación o emiten pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones"*<sup>12</sup>.

En consecuencia, ha concluido la Corte que *"la actuación judicial está enmarcada dentro de una competencia funcional y temporal, determinada, constitucional y legalmente, que de ser desbordada conlleva la configuración de un defecto orgánico, y por ende, el desconocimiento del derecho al debido proceso"*<sup>13</sup>.

## **3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE UNA AMENAZA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.**

La jurisprudencia constitucional aplicable al caso sub júdice, ha sido reiterativa frente al fundamento directo del artículo 86 de la Constitución Política, que indica que la acción de tutela *"sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-1157/04, M. P. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, señaló:

*"... La finalidad del carácter subsidiario de la acción de tutela es evitar que la jurisdicción constitucional entorpezca el normal funcionamiento de las jurisdicciones ordinarias, usurpando las funciones que les han sido asignadas por ley. Por ello, la Corte ha dicho que el deber inicial del particular que encuentra amenazados sus derechos fundamentales no es acudir a la acción de tutela para obtener la protección estatal,*

<sup>10</sup> Sentencia T-302 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

<sup>11</sup> Sentencia T- 929 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>12</sup> *Ibidem*

<sup>13</sup> Sentencia T- 671 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

*sino agotar los procedimientos regulares ante la jurisdicción ordinaria, pues ésta ha sido instituida, en principio, como la vía idónea para la protección de todas las garantías individuales.*

***No por otra razón la Corte afirma que "la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo"<sup>14</sup>.***

No obstante, como ya se dijo, la regla general deja de operar cuando la jurisdicción ordinaria no ofrece ninguna alternativa de defensa o cuando, ofreciéndola, la opción resulta inadecuada o insuficiente para brindar la protección requerida. En el primero de los casos, ante la ausencia de una verdadera opción defensiva, la tutela opera como mecanismo definitivo de protección. En el segundo, como lo que se plantea es la falta de idoneidad del mecanismo ordinario, la tutela suministra una protección transitoria mientras se agotan los recursos y acciones regulares, a fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En relación con este particular, la Corte ha dicho:

*"Como es sabido, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 del Estatuto Fundamental, ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional que se encuentra encaminado a la protección directa, efectiva e inmediata, frente a una posible violación o vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, bien sea por parte de las autoridades públicas, ya por la de particulares en los casos previstos en la ley.*

*De la misma manera, tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, esta acción constitucional no procede cuando quien la instaura dispone de otro medio de defensa judicial de su derecho, a menos que se instaure como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es decir, y en este sentido realizando una interpretación estricta de esta acción de tutela, es requisito indispensable la inexistencia de otro mecanismo idóneo de defensa judicial, a través del cual se pueda reclamar válida y efectivamente, la protección del derecho conculcado. Es por ello, que esta Corporación en varias oportunidades, ha resaltado el carácter subsidiario de esta acción constitucional, como uno de sus elementos esenciales".* (Sentencia T-684/98 M.P. Alfredo Beltrán), (Cursiva fuera de texto).

Ahora bien, frente al escenario de controvertir las actuaciones administrativas, la acción de tutela sería procedente como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando al esperar una respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se ha establecido:

---

<sup>14</sup> Sentencia T-575 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

*“La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”*

Conforme lo anterior, no se debe interpretar que la jurisprudencia del Órgano Constitucional busca desplazar los mecanismos ordinarios establecidos, por el contrario el juez constitucional deberá estudiar en cada caso las particularidades para determinar la idoneidad y eficacia del mecanismo judicial subsidiario, más allá de la simple existencia del mismo y sin olvidar que con ello no puede suplantarse la competencia del juez ordinario. Es así, que en sentencia de Sentencia T-235 de 2012, la Corte Constitucional indicó que:

*“Sin embargo, y con el primordial objetivo de preservar la eficacia de la acción de tutela como mecanismo de protección jurídica de los derechos fundamentales, en numerosas ocasiones y de manera constante se ha manifestado por la jurisprudencia constitucional que es necesario realizar un análisis sustancial, y no simplemente formal, al evaluar la existencia de mecanismos ordinarios para la protección del derecho fundamental vulnerado o amenazado. En este sentido se ha insistido en que dicha evaluación no debe observar únicamente que el ordenamiento prevea la existencia de recursos o acciones para la solución por la vía jurídica de determinada situación, sino que en el contexto concreto dicha solución sea eficaz en la protección del derecho fundamental comprometido”*

Por lo anterior, se tiene que la acción de tutela es procedente para controvertir actuaciones administrativas cuando: (i) como mecanismo transitorio, en los eventos en que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; y (ii) como mecanismo definitivo, cuando la acción judicial ordinaria no sea idónea o eficaz para la protección de los bienes jurídicos en juego<sup>15</sup>.

De igual manera, ha sido reiterativa la Corte Constitucional en establecer ha establecido que para que se configure un perjuicio irremediable, éste debe ser inminente, urgente, grave e impostergable. En palabras de dicha Corporación:

*“A).El perjuicio ha de ser inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente; B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir; C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a*

<sup>15</sup> Sentencia T-232 de 2013.

*la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona, y D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad (...)"<sup>16</sup>*

Bajo estos presupuestos se analizará si en el sub lite se configura un perjuicio irremediable para la procedencia de la acción de tutela.

#### 4. CASO CONCRETO

El tutelante señala que COLPENSIONES vulneró el principio de seguridad jurídica, de legalidad y, el debido proceso al expedir la Resolución 38874 del 4 de febrero de 2016, confundiendo como uno solo la EPS y al FOSYGA, cuando conforme al artículo 2.6.1.1.2.2 del decreto 780 de 2016 tenía 12 meses contados a partir de la fecha del pago erróneo para pedir a la EPS la devolución de los aportes efectuados al sistema general de seguridad social, los cuales se encontraban vencidos desde el mes de agosto del año 2015. En este punto señala que es el ministerio de salud a través del FOSYGA la entidad encargada de la devolución de los dineros aportados al sistema general de seguridad social de salud de manera errónea. Lo anterior como quiera que las EPS no son depositarias de los aportes objeto de reclamo según el decreto presidencial 4023 de 2011.

De otra parte COLPENSIONES transgrede el DEBIDO PROCESO cuando notifica el recurso de apelación sin haber notificado la Resolución que resuelve el recurso de reposición, aunado a la falta de competencia de quien decide el recurso de apelación a través de la Resolución 5178 del 10 de mayo de 2017, como quiera que el cargo de Director de Departamento de prestaciones económicas es de inferior categoría al cargo de Gerente Nacional de Reconocimiento quien fue el que expidió el acto objeto del recurso.

En el caso concreto, no se prueba un perjuicio irremediable, urgente, grave, y que la acción de tutela sea impostergable. De cara con lo anterior, encuentra el Despacho que, las pretensiones del tutelante escapan de la órbita de la competencia del Juez constitucional, puesto que le corresponde acudir ante la jurisdicción Ordinaria en procura de sus intereses, ello, porque no es de recibo, que so pretexto de la vulneración de derechos fundamentales, intente implantar una controversia propia del juez laboral, para que sea resuelta por la vía constitucional.

En efecto, ha sido pacífica y reiterada la jurisprudencia constitucional al determinar la no procedencia de la acción de tutela cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para plantear tales asuntos; lo anterior apoyados en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, el cual consagra dicha improcedencia, salvo que la misma se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual no se avizora en el presente asunto, de suerte que, no resulta legítimo ni válido que propenda crear alternativamente otra vía para obtener la satisfacción de derechos prestacionales de orden convencional.

De manera, que no resulta viable que se utilice la acción constitucional para obtener el no pago de la devolución de dineros, pues no es el medio idóneo para ello, toda vez que la naturaleza de este instrumento jurídico, es la protección de los derechos fundamentales, y

---

<sup>16</sup> Sentencia T-1082/12

no fungir en últimas como Juez que dirima esta clase de controversias, por lo que deviene el rechazo de la acción de tutela frente a esta pretensión.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO.- RECHÁZASE POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta, por lo esgrimido en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEGUNDO. NOTIFICAR** a la accionada y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.** Si este fallo no fuere impugnado, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez

JAG

