



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO DIECIOCHO DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C

ACCIÓN DE TUTELA
No. 1100131100-18-2021-00597-00

Bogotá D.C., Diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Procede el despacho a emitir fallo dentro del presente trámite de acción de tutela interpuesta por NORBERTO JIMÉNEZ GARCÍA, por intermedio de apoderado judicial, en contra del ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana en conexidad con el derecho a la vida.

I. ANTECEDENTES

El accionante sustentó la acción en los siguientes hechos:

- "1. El señor Norberto Jiménez García nació el cinco (5) de octubre de 1943.
2. Mediante Resolución GNR 102868 13 ABR 2015 Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES reconoce y ordena el pago de indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez.
3. El accionante inicio [...] tratamiento en junio de 2017 en FAMISANAR EPS, a causa de los problemas visuales, problemas visuales descubiertos en examen ocupacional realizado por la empresa donde laborará [sic] como conductor de tractomula, a saber, LOAD CARGO.
4. FAMISANAR EPS emite el veinticinco (25) de agosto de 2018 concepto desfavorable a nombre del aquí tutelante, con destino a Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES.
5. Se radica solicitud de pensión de invalidez ante Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, el seis (6) de noviembre de 2018.
6. El día treinta (30) de marzo de 2019 por intermedio de apoderado se radica derecho de petición ante Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, para que esta de continuidad con el proceso de pérdida de capacidad laboral radicada el seis (6) de noviembre de 2018.
7. El día quince (15) de enero de 2019 se finaliza el vínculo laboral entre el señor Norberto Jiménez García y su ultimo empleador LOAD CARGO S.A.S.
8. El día dos (2) de abril de 2019 Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES dando respuesta al derecho de petición radicado el 30/03/2019, informa que:

"(...) no es posible continuar su solicitud de calificación, por cuanto la pretendida persona a calificar: ya le fue reconocida una prestación "indemnización sustitutiva" de vejez la cual es incompatible con el trámite actual" (subrayado y negrillas fuera de texto)

9. El día treinta (30) de septiembre de 2019 se radica acción de tutela en contra Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, solicitando se de continuidad con el trámite de pensión de invalidez y se realice el respectivo correctivo a la Historio [sic] Laboral de mi poderdante.

10. El seis de febrero de 2020 El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia resuelve:

1°. - REVOCAR el fallo apelado, esto es el de fecha 28 de noviembre de 2019, proferido por el Juzgado 5° de Familia de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia y en su lugar, TUTELAR los derechos invocados por el señor NORBERTO

JIMÉNEZ GARCÍA frente a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES.

2°. - Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR al señor Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación que se le haga de este fallo, dé respuesta a la petición radicada por el actor el 12 de septiembre de 2019 relacionada con el ajuste o corrección de su historia laboral (fol. 21) y para que se pronuncie nuevamente sobre el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral y solicitud de pensión de invalidez, observando para el efecto, la jurisprudencia vigente y aplicable al caso.

11. Mi prohijado fue sometido a cirugía ocular en las siguientes fechas:

- Ojo izquierdo 18 de septiembre de 2019
- Ojo derecho 21 de febrero de 2020.

12. Se radica ante el Juzgado Quinto (5) de Familia de Bogotá **"incidente de desacato"** el día 17 de febrero de 2020, como consecuencia de la negligencia de Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, frente a lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, por no haber dado continuidad al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

13. Acatando lo dispuesto por el Tribunal Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, el día cuatro (4) de marzo de 2020 cita al señor Norberto Jiménez García para la realización de la valoración de pérdida de capacidad laboral.

14. El día dos (2) de junio de 2020 es notificada al actor a través de correo electrónico por Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES del dictamen de pérdida de capacidad laboral DML 3379244 del 4 de abril de 2020, mediante la cual se establece el porcentaje de pérdida [sic] con fecha de estructuración 03/03/2020 de origen común.

15. El día dieciséis (16) de junio de 2020 se radica por quien se suscribe recurso de apelación al dictamen de pérdida de capacidad laboral, frente al inconformismo de la **fecha de estructuración**.

16. El ocho (8) de julio de 2020 Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES notifica al señor Norberto Jiménez García la resolución N° SUB 135548 del 25 de junio de 2020 que resuelve:

- **Confirmar la resolución SUB 71811 del 13 de marzo de 2020.**
- **Negar el reconocimiento y pago de pensión solicitada por el señor Norberto Jiménez García.**

17. El día trece (13) de octubre de 2020 se radica demanda laboral contra Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES solicitando el reconocimiento de pensión.

18. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Penal el veintiocho (28) de octubre de 2020 resuelve la impugnación elevada por quien se suscribe frente a la tutela 2020-0012 que cursó en el Juzgado veintiséis (26) Penal del Circuito de Bogotá ordenando a Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES:

- **Primero: Revocar parcialmente el fallo impugnado para, en su lugar, tutelar el derecho al debido proceso a Norberto Jiménez García.**
- **Segundo: Ordenar al representante legal de Colpensiones que, si aún no lo ha hecho, a través del funcionario que estime competente, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, adelante el trámite administrativo establecido en los artículos 42 de la Ley 100 de 1993, 142 del Decreto 019 de 2010 y 2.2.5.1.41 del Decreto 1072 de 2015, a fin de remitir el expediente pensional del accionante a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, a la cual le corresponde desatar el recurso de apelación interpuesto por él en contra del dictamen emitido por Colpensiones el 4 de abril de 2020.**

- **Tercero: El incumplimiento de lo aquí dispuesto deberá ser informado al a quo y a esta Sala, so pena de incurrirse en desacato, conformidad con lo señalado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.**
- **Cuarto: Confirmar en lo demás el fallo de primera instancia, por las razones expuestas en esta providencia.**

19. El día doce (12) de febrero de 2021 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca a través del dictamen No. 17094421 – 883 la Sala 1, concluye a favor del accionante que la PCL es de 63,41%, enfermedad de origen común y fecha de estructuración 30/04/2018.

20. El día diecinueve (19) de marzo de 2021 se radica ante Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, solicitud de pensión de invalidez, pago del retroactivo pensional e inclusión en las bases de nomina [sic] al señor Norberto Jiménez García, bajo el radicado 2021_3410523.

21. El treinta y uno (31) de mayo de 2021 se radica por quien se suscribe derecho de petición ante Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, se de celeridad al trámite de pensión de invalidez, como quiera que el aquí tutelante se encuentra en una situación económica desfavorable.

22. El día veintiuno de julio de 2021 se radica acción de tutela contra Administradora Colombiana de pensiones-COLPENSIONES, por vulnerar el derecho al debido proceso, como quiera que habían transcurrido más de 120 días y no se había dado respuesta a la solicitud elevada el 19 de marzo de 2021.

23. El Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento quien avoca conocimiento de la tutela radicada el 21 de julio de 2021, en fallo del 4 de agosto de 2021, notifica su decisión de tutelar los derechos fundamentales impetrados en favor del señor Norberto Jiménez García.

Segundo. - ORDENAR al GERENTE GENERAL DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y/o quien haga sus veces, para que en el término improrrogable de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, NOTIFIQUE la RESOLUCIÓN NUMERO RADICADO NO. 2021 3410523 a NORBERTO JIMÉNEZ GARCÍA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 17.094.421 expedida en Bogotá D.C.

24. El 9 de agosto se radica incidente de desacato frente al fallo del 4 de agosto de 2021 proferido por el Juzgado 34 Penal del Circuito de Bogotá con función de conocimiento.

25. El día 18 de agosto de 2021 Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES notifica de manera electrónica la decisión al radicado No. 2021_3410523 del 19 de marzo de 2021 bajo No. SUB 170247 26 JUL 2021.

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: *Negar el reconocimiento de una pensión de invalidez al señor JIMÉNEZ GARCÍA NORBERTO, ya identificado de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución"*

II. PRETENSIONES

El actor de la súplica constitucional solicitó tutelar los derechos fundamentales invocados y "[...] **ORDENAR a [sic] Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES**, para que en el término que su despacho disponga, reconozcan pensión de invalidez y el correspondiente retroactivo desde que se causó de conformidad al dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca. día doce (12) de febrero de 2021, a través del dictamen No. 17094421 – 883 la Sala 1 que concluye a favor del accionante que la PCL es de 63,41%, enfermedad de origen común y fecha de estructuración 30/04/2018. [...] de no tutelarse a favor del señor Norberto Jiménez García lo anteriormente solicitado, solicitamos **ORDENAR COMO MEDIDA PROVISIONAL**, mientras se resuelve por parte de la justicia ordinaria laboral el asunto frente a la pensión de invalidez, se ordene a Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES., la inclusión en nómina y el pago de la pensión de invalidez a la que tiene derecho mi poderdante al haber cumplido los requisitos que establece la legislación colombiana, para interrumpir la situación

precaria que afronta, por ser una persona de la tercera edad, su incapacidad física(visual), el no poseer un ingreso base para solventar sus necesidades básicas, ni apoyos por parte del estado o el distrito para acceder al pago de vivienda, la compra de alimentos y el pago de servicios públicos, reitero esto mientras se decide de fondo frente a la solicitud de pensión de invalidez sea en esta instancia o la laboral y se le cancele el retroactivo desde que se fijó la fecha de estructuración por la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca”.

III. TRÁMITE PROCESAL

- 3.1 La acción de tutela fue radicada el día 6 de septiembre de 2021, correspondiéndole por reparto a este despacho judicial.
- 3.2 Por auto del 7 de septiembre de 2021, este despacho admitió la acción constitucional ordenando notificar a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES e igualmente se le ordenó contestar cada uno de los hechos en que se fundamenta la presente tutela y allegar las pruebas que creyera pertinentes, para lo cual se le concedió el término de un (1) día.
- 3.3 De igual manera se dispuso vincular a la acción de tutela a FAMISANAR E.P.S., a la EMPRESA LOAD CARGO S.A.S., a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y a la FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL, para los mismos fines y otorgándoles el mismo término dado a la accionada.
- 3.4 En la misma decisión se dispuso Oficiar al Juzgado 5º Familia Circuito de Bogotá, al Juzgado 26 Penal Circuito de Bogotá, al Juzgado 34 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Penal y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Familia, para que dentro del mismo término realizaran las manifestaciones pertinentes dentro del presente trámite constitucional. Además se ordenó vincular a los señores MOISES RIOS y ESPERANZA JIMENEZ GARCIA, para que en idéntico término dieran contestación a todos y cada uno de los hechos en que se fundamenta la acción constitucional y realizaran la petición de pruebas que creyeran convenientes, para lo cual se dispuso requerir a la parte accionante para que en el término de cinco (05) horas allegara al despacho, el correo electrónico de los precitados.
- 3.5 Por auto del 13 de septiembre de 2021 se ordenó vincular a los empleadores EJÉRCITO NACIONAL, MINISTERIO DE DEFENSA, EXPRESO DE CARGA S.A., BETANCOURT CONTRERAS JUAN O, BETANCOURT R ULISES, COLTANQUES LTDA., PEDRO AMAYA CIA LTDA., TRANSPORTE DE CARGA EXPRESO BOLIVARIANO, MIGUEL JOSÉ SANABRIA BERMÚDEZ, GENERAR COOPERATIVA DE TRABAJO ASOC., COSEM.,CONFIAR SERVICIOS EMPRESARIALES, CONFIAR SERVICIOS TEMPORALES LTDA, COOPERATIVA INTEGRAL DE TRABAJO ASO, SERVIPROTECCION CTA, COONDUCCIR CTA., LOAD CARGO LTDA., así como a las entidades CÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y COLSUBSIDIO CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR, al presente trámite, concediéndoles el término improrrogable de CUATRO (4) horas, contadas a partir de la notificación, para que se pronunciaran sobre los hechos en que se fundamenta la tutela y realizaran la petición de pruebas correspondientes. Para ello se dispuso, por secretaría, requerir de manera inmediata al accionante para que brindara la información de

contacto electrónico de los empleadores mencionados en el término de dos(2) horas y consultar en internet los correos de los mismos. Además se indicó que, de no ser posible su notificación, sea porque el accionante no conocía la dirección de correo electrónico de sus empleadores o porque no se encuentran las mismas en internet, previo informe secretarial de lo enunciado, realizar el EMPLAZAMIENTO de los empleadores mencionados que no hubieran podido ser notificados por correo electrónico, por el término de un (1) día, para ser publicado en el micrositio del juzgado.

- 3.6 Conforme el informe rendido por el citador del juzgado, visto en el archivo 62 del expediente digital, se procedió al emplazamiento ordenado, el cual se efectuó el 15 de septiembre de 2021.
- 3.7 Mediante auto del 15 de septiembre de 2021 se ordenó la vinculación del Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá al presente trámite.

IV. ARGUMENTOS DE DEFENSA

4.1 COLPENSIONES

Informó que, mediante resolución SUB170247 del 26 de julio de 2021, se negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, dado que no obra en el expediente desistimiento de la indemnización sustitutiva de pensión, por lo que las cotizaciones fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento y reliquidación de esta última y no pueden volverse a tener en cuenta para nuevo reconocimiento.

Igualmente indicó que no se propuso recurso alguno contra la citada resolución.

Manifestó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante, como quiera no llena los requisitos para el reconocimiento pensional, aunado a que no existe petición alguna pendiente por resolver.

Solicitó tener en cuenta el carácter subsidiario de la acción, teniendo que agotarse los procedimientos administrativos y judiciales para poder recurrir al amparo, la órbita de competencia del juez constitucional y su deber de protección del patrimonio público.

Invocó negar la tutela por improcedente, dado que no cumple con los requisitos del art. 6º del Decreto 2591 de 1991.

Anexó la resolución nombrada, así como la comunicación mediante la cual le fue enviada al accionante.

4.2 JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA

Informó que COLPENSIONES radicó el 1 de octubre de 2020 solicitud de calificación ante esa Junta con el fin de resolver la controversia presentada por la calificación emitida en dicha entidad. Así mismo que, mediante dictamen 17094421-883 proferido el 12 de febrero de 2021, esa junta determinó para

la invalidez del accionante un grado de pérdida de la Capacidad Laboral del 63.41%, de origen común y fecha de estructuración 30 de abril de 2018 (campimetría), contra el cual no se presentaron reparos, por lo que se encuentra en firme, quedando solamente la posibilidad de controvertirlo ante la jurisdicción laboral.

Se refirió a la improcedencia de la tutela (art. 6 Decreto 2591 de 1991) y manifestó no tener competencia para pronunciarse sobre las pretensiones del accionante, por lo que solicitó su desvinculación del trámite.

4.3 JUZGADO 5° DE FAMILIA DE BOGOTÁ

Informó que tuvo conocimiento de la tutela presentada por el accionante contra COLPENSIONES con radicado 2019-0883, trámite dentro del cual se profirió fallo el 28 de noviembre de 2019, denegando el amparo, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de Bogotá el 6 de febrero de 2020 ordenado pronunciarse a la accionada sobre la solicitud del quejoso y la pérdida de capacidad laboral.

Ante la solicitud de incidente de desacato, la accionada acreditó haber dado cumplimiento al fallo, por lo que se declaró improcedente la apertura del mismo, el día 4 de mayo de 2020.

Solicitó su desvinculación de la presente acción, dado que las acciones adelantadas por el despacho se ajustan a derecho y remitió copia del proceso.

4.4 LOAD CARGO S.A.S

Indicó que la relación laboral con el accionante finalizó el 15 de enero de 2019, sin que le conste que fuera el último empleador del peticionario, ni tampoco los demás hechos de la acción.

Manifestó que no le asiste interés en las pretensiones de la tutela, por lo que ni se allana, ni se opone a las mismas, aunado a que cumplió con su obligación de pagar los aportes a seguridad social oportunamente.

Expuso la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad, por lo que solicitó su desvinculación del trámite.

4.5 FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA NACIONAL – FUNDONAL

Manifestó que solamente le constan las atenciones clínicas realizadas al accionante desde el 11 de abril de 2018 hasta el 30 de abril de 2021, en consultas de control de glaucoma, en la práctica de tres procedimientos quirúrgicos y en la toma de exámenes y en controles postoperatorios.

Se refirió a los fundamentos legales de las EPS y de las IPS, indicando que las pretensiones del actor son exclusiva competencia de COLPENSIONES, por lo que solicitó su desvinculación del trámite.

4.6 JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

Señaló que no existe radicación de expediente alguno a nombre del accionante en esa entidad.

Argumentó no tener injerencia en las pretensiones del accionante, por ser ajenas al desarrollo de sus funciones; por ello solicitó su desvinculación de la acción de tutela.

4.7 ESPERANZA JIMÉNEZ GARCÍA

Declaró haber prestado apoyo económico al accionante desde agosto de 2019, dado que él no cuenta con los medios económicos para satisfacer sus necesidades básicas pues, por su situación física y edad, no puede acceder a ningún trabajo.

4.8 SEGUROS BOLÍVAR S.A.

Señaló que lo único que le consta es que el accionante se encontraba vinculado a esa administradora desde el 7 de diciembre de 2018 hasta el 15 de enero de 2019, a través de la empresa LOAD CARGO SAS, sin reporte de novedad alguna, accidente de trabajo o enfermedad laboral.

Igualmente que, según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, la pretensión que persigue el actor se deriva de una enfermedad de origen común.

Indicó que la llamada a responder las pretensiones del tutelante es COLPENSIONES y solicitó declarar improcedentes los cargos contra esa sociedad.

4.9 COLTANQUES S.A.S.

Indicó que no le constan ni los hechos narrados por el accionante, ni tampoco sus peticiones, aunado a que revisado su archivo, el cual contienen información desde 1995, no encontró información del actor, pero de acuerdo a los anexos de la tutela el tutelante tuvo vínculo con la empresa entre el 16 de febrero de 1993 al 3 de marzo del mismo año, estando al día por todo concepto pensional.

Invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva de la empresa, dado que las pretensiones le competen exclusivamente a COLPENSIONES.

No obstante ello, indicó que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo para hacer valer sus derechos, por lo que no se cumple con el requisito de subsidiariedad del amparo y por ello, solicitó declarar improcedente la acción.

4.10 JUZGADO 17 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

El Juez 17 laboral del circuito, en contestación del 17/09/2021 a las 3:18 p.m. indicó: "[...] me permito manifestar, de conformidad con lo indicado por la accionante en el escrito de tutela, que en este Juzgado cursó [sic] el proceso ordinario de la seguridad

social radicado bajo el N°.2020-332 de Norberto Jiménez García en contra de la entidad Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, el cual se recibió de la oficina judicial el 13 de octubre de 2020; se admitió el 27 de octubre de 2020; el 14 de julio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda; el 10 de septiembre de 2021, se revocó el auto, y se dispuso tener por contestada la demanda, y en este momento, se encuentra en trámite de notificación, el cual está a cargo de la parte demandante”.

- 4.11 Las demás entidades y/o juzgados vinculados, dentro del término de traslado de la tutela, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela, aspectos generales

Establece el artículo 86 de la Constitución de 1991 la acción de tutela, constituyéndolo como mecanismo preferente y sumario, cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales que hayan sido conculcados, por acción u omisión de las autoridades o de los particulares.

2. Problema Jurídico y tesis del despacho

Teniendo en cuenta los antecedentes fácticos expuestos en precedencia, el problema jurídico que debe dilucidar el despacho se concreta en establecer, sí:

¿Se vulneró por parte del ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y/o demás entidades vinculadas, los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana en conexidad con el derecho a la vida del señor NORBERTO JIMÉNEZ GARCÍA, al no haber reconocido la pensión de invalidez?

3. Caso concreto.

En el caso bajo examen se solicita, por vía de tutela, ordenar al ADMINISTRADORA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconocer la pensión de invalidez y el correspondiente retroactivo del señor NORBERTO JIMÉNEZ GARCÍA. Subsidiariamente solicitó como medida provisional ordenar la inclusión en nómina y pago de la pensión de invalidez, mientras se resuelve el asunto en la justicia ordinaria.

En la respuesta allegada por el ADMINISTRADORA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como de las afirmaciones efectuadas en el libelo genitor se advierte que, efectivamente, al señor NORBERTO JIMÉNEZ GARCÍA le fue reconocida por COLPENSIONES, mediante Resolución GNR 102868 del 13 de abril de 2015, el pago de indemnización sustitutiva de la Pensión de Vejez, la cual fue reliquidada en Resolución SUB 71811 del 13 de marzo de 2020.

Así mismo que el accionante solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante resolución SUB 135548 del 20 de junio de 2020, decisión que fue atacada y, posteriormente confirmada, en resolución DEP 12360 del 11 de septiembre de 2020.

Posteriormente se encuentra que el accionante solicitó la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante resolución SUB 170247 del 26 de julio 2021, sin que se hayan presentado los recursos de ley.

Además se advierte que en el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, cursa demanda contra COLPENSIONES, la cual fue radicada el 13 de octubre de 2020, para el reconocimiento de la pensión de vejez y, subsidiariamente la pensión de invalidez, última que también procura en este trámite¹.

En ese orden de ideas, claramente surge para este despacho que la acción constitucional invocada por el señor NORBERTO JIMÉNEZ GARCÍA, *prima facie*, no estaría llamada a prosperar por cuanto la tutela tiene un carácter subsidiario y residual, que no puede entrar a remplazar las acciones que deben adelantarse por la vía ordinaria. Sin embargo, en el sub judice, debe flexibilizarse este criterio, por las condiciones especiales que presenta el accionante, como se pasa a explicar.

En primer lugar, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, por el cual fue reglamentada la acción de tutela, señala que no procederá:

“[...] **Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales**, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”². (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Es así como la acción de tutela solamente resulta procedente cuando se busca proteger un derecho fundamental, siempre y cuando no exista ninguna otra vía a la cual pueda acudir el peticionario, a fin de que no se vulnere su derecho o, en otras palabras, únicamente ante la ausencia de un medio judicial o administrativo que permita la protección del derecho fundamental, se puede invocar su amparo por vía de tutela.

Ello significa que, al no configurarse el escenario descrito, la acción de tutela no sería el mecanismo eficaz para la garantía de los derechos de quien acude a esta sede judicial para la protección los mismos, por cuanto lo pretendido por el accionante debe realizarse primariamente, tal como se acreditó, ante el juez laboral, con el agotamiento de las etapas propias del proceso.

Al respecto debe tenerse en cuenta que existe proceso ordinario laboral en curso en el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, encontrándose en etapa de notificaciones, según informó ese despacho y consulta oficiosa realizada por este estrado en el portal web Siglo XXI³, lo que evidencia que el trámite se está surtiendo ante el juez natural, como corresponde.

Aunado a lo expuesto, memórese que, dada la naturaleza excepcional de la acción de tutela y su característica de mecanismo subsidiario, por regla general resulta improcedente para

¹ Informe visto en archivo 73 del expediente digital

² Art. 6° Decreto 2591 /91

³<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=YE55Cvf4DGwQR0MLTJh%2b%2bAJZrSs%3d>

debatir asuntos relacionados con acreencias de carácter laboral. No obstante, la regla anterior tiene sus excepciones, en tratándose de eventos en los cuales está de por medio la protección de otro tipo de derechos de contenido ius-fundamental, como es el caso del mínimo vital y el derecho a la vida.

Al respecto la Corte Constitucional precisó: “En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional adoptada en la materia, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto; así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario”⁴.

No obstante lo expuesto, la Corte Constitucional, en lo relativo a la reclamación por vía de tutela de las pensiones de invalidez, “ha concluido que el mecanismo judicial ante la jurisdicción laboral no es idóneo, ni eficaz para garantizar la protección oportuna de las personas en situación de discapacidad que solicitan la pensión de invalidez”⁵.

En ese sentido, aunque el titular de derechos cuenta con un mecanismo de defensa judicial al que acudió, según se narra en el hecho 17 del escrito de tutela, en el que indica la radicación de demanda contra COLPENSIONES, proceso que cursa en el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, se tiene que sobre el mismo el apoderado manifestó que no resulta eficaz para proteger los derechos del actor, dada la duración de este mecanismo, pues de esperarse el fallo, se haría más gravosa su situación.

En el caso particular hay que considerar que el actor se encuentra aquejado por problemas de salud, tiene 77 años y presenta pérdida de capacidad laboral, lo que lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional, por lo que debe flexibilizarse el criterio de subsidiariedad del amparo deprecado, pues cumple con la edad para ser considerado como persona de la tercera edad dado que, para tal efecto se requiere tener 76 años, es decir, haber superado la esperanza de vida certificada por el DANE⁶ y se encuentra en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación e Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, el cual arrojó un porcentaje del 63.41%.

En la misma línea, la afectación de su mínimo vital alegada por el accionante, también debe motivar a que la exigencia del cumplimiento del criterio de subsidiariedad de la tutela se mitigue. No obstante ello, las circunstancias expuestas por el actor, por sí mismas, no permiten que el juez de tutela ordene de plano el reconocimiento de la pensión deprecada, como quiera que existen unos requisitos que deben ser verificados para la concesión de la pensión por invalidez, como se explicará más adelante.

Sobre la procedencia del amparo, la Corte Constitucional en la sentencia T-128 de 2015 explicó: “Específicamente sobre el pago de prestaciones económicas pensionales por esta vía, existe amplia jurisprudencia, de la cual surgen las siguientes reglas:

⁴ SU-588 -2016

⁵ T-046-2019.

⁶ T- 157 Corte Constitucional. 15 de abril de 2019.

- (i) Que el actor no cuente con otro medio idóneo de defensa judicial diferente a la acción de tutela, aclarando que "la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada"
- (ii) Que la tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, que cause inminente violación a derechos fundamentales.
- (iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social.
- (iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista razonable certeza respecto de la procedencia de la solicitud.
- (v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, este hubiere sido negado".

Como la primera de las reglas ya se analizó en párrafos anteriores, se continuará con las siguientes. En lo relativo a la inminencia de un perjuicio irremediable, para invocar la tutela como mecanismo transitorio, no fue acreditada tal circunstancia, conforme los requisitos establecidos por la Sala Plena de la Corte Constitucional, para la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando por este medio se pretenda obtener el reconocimiento de una pensión:

"a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho.

b) Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario.

c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso.

d) En concordancia con lo anterior, para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela"⁷. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Así mismo se debe analizar:

"a. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

b. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

c. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados y

⁷ SU856 de 2013. Corte Constitucional.

d. Que exista una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado⁸. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Se advierte que el accionante no presentó los recursos de ley contra la Resolución citada por lo que no se cumple lo previsto en el literal a), lo que implica que no cumple con las condiciones para invocarse la tutela como transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En consecuencia, no puede tenerse por cumplida una de las reglas establecidas en la sentencia T-128 de 2015 para que proceda el pago de acreencias laborales por vía de tutela.

Sin perjuicio de lo anterior y, aunque no puede este despacho acceder a ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez como mecanismo transitorio, se pasará a analizar lo relativo a la procedencia de la tutela para reclamar la pensión de invalidez.

Sobre el particular el Alto Tribunal Constitucional, en sentencia T-225 de 2020, citó el denominado “test de procedencia” en lo que respecta a la exigencia del ejercicio subsidiario de la tutela, el cual se satisface cuando se acreditan las siguientes condiciones:

TEST DE PROCEDENCIA	
Primera condición	Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.
Segunda condición	Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez.
Cuarta condición	Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Respecto de las 4 condiciones citadas, se tiene probado que el accionante es sujeto de especial protección al tener 77 años de edad y estar en condición de debilidad manifiesta al contar con dictamen de pérdida de capacidad laboral del 63.41%, aunado a que se encuentra afiliado a EPS FAMMISANAR en el régimen subsidiado de salud, como cabeza de familia, como se observa en la consulta de afiliados del sistema ADRES aportada; así mismo se tiene que, según lo afirmado por su apoderado, su poderdante se encuentra en una situación precaria “por ser una persona de la tercera edad, su incapacidad física(visual), el no poseer un ingreso base para solventar sus necesidades básicas, ni apoyos por parte del estado o el distrito para acceder al pago de vivienda, la compra de alimentos y el pago de servicios públicos”; sumado a ello, dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, el accionante realizó aportes al Sistema General de Pensiones⁹ y, por último, realizó solicitud de pensión de invalidez ante COLPENSIONES y el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá¹⁰, por lo que si bien, el amparo no prospera como medida transitoria,

⁸ SU 568 DE 2013. Corte Constitucional.
⁹ Según historia laboral que reposa en el expediente digital.
¹⁰ Según informe visto en archivo 0073 del expediente digital.

si resulta necesario flexibilizar el requisito de subsidiariedad de la acción invocada y por ende, debe analizarse el caso puesto a consideración.

Al respecto se tiene que COLPENSIONES, mediante resolución SUB 170247 del 26 de julio de 2021 negó la pensión de invalidez solicitada por el actor, por existir incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de invalidez, de conformidad con lo previsto en el art. 6° del Decreto 1730 de 2001.

En la decisión argumentó: "[...] Que no obra en el expediente solicitud de desistimiento de la indemnización sustitutiva de pensión vejez.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que las cotizaciones fueron utilizadas para el reconocimiento y reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y las mismas no pueden volverse a tener en cuenta para reconocimiento alguno, se niega la pensión de invalidez solicitada".

Sobre el particular la jurisprudencia ha indicado:

"Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-002A de 2017, determinó que el reconocimiento previo de indemnización sustitutiva no imposibilita a las administradoras de pensiones a evaluar y determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de invalidez así:

'La Corte ha indicado que haber entregado a una persona 'la indemnización sustitutiva no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de reconocerle la pensión de invalidez (...).

*'En consecuencia, **la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional**, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución'. (...)*

Lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto'(Negritas y subraya fuera del texto original).

45. Así las cosas, es claro que esta Corporación ha sostenido que el otorgamiento previo de una indemnización sustitutiva al accionante no representa un impedimento para que COLPENSIONES estudie y reconozca, en caso de ser procedente, su derecho a la pensión de invalidez, pues resulta posible efectuar un "descuento" o "compensación" entre las prestaciones sociales. En tal sentido, afirmó en la misma providencia:

'No olvida la Sala que, el 1° de enero de 2000, a través de la Resolución número 2381, COLPENSIONES reconoció al señor [...] una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en las 525 semanas de cotización, por valor de \$3.302.182. Sobre este punto, ordenará a la referida entidad, que descuente del pago de las mesadas pensionales al actor, lo pagado previamente por concepto de la indemnización sustitutiva".

En ese orden de ideas, surge palmariamente que COLPENSIONES no tuvo en cuenta más argumento en la Resolución SUB 170247 del 26 de julio de 2021, que la supuesta incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de invalidez para negar esta última, sin observar los diversos pronunciamientos que, al respecto se han proferido por parte de la Corte Constitucional, situación que vulnera los derechos fundamentales invocados por el accionante y, en consecuencia, resulta necesario emitir las órdenes correspondientes para que cese dicha afectación.

Corolario de lo expuesto, se ordenará a COLPENSIONES que, en un plazo máximo de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, proceda a emitir un nuevo acto administrativo en el que resuelva la solicitud de pensión de invalidez y comunicarlo al accionante, considerando para tal efecto lo expuesto en esta providencia y los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993 y demás normas que regulan dicha acreencia, dado que en la Resolución SUB 170247 del 26 de julio de 2021, solamente se tuvo en cuenta el desatinado argumento de incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de invalidez.

Por último, como quiera que las demás entidades convocadas a esta acción no son competentes para resolver las pretensiones del actor, se ordenará su desvinculación.

Por lo anterior, se

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho de Familia del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados, cuyo titular es el señor NORBERTO JIMÉNEZ GARCÍA, conforme lo indicado en la parte motiva de este proveído.

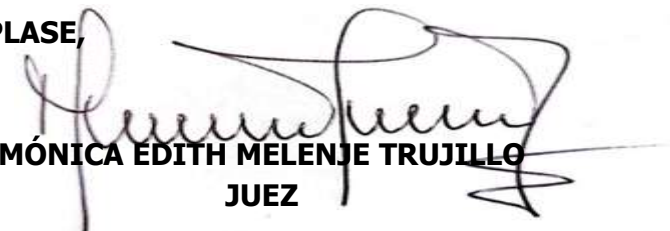
SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES que en un plazo máximo de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta decisión, proceda a emitir un nuevo acto administrativo en el que resuelva la solicitud de pensión de invalidez y notifique del mismo al accionante, considerando para tal efecto, lo expuesto en esta providencia y los demás requisitos para acceder a la acreencia solicitada.

TERCERO: DESVINCULAR del presente trámite constitucional a las entidades convocadas a esta acción, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: Comuníquese la presente decisión a los intervinientes por el medio más expedito, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: En caso de no ser impugnado, remítase las actuaciones a la Corte Constitucional para una eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MÓNICA EDITH MELENJE TRUJILLO
JUEZ