

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2021 – 00394**, informando que la entidad accionada dio respuesta al requerimiento efectuado, mientras que la vinculada guardó silencio, y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA**. Sírvase proveer.

ANA RUTH MESA HERRERA
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D. C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I. ANTECEDENTES

La señora María Amanda Calle Delgado, identificada con cédula de ciudadanía 30.340.591, actuando en causa propia, interpuso acción de tutela en contra del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la salud, a la vida y a la dignidad humana.

Como sustento de sus aspiraciones, señaló que en 1974 conoció al señor Jorge Hernán Camacho Camacho (Q.E.P.D.), con quien procreó tres hijos y tras más de 15 años de convivencia, éste fue pensionado por Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Que durante su convivencia presentaron dificultades que los obligaron a trasladar su domicilio a varias ciudades del país; que en 1998 fue afiliada como beneficiaria del causante al sistema de salud y en el 2006 decidieron celebrar matrimonio civil para formalizar los más de 30 años de unión.

Que el causante falleció el 22 de enero de la corriente anualidad, y por ello inició los trámites pertinentes para obtener la sustitución pensional, radicando los documentos ante la entidad accionada. Empero, aquella dejó en suspenso su reconocimiento por cuanto compareció otra

presunta beneficiaria solicitando el mismo derecho, en calidad de compañera permanente.

Como consecuencia, solicitó se revoque lo resuelto en Resolución 1121 del 13 de julio de 2021 y se le reconozca la sustitución pensional, o que de manera provisional se ordene el pago de una cuota parte de esta, mientras se surte el proceso ordinario.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

En proveído del 5 de agosto de 2021, se admitió la presente acción de Tutela, se vinculó de oficio a la señora María Yaneth Acosta Ortiz, cuya notificación quedó a cargo de la accionada, y se requirió a la promotora de la acción para que allegase la manifestación de que trata el inciso 2º del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

El **Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia**, mediante Oficio 202101300510391 del 12 de agosto de 2021 dio respuesta al requerimiento efectuado, solicitando que las pretensiones se denegaran ante su improcedencia.

Informó que la accionante elevó solicitud del reconocimiento de la sustitución pensional causada por el señor Jorge Hernán Camacho Camacho (Q.E.P.D.), y fue resuelta en radicado GPE 20213140076811 del 14 de mayo de la corriente anualidad. Que en acto administrativo 0830 de 26 de mayo se dejó en suspenso el reconocimiento de la sustitución, y contra dicho acto se interpuso recurso de reposición. El recurso se resolvió en acto administrativo 1121 del 13 de julio de 2021 y se confirmó la decisión.

En esos términos, señaló que ha dado respuesta de fondo a las solicitudes elevadas, y que no es procedente acudir al mecanismo de la acción de tutela para incoar pretensiones que se deben debatir en la jurisdicción ordinaria, como la sustitución pensional pretendida.

En **correo electrónico** del 11 de agosto de 2021, la parte actora dio cumplimiento al requerimiento efectuado, y allegó la manifestación de que trata el inciso 2º del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

Mediante auto del 13 de agosto de 2021, se requirió al Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, para que acreditara el cumplimiento de la orden de notificar a la señora María Yaneth Acosta Ortiz, puesto que no se pronunció al respecto en la contestación allegada.

En correo electrónico del 13 de agosto de 2021, el **Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia** allegó constancia de haber notificado la presente acción a la señora María Yaneth Acosta Ortiz, en mensaje de datos del 12 de agosto de la presente anualidad.

Sin embargo, una vez superado ampliamente el término de traslado y habiéndose constatado la notificación de la acción de tutela, la señora **María Yaneth Acosta Ortiz** guardó silencio.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se vulneran los derechos fundamentales de la tutelante por el proceder de la accionada, y las consecuencias jurídicas de ello.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. Del Requisito de Subsidiariedad.

A continuación, debe el Despacho reiterar los lineamientos normativos y jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela, observando que el Decreto 2591 de 1991 estableció:

"Artículo 6°: Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. 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.

(...)"(Negrillas fuera de texto).

Es así que, debe memorarse que la jurisprudencia constitucional, ha señalado que en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser resueltos por las vías ordinarias, y sólo ante la ausencia de éstas o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, pues *"permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"*, argumentos que atienden a la necesidad de preservar el reparto de competencias a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

En punto del referido principio, se impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se entiende que antes de acudir a este mecanismo excepcional, la parte accionante debe actuar con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios y administrativos, pues ante la falta injustificada de ello, decae en la improcedencia del mecanismo constitucional, como quiera que ésta no debe ser considerada como una instancia adicional o un mecanismo que reemplace a los ordinarios, por lo que para que proceda, se deben reunir los siguientes presupuestos:

- (i)** Una afectación inminente del derecho
- (ii)** La urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable
- (iii)** La gravedad del perjuicio
- (iv)** El carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

En desarrollo del principio bajo estudio, se dijo en sentencia C-132 de 2018 que la acción de tutela no puede reemplazar las vías ordinarias:

"Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para

reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia”.

Además, debe acentuar esta Juzgadora que las vías ordinarias a que refiere el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 no sólo hacen referencia a las vías jurisdiccionales, sino que también comprende las vías administrativas, como se ha sostenido, entre otras, en la sentencia T-480 de 2011.

Sumado a lo anterior, la sentencia T-426 de 2019 abordó la procedencia excepcional de la acción de tutela bajo la lupa de la ineficacia de los medios ordinarios y la acreditación de un perjuicio irremediable, atendiendo los presupuestos que permiten la consolidación del mismo:

"Sin embargo, en virtud de lo establecido en las mismas normas referidas, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) este no es idóneo ni eficaz, o (ii) "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que un medio de defensa no es idóneo cuando este no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión constitucional. En

caso de que no ofrezca una protección completa y eficaz, el juez puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

Con respecto al segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que el perjuicio irremediable se presenta "cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad." Respecto a sus características esenciales, en primer lugar, el daño debe ser inminente, es decir, que esté por suceder y no sea una mera expectativa ante un posible perjuicio, aunque el detrimento en los derechos aún no esté consumado. Segundo, las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable deben ser urgentes y precisas ante la posibilidad de un daño grave, el cual es evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Finalmente, se exige que la acción de tutela sea impostergable, para que las actuaciones de las autoridades públicas o particulares del caso respectivo sean eficaces y puedan asegurar la debida y cabal protección de los derechos fundamentales comprometidos".

Bajo el anterior imperativo, se debe recalcar que no existe ninguna presunción acerca de la ineficiencia de las vías ordinarias al momento de resolver los conflictos cuya competencia detentan. Por el contrario, la Corte expuso en la sentencia T-246 de 2018 que las vías ordinarias resultan igualmente eficaces al momento de proteger los derechos de los ciudadanos:

"De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo"

3. Caso concreto.

Descendiendo al caso bajo estudio, se duele la actora que la accionada no ha reconocido la sustitución pensional deprecada, dejando en suspenso tal determinación hasta tanto la jurisdicción ordinaria dirima la controversia frente a la convivencia alegada por ambas reclamantes.

En ese sentido, de las documentales aportadas se aprecia que las solicitudes formuladas han sido resueltas por la entidad, aunque de

manera negativa, hecho que es admitido por activa puesto que aporta copia de cada uno de los actos administrativos proferidos y en los cuales la entidad ha negado el reconocimiento de la sustitución pensional pretendida.

Sin embargo, se aprecia que la pasiva resolvió en Resolución 1121 del 13 de julio de 2021 los recursos de reposición contra la Resolución 0830 del 26 de mayo de la misma anualidad, interpuestos tanto por la tutelante, señora María Amanda Calle Delgado, como por la señora María Yaneth Acosta Ortiz, confirmando la decisión de dejar en suspenso el reconocimiento de la sustitución pensional causada por el señor Jorge Hernán Camacho Camacho (Q.E.P.D.), ante la concurrencia de ambas solicitantes, y hasta tanto la jurisdicción ordinaria dirima el conflicto.

Si bien por activa se aduce que tal determinación transgrede sus derechos fundamentales, por cuanto demostró la convivencia con el causante, no es menos cierto que la señora María Yaneth también formuló una solicitud alegando que tiene el derecho al reconocimiento de la pensión.

En ese sentido, se aprecia que el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en la Resolución 1121 del 13 de julio de 2021, encontró prueba del vínculo jurídico existente entre la promotora de la acción y el causante, sin que hubiese prueba de vínculo jurídico entre la señora María Yaneth Acosta Ortiz y el *de cuius*. Sin embargo, ante la manifestación de convivencia simultánea resolvió dejar en suspenso el reconocimiento de la sustitución.

Bajo tales argumentos, resulta claro que la controversia frente al derecho de la sustitución pensional, debe ser conocida por la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que por expreso mandato legal en el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008, se instituyó que ese es el escenario jurídico para debatir el derecho que se pretende.

Por lo tanto, se colige la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo para obtener la sustitución pensional al no encontrarse demostrado el requisito de subsidiariedad, explicado en el acápite anterior.

Ello se acompasa con la extensa jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en, entre otras, sentencia SU-461 de 2020 al citar los eventuales escenarios para el estudio de dicho derecho, dentro de los cuales la Corporación en ningún momento ha atribuido tal facultad al juez constitucional en sede de tutela:

"Esta Corporación ha destacado que la disposición normativa en cita, esto es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, en la práctica puede engendrar condiciones discriminatorias entre esposos y compañeros permanentes del causante, de modo que por ejemplo en la Sentencia T-046 de 2016, se identificaron las siguientes reglas:

*· Cuando haya controversia sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional, porque quienes alegan la calidad de cónyuge y compañero permanente del causante han **demostrado convivir con este en periodos de tiempo diferentes o de forma simultánea, quien debe dirimir el asunto es la jurisdicción competente.***

· Ambos reclamantes deben demostrar la convivencia simultánea con el causante en sus últimos años de vida, para que la pensión de sobrevivientes o la respectiva sustitución pensional, pueda ser reconocida en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido o en partes iguales con base en criterios de justicia y equidad.

· En los eventos en los cuales, si bien hay conflicto por una presunta convivencia simultánea y es el juez quien debe intervenir, cuando el mecanismo ordinario no sea el indicado para proteger en forma oportuna y efectiva los derechos de la o el accionante, es procedente la acción de tutela.

Estas reglas jurisprudenciales, han sido proferidas en relación con las relaciones familiares normadas por la Ley 797 de 2003 y están afianzadas en el cambio introducido por el Legislador en el sistema de seguridad social en pensiones a través de ella. En esa medida, se refieren a la distribución de la prestación, como mecanismo de amparo a familias coexistentes, a causa de la cohabitación simultánea entre el causante, su esposa y su compañera permanente, cuando la muerte del primero tuvo lugar con posterioridad a su entrada en vigencia."(Negrillas fuera de texto)

En síntesis, al tener la accionante el deber de activar el aparato judicial en la jurisdicción ordinaria para desatar la controversia planteada y no haber si quiera algún indicio que permita colegir la ineficacia de tal mecanismo, se colige que no se cumple el requisito de la subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela, y como consecuencia se negará el amparo deprecado.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** del amparo invocado por la señora María Amanda Calle delgado identificada con cédula de ciudadanía 30.340.591, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA2011632 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada COVID-19.

TERCERO: **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ERBC