

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, agosto diecinueve (19) de de dos mil catorce (2014)

Acta No. 370 de 19 de agosto de 2014

Expediente No. 66001-31-10-001-2014-00408-01

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación que formuló el apoderado judicial de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Pereira el pasado 7 de julio, en la acción de tutela interpuesta por John Jairo Betancourt Hurtado contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y la ESE Hospital Universitario San Jorge.

A N T E C E D E N T E S

Relató el actor que nació el 15 de junio de 1963, tiene más de 51 años de edad; labora al servicio de la ESE Hospital San Jorge desde el 1º de agosto de 1982, en el cargo de técnico de RX y ha cotizado al régimen de prima media con prestación definida en la modalidad de empleado público de alto riesgo; como consecuencia de su exposición a radiación ha desarrollado un tumor maligno en la piel del tronco; el 22 de octubre de 2013 radicó en Colpensiones solicitud de pensión especial de vejez por alto riesgo y mediante Resolución No. GNR 130744 de 21 de abril de este año se le negó la prestación, con fundamento en que el Hospital San Jorge no realizó las cotizaciones especiales de conformidad con el Decreto 2090 de 2003; por oficio No 006744 de noviembre de 2005, la Coordinación de Salud Ocupacional del Hospital conceptuó que ha estado expuesto a radiaciones ionizantes desde el año 1982.

Agregó que a la fecha ha laborado por más de 31 años, cotizado más de 1.598 semanas en alto riesgo y como cuenta con 51 años de edad, cumple los requisitos mínimos establecidos en los artículos 3º y 4º del Decreto 2090 de 2003 para acceder a la pensión de vejez.

Considera que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social, la salud, la igualdad, la vida, el mínimo vital, la dignidad humana y el de petición en conexidad con el debido proceso, como quiera que la ESE demandada no realizó las cotizaciones de alto riesgo, a pesar de que en esa condición se ha venido desempeñando desde hace 31 años y

Colpensiones le niega la pensión especial con desconocimiento de su calidad de persona vulnerable al estar diagnosticado con tumor maligno como consecuencia de la exposición a radiación, enfermedad que a pesar de que está siendo tratada, puede agravarse.

Solicitó se ordene a la ESE Hospital Universitario San Jorge realizar sus cotizaciones de alto riesgo a partir del 1 de agosto de 1982, y a Colpensiones reconocer y pagar su pensión especial de vejez de alto riesgo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto del 20 de junio último se admitió la tutela; se ordenó notificar esa providencia a las Gerentes Nacional de Reconocimiento y de Defensa Judicial de Colpensiones; requerir al apoderado general de "la Fiduprevisora ISS en Liquidación" para que enviara el expediente del accionante a la Administradora Colombiana de Pensiones y realizar las notificaciones de rigor.

La Asesora Jurídica de la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira se pronunció para manifestar que una vez revisado el archivo de pagos a la seguridad social, se pudo establecer que al señor John Jairo Betancourt Hurtado se le ha venido pagando su aporte pensional a Colpensiones en porcentaje de 26% del ingreso base de liquidación, el que se cubre con el 4% que aporta el empleado, el 12% a cargo del empleador y el 10% que corresponde al aporte adicional por alto riesgo y que cancela el mismo empleador; los que corresponde hacer al último son realizados con cargo a los recursos del sistema general de participaciones de acuerdo con la Ley 715 de 2001. Adujo además que con ocasión a la subsidiariedad que caracteriza la tutela, no es ese el medio para resolver este tipo de controversias, las que deben ser ventiladas ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda porque no ha vulnerado los derechos del actor.

La apoderada general del ISS en liquidación manifestó, en breve síntesis, que no están en posibilidad de remitir el expediente administrativo del demandante, quien no ha elevado solicitud alguna a esa entidad y que la que generó la presente acción se radicó directamente en Colpensiones, entidad que debe atender el requerimiento. Solicitó, por tanto, su desvinculación del trámite de desacato.

Los funcionarios adscritos a la Administradora Colombiana de Pensiones, no se pronunciaron.

La funcionaria de primera sede, mediante sentencia del pasado 7 de julio, negó el amparo solicitado. Para adoptar esa decisión,

después de citar jurisprudencia constitucional que consideró aplicable al caso, concluyó que en el caso concretó no se demostró la afectación del mínimo vital del accionante, ni la existencia de un perjuicio irremediable; el peticionario aún trabaja en el Hospital San Jorge y esa entidad continúa haciendo los aportes a su seguridad social, lo que evidencia que percibe un salario y se encuentra cubierto por el sistema de salud, que le brinda el tratamiento médico que requiere. Expresó además, que las circunstancias por las que se le negó la pensión de vejez deben ser analizados por la justicia ordinaria, sin que sea la tutela el mecanismo idóneo de protección de acuerdo con la jurisprudencia que citó, a pesar de sus condiciones especiales de salud, "circunstancias que por sí solas no hacen procedente la tutela y debido a que no todo perjuicio puede considerarse como irremediable, de no ser así, todas las personas podrían acudir directamente a la acción de tutela para el reconocimiento de sus derechos fundamentales, obviando los mecanismos ordinarios dispuestos por la Ley, frente a las decisiones administrativas".

Inconforme con el fallo, la parte actora lo impugnó para que fuera revocado y se accediera a sus pretensiones. Reiteró que la decisión de no reconocerle la pensión de vejez vulnera sus derechos fundamentales, ya que según la historia clínica tiene un tumor maligno producido por su exposición frecuente a radiaciones ionizantes y en consecuencia, de seguir desempeñando su labor, se podría agravar su salud y en tal hecho encuentra un perjuicio irremediable. Considera además que no se puede someter a un proceso ordinario, en razón a que tardaría mucho y mientras tanto debe continuar exponiéndose a los rayos X, nocivos para su salud y su vida. En esa oportunidad alegó que también se le ha vulnerado su derecho a la igualdad, porque en otros casos similares al suyo, las administradores de pensiones han otorgado la prestación especial de alto riesgo.

CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, otorga a toda persona la facultad para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un trámite breve y sumario, la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en determinados eventos. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Ese medio excepcional de amparo constitucional tiende entonces a conjurar la lesión o la amenaza de los derechos fundamentales, a fin de permitir al titular su ejercicio o restablecer su goce; la efectividad de la acción reside entonces en la posibilidad para el

juez de impartir una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho conculcado.

Así, la procedencia de la tutela exige la existencia de acción u omisión atribuible a la persona o autoridad contra la que se dirige, a partir de la cual sea posible analizar si se ha producido la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario.

2.- Es sabido que una de sus características es la de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, en virtud a que sólo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa judicial, o cuando aun existiendo, la tutela es usada como mecanismo transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual sus efectos son temporales y quedan supeditados a lo que resuelva de fondo la autoridad competente. Por esa razón, el artículo 6º, numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala como causal de improcedente de la tutela, la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial.

En este caso pretende el accionante se le protejan sus derechos a la igualdad, vida, salud, seguridad social, el mínimo vital y de petición y concretamente solicita se ordene a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira realizar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, como funcionario de alto riesgo, a partir del 1º de agosto de 1982 y a Colpensiones, reconocer y pagarle la pensión de vejez con esa misma calidad.

3.- Los documentos allegados a la actuación demuestran los siguientes hechos:

.- Por Resolución No. GNR 130744 del 21 de abril de 2014, la Gerente Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, negó el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por el señor John Jairo Betancort Hurtado, en síntesis, porque la entidad empleadora no realizó las consignaciones de alto riesgo o especiales a que se refiere el Decreto 2090 de 2003 y por tanto el asunto debe resolverse de acuerdo con el régimen vigente para ese tipo de prestaciones, sin que tampoco reúna los requisitos de la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión solicitada¹.

.- Tal resolución se le notificó al demandante el 8 de mayo de 2014² y frente a ella no interpuso recurso alguno, tal como lo manifestó con ocasión del requerimiento realizado por esta Sala³, porque, según explicó su apoderado, no lo consideró necesario ya que si el Hospital San Jorge no realiza el pago de los aportes de alto riesgo, Colpensiones negará nuevamente su prestación⁴.

¹ Folios 18 y 19, cuaderno No. 1

² Folio 17, cuaderno No. 1

³ Mediante auto de 22 de julio pasado.

⁴ Folios 11 y 12 c.2.

.- Durante los años 2008 y 2009 se le prestaron al actor servicios médicos; su diagnóstico era el de tumor benigno o maligno, que fue objeto de intervención quirúrgica, sin complicaciones, como lo demuestra la historia clínica aportada con la demanda⁵.

4.- Empero, no demostró el citado señor que haya elevado solicitud alguna a la ESE Hospital Universitario San Jorge de esta ciudad, con el fin de obtener lo que pretende sea decidido por medio de esta acción, concretamente el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones como funcionario de alto riesgo.

Al respecto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia expresó en sede de tutela:

“La salvaguarda es improcedente si quien la interpone no ha acudido a las autoridades censuradas para poner de presente su reclamo, pues, como lo ha indicado la jurisprudencia, las controversias en torno a las determinaciones de la administración deben discutirse ante la institución que las emitió o en la jurisdicción correspondiente, antes de suplicar resguardo por esta vía.

“Siguiendo ese lineamiento, si la promotora considera que algún acto concreto de la acusada le está transgrediendo las garantías esenciales (...) debe dirigirse al Batallón Pedro Nel Ospina para que dicha autoridad se pronuncie al respecto y, de ser pertinente, adopte una determinación sobre la situación expuesta, previamente a hacer uso de este mecanismo.

“En ese orden de ideas, no puede anticiparse el juez constitucional a las decisiones de dicho organismo.”⁶

De lo expuesto puede deducirse que el accionante no ha pedido lo que pretende se le decida por vía de tutela, que no es otra cosa que se realicen las cotizaciones de alto riesgo a su nombre desde el 1 de agosto de 1982 para que Colpensiones pueda reconocerle su pensión de vejez, por tanto, la autoridad competente no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

Así las cosas, la tutela solicitada frente a la ESE demandada resulta improcedente.

5.- Y en relación con la pretensión que se formuló frente a Colpensiones, es menester precisar que en su jurisprudencia la Corte Constitucional ha reiterado, teniendo presente esa subsidiaridad que caracteriza la tutela, que los conflictos jurídicos que surgen del reconocimiento de prestaciones sociales escapan a la competencia del juez constitucional, ya que implican la verificación de los requisitos relativos a cada caso e interpretación

⁵ Folios 9 a 16, cuaderno No. 1

⁶ Providencia de 27 de noviembre de 2013. MP: Fernando Giraldo Gutiérrez.

normativa, por lo que deberán ser resueltos por la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, según corresponda.

Con todo, esa misma jurisprudencia enseña que el amparo resulta procedente, de manera excepcional, para obtener su reconocimiento, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

“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

En el caso concreto no se satisfacen todos esos requisitos, pues el demandante obtuvo decisión negativa a su solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, frente a la cual no interpuso recurso alguno; tampoco demostró que haya acudido a la jurisdicción contenciosa administrativa, competente para resolver la controversia que entre él y esa entidad se ha suscitado.

Pero es que de todos modos, Colpensiones negó la prestación reclamada con un argumento que al parecer considera válido el peticionario que, como ya se indicó, aduce que su empleador, la ESE demandada, no realizó las cotizaciones como corresponde, por ser funcionario de alto riesgo y mientras no se aclare esa situación, tampoco puede concluirse que aquella ha desconocido los derechos cuya protección reclama.

7.- En consecuencia, se confirmará la sentencia impugnada, siendo necesario precisar que el juzgado de primera sede ordenó vincular a la actuación a la Gerente Nacional de Defensa Judicial de Colpensiones y a la Apoderada General de Fiduprevisora ISS en liquidación, funcionarias que carecen de legitimación para

⁷ Sentencia T-398 de 2009 M.P: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

intervenir en este proceso por pasiva, pues de la presunta lesión de los derechos fundamentales invocados por el demandante, no resultan ellas responsables.

Por lo expuesto, esta Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, el pasado 7 de julio, dentro de la acción de tutela instaurada por John Jairo Betancourt Hurtado, por intermedio de apoderado, contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y la ESE Hospital Universitario San Jorge.

SEGUNDO.- Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO