El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 21 de mayo de 2018

Proceso: Acción de Tutela – Inmediatez - Subsidiariedad - Improcedente

Radicación Nro. : 2018-00021-02

Accionante: Víctor Hugo Rincón Morales

Accionado: Colpensiones

Litisconsorte: Subdirección de Determinación de Colpensiones y otras

Magistrado Ponente: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: PAGO INCAPACIDADES / INMEDIATEZ / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE / CONFIRMA -** No desconoce esta Sala la condición especial del accionante por cuenta del estado de invalidez laboral en que se encuentra; sin embargo, esa circunstancia por sí sola es insuficiente para considerar superado el mentado presupuesto de procedibilidad; se trata de un matiz que flexibiliza este análisis, mas la pasividad en la defensa de sus derechos prestacionales aunada a que actualmente percibe una pensión de invalidez, redunda en perjuicio de la inferencia jurisprudencial de la afectación de su mínimo vital originada en el impago de las incapacidades laborales.

Como se anotó, es beneficiario de la pensión de invalidez; además, desde el 15-05-2017, aproximadamente, conocía de la negativa de la accionada en el pago de las incapacidades (Folio 22, cuaderno principal), pero, en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria o constitucional, prefirió agotar el trámite administrativo de calificación de la PCL y el subsiguiente reconocimiento pensional, tal como lo reconoce en el libelo, lo que denota, a todas luces, la ausencia de afectación de sus mínimo vital con ocasión de la decisión de la accionada.

Es poco razonable que hubiera esperado siete (7) meses para procurar la defensa de sus derechos fundamentales si su situación económica fuera precaria; evidente es la ausencia de un perjuicio irremediable para aquella época, menos, entonces, en la actualidad, pues cuenta con la pensión de invalidez.

De tal manera que no se supera el presupuesto de subsdiariedad o residualidad, y se impide el examen de la cuestión de fondo. Debe recordarse que tales aspectos son una carga procesal que debe atender el actor, a efectos de superar el postulado de residualidad del amparo constitucional, ya que no todo detrimento a un derecho fundamental amerita el despliegue de esta excepcional herramienta constitucional.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante : Víctor Hugo Rincón Morales

 Presunto infractores : Colpensiones

 Litisconsorte : Subdirección de Determinación de Colpensiones y otras

 Radicación : 2018-00021-02

 Despacho de origen : Juzgado Segundo de Familia de Pereira

 Temas : Subsidiariedad - Mínimo vital - Perjuicio irremediable

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 169 del 21-05-2018

Pereira, R., veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación presentada en el asunto constitucional en referencia, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS RELEVANTES

Se informó que la accionada reconoció al actor la pensión de invalidez mediante la Resolución SUB257458 de 15-11-2017, mas dejó de ordenar el pago a partir de la fecha de su estructuración; excluyó así las incapacidades que no le habían pagado, causadas con posterioridad a los 180 días; omitió reconocer el retroactivo correspondiente (Folios 1 a 13, del cuaderno de primera instancia).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se invocan en el escrito petitorio los derechos fundamentales a la dignidad, a la seguridad social, a la salud y a la vida (Folio 8, del cuaderno de primera instancia).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que: (i) Se tutelen los derechos fundamentales; y, (ii) Se ordene a la accionada pagar las incapacidades causadas desde el 27-02-2017 (Folio 22, del cuaderno de primera instancia).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 23-01-2018 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 34 y 35, ibídem). El 05-02-2018 se profirió sentencia (Folios 54 a 64, ibídem); posteriormente, con proveído del 14-02-2018 se concedió la impugnación formulada por la parte actora (Folio 82, ibídem).

Ya ante este Tribunal, con decisión del 12-03-2018 se declaró la nulidad de lo actuado porque no se hizo la vinculación de todas las autoridades que integran la parte pasiva (Folios 4 y 5, cuaderno No.2); retornado el asunto, el *a quo* con auto del 16-03-2018 corrigió el yerro advertido (Folio 90, cuaderno principal), el 04-04-2018 dictó sentencia (Folios 113 a 123, ibídem) y el 16-04-2018 concedió la impugnación presentada por la accionante (Folio 144, ib.).

Mediante la sentencia de instancia se declaró improcedente el amparo constitucional por carecer de subsidiariedad, toda vez que el actor dejó de agotar la vía gubernativa contra el auto administrativo; está percibiendo la mesada pensional; y no ha superado la expectativa de vida de los 74 años de edad (Folios 113 a 123, ib.).

El opugnante reiteró los hechos del petitorio de amparo y afirmó que la negativa en el pago de las incapacidades afecta su salud, mínimo vital y móvil, y dignidad humana; agregó que la decisión de la accionada fue arbitraria y caprichosa (Folios 131 a 143, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Pereira, según la impugnación presentada?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque el señor Víctor Hugo Rincón Morales está afiliado a Colpensiones y es beneficiario de una pensión de invalidez (Folios 29 a 32, ib.).

En el extremo pasivo la Subdirección de Determinación IX (A) de Colpensiones, porque fue la dependencia que emitió la resolución pensional que se ataca por el actor al carecer de la orden de retroactivo por cuenta de las incapacidad supuestamente dejadas de pagar (Artículo *4.3.3.1.3* del Acuerdo No.108 de 2017). Y la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones, por ser la encargada de *“(…) Adelantar las actividades necesarias para la determinación y pago de los subsidios de incapacidad temporal (…)”* (Artículos 142 del Decreto Ley 19 de 2012, 23 del Decreto 2463 de 2001 y 4.3.2.7. del Acuerdo No.108 de 2017).

La Dirección de Estandarización de Colpensiones carece de legitimación puesto que no le compete resolver peticiones relacionadas con reconocimientos pensionales ni pago de incapacidades laborales. Por lo tanto, es improcedente el amparo en su contra y así se declarará.

* + 1. La inmediatez

El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En ese entendido, nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Respecto a la inmediatez debe indicarse que se cumple en la medida que el amparo se formuló (22-01-2018), luego de trascurridos dos meses (2) y siete (7) días desde que se emitiera el acto administrativo de reconocimiento pensional (15-11-2017); es decir, dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1); empero, conforme la doctrina jurisprudencial de la CC, estaría superado porque: *“(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción”*[[2]](#footnote-2) (Sublínea de la Sala).

* + 1. La subsidiariedad

Ahora, la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con prestaciones económicas laborales, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general[[3]](#footnote-3): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[4]](#footnote-4) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[5]](#footnote-5), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[6]](#footnote-6).

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC[[7]](#footnote-7) ha dicho que: “*(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos. De no serlo, el juez de tutela puede ordenar la protección de manera directa y definitiva o emitir ordenes transitorias para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable según sea el caso (…)”.*

Además, en tratándose del pago de incapacidades laborales, de manera excepcional, ha señalado: “(…) *Si bien, en principio, la tutela no es el trámite adecuado para discutir estos asuntos, cuando quiera que con la ausencia o negativa por el pago de esas acreencias se lesione el derecho fundamental al mínimo vital, el amparo constitucional supera el examen de*

*subsidiariedad.”[[8]](#footnote-8).* También, la doctrina constitucional ha referido:

… excepcionalmente procede la acción de tutela para el cobro de acreencias laborales, cuando con su falta de pago se pone en peligro o se vulnera por conexidad un derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital del accionante y su familia y requieren, visto el caso concreto, de una protección inmediata, ya que no pude ser protegido de manera eficaz a través del mecanismo ordinario de defensa.

En este orden de ideas, ante la falta de pago oportuno y completo de una incapacidad laboral, siendo ella una acreencia de naturaleza laboral, será procedente la acción de tutela para exigir su pago, en tanto con su ausencia se afecte el mínimo vital de una persona y el caso concreto exija de una protección urgente. …[[9]](#footnote-9).

En apoyo de lo anterior, es importante reseñar que la Alta Corporación[[10]](#footnote-10), no solo ha equiparado el pago de las incapacidades laborales con el salario que el trabajador deja de percibir durante el tiempo de convalecencia, sino también, y más importante aún, lo ha reconocido como la garantía para la recuperación de la salud, en pro de su dignidad humana, pues le permite atender la enfermedad sin tener que preocuparse de procurar el sustento propio y de su familia.

Así entonces, la imposibilidad de continuar con las actividades laborales por razones de salud y la inexistencia de ingresos distintos del salario para satisfacer las necesidades básicas propias y de su familia, hace procedente una acción de tutela como mecanismo excepcional.

Empero, de acuerdo con las premisas jurisprudenciales referidas, advierte esta Magistratura infundados los argumentos del opugnante y, en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, puesto que el presente amparo constitucional incumple con el presupuesto de la subsidiariedad.

No desconoce esta Sala la condición especial del accionante por cuenta del estado de invalidez laboral en que se encuentra; sin embargo, esa circunstancia por sí sola es insuficiente para considerar superado el mentado presupuesto de procedibilidad; se trata de un matiz que flexibiliza este análisis, mas la pasividad en la defensa de sus derechos prestacionales aunada a que actualmente percibe una pensión de invalidez, redunda en perjuicio de la inferencia jurisprudencial de la afectación de su mínimo vital originada en el impago de las incapacidades laborales.

Como se anotó, es beneficiario de la pensión de invalidez; además, desde el 15-05-2017, aproximadamente, conocía de la negativa de la accionada en el pago de las incapacidades (Folio 22, cuaderno principal), pero, en lugar de acudir a la jurisdicción ordinaria o constitucional, prefirió agotar el trámite administrativo de calificación de la PCL y el subsiguiente reconocimiento pensional, tal como lo reconoce en el libelo, lo que denota, a todas luces, la ausencia de afectación de sus mínimo vital con ocasión de la decisión de la accionada.

Es poco razonable que hubiera esperado siete (7) meses para procurar la defensa de sus derechos fundamentales si su situación económica fuera precaria; evidente es la ausencia de un perjuicio irremediable para aquella época, menos, entonces, en la actualidad, pues cuenta con la pensión de invalidez.

De tal manera que no se supera el presupuesto de subsdiariedad o residualidad, y se impide el examen de la cuestión de fondo. Debe recordarse que tales aspectos son una carga procesal que debe atender el actor, a efectos de superar el postulado de residualidad del amparo constitucional, ya que no todo detrimento a un derecho fundamental amerita el despliegue de esta excepcional herramienta constitucional.

En este orden de ideas, ante la inexistencia de hipótesis excepcionales que hagan procedente la acción de tutela, es innecesario avanzar en el estudio de la impugnación, puesto que el aludido requisito quedó insatisfecho, y surgen por contera, las acciones ordinarias ante la justicia laboral para resolver la controversia generada con las entidades accionadas.

Suficiente lo anterior para el fracaso del amparo, precisa esta Corporación referir que discrepa de la tesis de la sentencia impugnada centrada en la falta del agotamiento de la vía gubernativa, porque sí se puede presentar una solicitud de tutela, sin que sea necesario ejercitar esos mecanismos administrativos (Artículo, 9º, Decreto 2591 de 1991)[[11]](#footnote-11); no es un requisito de procedencia de la acción constitucional, como mal se apuntó.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado: (i) Se confirmará parcialmente el fallo impugnado; (ii) Se adicionará su numeral 1º para declarar improcedente el amparo constitucional frente a la Dirección de Estandarización de Colpensiones, por carecer de legitimación; y, (iii) Se revocará su numeral 2º porque dicha determinación demanda un análisis de fondo que no aconteció producto de la improcedencia de la tutela.

En mérito de lo razonado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia.
2. ADICIONAR el numeral 1º de la providencia para DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela frente la Dirección de Estandarización de Colpensiones, pero por carecer de legitimación.
3. REVOCAR el numeral 2º del fallo, según lo expuesto.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

DGH/ODCD/2018

1. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-217 de 2013 y T-021 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-600 de 2002 y T-572 de 2015. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-046 de 1995. La Corte analizó en esta decisión el caso de una empresa industrial y comercial del Estado, cuyos empleados son trabajadores oficiales, y a pesar de no estar obligada a hacerlo, realiza un concurso de méritos para proveer un cargo. El actor obtiene el primer lugar entre los participantes y es nombrado provisionalmente en el cargo, mediante contratos temporales. Posteriormente, se le informó que no había partida presupuestal para su nombramiento y, finalmente, en su lugar se nombró a otra persona que no había participado en el concurso. La Sala encontró que las acciones contencioso administrativas no eran idóneas para proteger los derechos del actor y procedió a tutelar sus derechos por considerar que la administración había desconocido el principio de buena fe, al iniciar un procedimiento de concurso y posteriormente, no haber proveído el cargo de conformidad con sus resultados. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-225 de 1993: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-419 de 2015, también puede consultarse la T-008 de 2018. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-021 de 2016. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-651 de 2016 y T-953 de 2014. [↑](#footnote-ref-11)