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 – 12 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia

Radicación Nro. : 66001-31-87-003-2017-00050-01

Accionante: ANTONIO JOSÉ RIVERA SALAZAR

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [E]l accionante pretende que a través de este mecanismo constitucional se ordene a Colpensiones el pago de unas prestaciones económicas reconocidas a través de un acto administrativo expedido por esa entidad el 22 de marzo del año que transcurre, por medio del cual le reconoció una indexación de su mesada pensional, junto con el retroactivo. Respecto de dicha solicitud, esta Corporación debe decir de entrada que no es posible acceder a la misma, toda vez que como se dijo en párrafos anteriores, la acción de tutela no es la vía para que las personas obtengan el reconocimiento y pago de derechos prestacionales, ni acudir a ésta suplantando o evadiendo los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, máxime cuando en el presente caso no existe prueba de esa urgencia y necesidad de que el juez constitucional se inmiscuya en asuntos que deben ser debatidos ante la justicia ordinaria dada la complejidad de los mismos. En el presente caso es claro que el libelista accionó primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, sin embargo, no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación al mínimo vital de su prohijado, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, doce (12) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 03:50 p.m.

Aprobado por Acta No. 925

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-87-003-2017-00050-01 |
| **Accionante:** | Dr. Juan Camilo Salazar C, apoderado de Antonio José Rivera Salazar |
| **Accionado:** | Colpensiones |
| **Procedencia:** | Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y M. de Seguridad de Pereira |
| **Decisión:** | Revoca y niega por improcedente |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación presentada por el apoderado judicial del señor **ANTONIO JOSÉ RIVERA SALAZAR**, contra la decisión adoptada el 13 de julio de 2017 por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida en contra de **COLPENSIONES.**

**ANTECEDENTES:**

El abogado Juan Camilo Salazar Carrillo, actuando como apoderado judicial del señor Antonio José Rivera Salazar, instauró acción de tutela en contra de Colpensiones, entidad a la cual acusó de vulnerar los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social, entre otros, de su prohijado, los cuales fundamentó en los hechos que fueron sintetizados por el Juzgado de conocimiento de la siguiente manera:

*“El señor Antonio José Rivera Salazar prestó sus servicios al Banco Central Hipotecario, entidad financiera que ya fue liquidada. A través de la resolución No. 00703 del 22 de abril de 1993, el Banco Central Hipotecario le reconoció la respectiva jubilación hasta que cumpliera 60 años y se pensionara con el ISS.*

*Mediante resolución No. 003104 de 2003, el ISS le reconoció la pensión de vejez a partir del 30 de noviembre de 2000 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente. Ante la inconformidad con la mesada se solicitó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento y pago de la indexación de su mesada pensional.*

*A través de oficio No. 2-2016-046625 del 7 de diciembre de 2016, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifestó que el componente para resolver la solicitud es Colpensiones. Por tal razón el 22 de febrero de 2017 a través del radicado No. 2017\_1934836 se solicitó el reconocimiento y pago de la indexación de su mesada pensional y el correspondiente retroactivo.*

*Colpensiones por medio de la resolución No. SUB 16778 del 22 de marzo de 2017, reconoció al señor Antonio José Rivera Salazar la indexación de su mesada pensional a partir del 22 de febrero de 2014 junto a su retroactivo pensional. En este acto administrativo, en el numeral segundo, se manifiesta que el retroactivo generado será girado al Banco Central Hipotecario en consideración a la circular interna 19 del 10 de diciembre de 2015.”*

De acuerdo a los hechos narrados en precedencia, solicitó el accionante que se ordene a Colpensiones pagar el retroactivo pensional reconocido a través de la Resolución No. SUB 16778 de 1991, y se disponga la inclusión en nómina de su pensión de sobrevivientes (sic).

**TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA:**

La presente acción de tutela fue tramitada por parte del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Despacho que avocó el conocimiento de la actuación el día 28 de junio de 2017 en contra de Colpensiones, a quien ordenó la respectiva notificación para que ejerciera su derecho de defensa.

Posteriormente, profirió sentencia el día 13 de julio, en la cual negó por improcedente la solicitud de amparo invocada, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de la subsidiariedad que este tipo de acción exige.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

Una vez enterado de la decisión de instancia, el apoderado judicial del señor Rivera Salazar allegó un escrito el 19 de julio del año avante mediante el cual la impugnó.

Expuso que la solicitud de amparo sí debe proceder, por cuanto se pretende a través de la misma, proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social de su representado. Además, refirió que la entidad accionada le está dando prevalencia a una circular interna sobre la que tienen la ley y la Constitución Política, usurpando una actividad propia del legislador, pues no existe ninguna norma que manifieste que el retroactivo pensional originado de una reliquidación debe ser girado al empleador que pagó en su momento la jubilación.

Bajo esos argumentos, reiteró el impugnante las pretensiones planteadas en su escrito inicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto es o no procedente la tutela para ordenar a la entidad accionada proceder a efectuar el pago del retroactivo pensional que se le reconoció al señor Antonio José Rivera Salazar.

El amparo previsto en el artículo 86 Superior como mecanismo procesal, tiene por objeto la eficaz, concreta e inmediata protección de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de conculcación.

Es pertinente recordar que la acción constitucional tiene un propósito claro, definido, y estricto, que no es otro que brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que se le reconocen[[1]](#footnote-1); consiste en una decisión de inmediato cumplimiento, para que la persona respecto de quien se demostró que vulneró o amenazó conculcar derechos fundamentales, actúe o se abstenga de hacerlo; denota entonces la importancia que tiene la orden de protección para la eficacia del amparo, ya que sería inocuo que pese a demostrar el desconocimiento de un derecho fundamental, el Juez no adoptara las medidas necesarias para garantizar materialmente su goce.

Sin embargo, aunque la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales; esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela 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 consonancia con ello, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

“*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.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto.

Por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso, o como el primero pero de manera transitoria, y cuando a simple vista se pueda establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable. Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“Según esta exigencia, entonces,* ***si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.******De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.*** *Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

***La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[[2]](#footnote-2)***

En ese orden de ideas, el Juez de Tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos. Ha sido doctrina constitucional probable, la siguiente:

*“… cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii)* ***que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias****; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. No obstante la regla general de solución de controversias laborales por parte de la jurisdicción competente [ordinaria o contenciosa], paralelamente la jurisprudencia constitucional ha sostenido que de manera excepcional ante ciertas circunstancias, puede abrirse paso la acción de tutela para resolver ese tipo de conflictos,…”.[[3]](#footnote-3)(Negrillas y subrayas por fuera del texto original).*

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto; tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales”, tal y como lo ha expuesto la Corte Constitucional así:

*“…también se concibe como una medida judicial subsidiaria y residual, en tanto que sólo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa judicial, a menos que* ***se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y mientras se puede acudir a las acciones y recursos ordinarios****. Por lo mismo es claro que el constituyente no consagró con la tutela una vía procesal alternativa o paralela a las comunes para hacer valer los derechos, de manera que únicamente podrá utilizarse la figura en cuanto el interesado carezca de otra vía procesal para defender un derecho fundamental, y sólo esta clase de derechos…”[[4]](#footnote-4)*

Por manera que si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, es inviable estudiar de fondo las pretensiones del actor en sede constitucional.

**El caso concreto:**

En el presente asunto, el accionante pretende que a través de este mecanismo constitucional se ordene a Colpensiones el pago de unas prestaciones económicas reconocidas a través de un acto administrativo expedido por esa entidad el 22 de marzo del año que transcurre, por medio del cual le reconoció una indexación de su mesada pensional, junto con el retroactivo.

Respecto de dicha solicitud, esta Corporación debe decir de entrada que no es posible acceder a la misma, toda vez que como se dijo en párrafos anteriores, la acción de tutela no es la vía para que las personas obtengan el reconocimiento y pago de derechos prestacionales, ni acudir a ésta suplantando o evadiendo los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, máxime cuando en el presente caso no existe prueba de esa urgencia y necesidad de que el juez constitucional se inmiscuya en asuntos que deben ser debatidos ante la justicia ordinaria dada la complejidad de los mismos.

En el presente caso es claro que el libelista accionó primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, sin embargo, no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación al mínimo vital de su prohijado, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural.

En conclusión, la presente acción resulta improcedente desde el punto de vista planteado por el accionante, toda vez que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, o por lo menos la acreditación de un eventual perjuicio irremediable que permitiera dar paso al análisis de fondo sobre el asunto planteado.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad el 13 de julio de 2017.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Constitucional, Sentencia T-01 de 1992. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T -254 de 1993 [↑](#footnote-ref-4)