

ACCION DE TUTELA – Carácter excepcional y subsidiario. Procedencia para evitar un perjuicio irremediable

La procedencia de la acción de tutela por mandato constitucional (artículo 86) y de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta su ejercicio, es una acción de carácter excepcional y subsidiario para la protección y garantía de los derechos fundamentales. Lo anterior quiere decir, que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución, dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales. (...) En este sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha establecido como causales de improcedencia de la acción de tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales; cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política (ante la existencia de las acciones popular y de grupo); y cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (en tanto los mismos son objeto de control mediante las acciones contencioso administrativas y de control constitucionalidad especialmente previstas para verificar la validez del referido acto). Sin embargo, teniendo en cuenta el valor vinculante de la Constitución Política (artículo 4°), y la supremacía que la misma le asigna a los derechos fundamentales (artículo 5°), por el valor jurídico y axiológico que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el numeral primero del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha previsto que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, cuando con ella se persigue evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 4 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 5 / DECRETO 2591 DE 1991 – ARTICULO 6

NOTA DE RELATORIA: Sobre el perjuicio irremediable: Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra

DERECHOS PRESTACIONALES – Procedencia excepcional de la acción de tutela / RELIQUIDACION PENSIONAL – Improcedencia de la tutela / EXCEPCION DE FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA – Debe resolverlo el juez ordinario / APLICACION DE CONVENCION COLECTIVA – Improcedencia de la acción de tutela

Como quiera que en el presente caso la accionante interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio para obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, la Sala considera pertinente recordar lo que ha señalado la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción constitucional para resolver

conflictos relacionados con este tipo de prestaciones: “(...) En conclusión, la acción de tutela procede excepcionalmente para proteger derechos de contenido prestacional y en particular para el reconocimiento de pensiones cuando (i) no existe otro mecanismo de defensa judicial, o cuando existiendo, no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados, eventos en los que la procedencia de la tutela es principal, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y concreta por otra vía. (ii) También procede cuando su utilización resulta transitoria con el objeto de evitar un perjuicio irremediable debidamente probado, mientras la autoridad judicial correspondiente decide de fondo y definitivamente el conflicto.” La accionante reconoce que para lograr la reliquidación de su pensión de jubilación acudió al Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, y que dicha decisión fue apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En el escrito de apelación añade, que se encuentra a la espera de la decisión que emita el tribunal antes señalado sobre el recurso de apelación que se interpuso contra la decisión que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia. De las anteriores circunstancias se advierte que la accionante para lograr la reliquidación de su pensión hizo uso de un mecanismo ordinario de protección que está pendiente de resolverse, hecho que hace improcedente el amparo solicitado en virtud del carácter subsidiario y excepcional de la acción constitucional expuesto en el numeral I de la parte motiva de esta providencia. Estima la Sala que cualquier pronunciamiento que se haga en esta oportunidad podría constituir una interferencia indebida en la competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del referido proceso ordinario, y particularmente, en el estudio que el mismo está realizando sobre la decisión del Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá de declarar la excepción de falta de jurisdicción y competencia. En efecto, como aún el mencionado Tribunal no ha decidido si debe confirmar o no la providencia que dio por probada la referida excepción, esta Sala no puede determinar que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras la accionante instaura la acción correspondiente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o hasta que finalice el proceso ordinario que promovió, toda vez que no es el juez de tutela quien debe establecer en el caso de autos, a qué jurisdicción debe acudir a la petente, porque tal es un asunto que se encuentra pendiente de resolución por la referida autoridad judicial. No obstante lo anterior, en el evento que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirme la providencia que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, como acertadamente lo indicó en el presente caso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la tutelista puede interponer contra el acto administrativo que en su criterio liquidó incorrectamente su pensión de jubilación la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, mediante la cual puede demostrar que está cobijada por la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social. Ahora bien, independientemente que la accionante deba acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o continúe el proceso que promovió ante la Jurisdicción Ordinaria, el asunto planteado por la misma implica un estudio

detenido de los efectos jurídicos de su incorporación automática sin solución de continuidad del ISS a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, y de la vigencia y condiciones bajo las cuales debe aplicarse la mencionada convención colectiva; análisis que no están llamados a realizarse a través de la acción de tutela en virtud de su carácter subsidiario y excepcional, sino mediante los mecanismos especialmente previstos por el legislador para tal efecto.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela frente a derechos prestacionales: Corte Constitucional, sentencia T-052 de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil. Sobre la improcedencia de la acción de tutela para la aplicación de convenciones colectivas: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 2 de junio de 2009, Rad. 2009-0291(AC), MP. Luis Rafael Vergara Quintero.

ACCION DE TUTELA – Carga de la prueba

La petente no acredita que los mecanismos ordinarios de defensa en el caso de autos son ineficaces, o que la no reliquidación de su pensión de jubilación le causa un perjuicio irremediable que hace impostergable el amparo solicitado al menos de forma transitoria, en los términos expuestos en los numerales I y II de la parte motiva de esta providencia. La anterior exigencia, está íntimamente relacionada con el principio de la carga de la prueba que en materia de la acción de tutela ha sido objeto de aplicación por parte de la misma Corte Constitucional, y según el cual quien instaura esta acción por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones, sin perjuicio que la misma se invierta cuando existe un estado de indefensión o la imposibilidad fáctica o jurídica que probar los hechos que se alegan. (...) En el caso de autos, no se aprecia que la petente esté en un estado de indefensión o que no pueda demostrar de manera clara y concreta cómo la no reliquidación de su mesada pensional, afecta su mínimo vital o los demás derechos fundamentales invocados, por el contrario, es ésta quien tiene la mayor aptitud fáctica y jurídica para probar tal afirmación, acreditando verbigracia, las obligaciones a su cargo y la insuficiencia del dinero que recibe para atender las mismas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la carga de la prueba en acción de tutela: Corte Constitucional, sentencia T-131 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., quince (15) de julio de dos mil diez (2010).

Radicación número: No. 25000-23-15-000-2010-01217-01(AC)

Actor: ARAMINTA RINCON VELASQUEZ

Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 2 de junio 2010, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, declaró improcedente la acción de tutela instaurada.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, Araminta Rincón Velásquez, mediante apoderado, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de solicitar la protección de los derechos a la igualdad, debido proceso, condición más beneficiosa al trabajador, mínimo vital y derechos adquiridos, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS), la FIDUPREVISORA S.A. y el Ministerio de la Protección Social.

Solicita en amparo de los derechos invocados que se le ordene a las entidades demandadas lo siguiente:

1. Reliquidar el ingreso base de liquidación de su pensión con fundamento en el artículo 98, literal ii) de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre

el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, equivalente al 100% del promedio de los factores salariales legales y extralegales percibidos en los 3 últimos años de servicio, es decir, entre el 30 de diciembre de 2004 y el 30 de diciembre de 2007.

2. Pagar la diferencia del retroactivo de mesadas ordinarias y extraordinarias sobre la pensión de jubilación, desde la fecha en la que se causó el derecho, esto es, el 30 diciembre de 2007, hasta cuando se cancele la totalidad de la obligación.
3. Aplicar en su favor el artículo 103 de la referida convención colectiva, en cuanto al pago de una bonificación por pensión de jubilación, equivalente a 2 meses de salarios, liquidada de acuerdo al último salario percibido a la fecha de retiro.
4. Pagar intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente autorizada por la Superintendencia Financiera, sobre el valor de la diferencia de mesadas ordinarias y extraordinarias causadas desde el 30 de diciembre de 2007 hasta que se efectúe el pago total.
5. Pagar intereses moratorios a la tasa máxima legal autorizada por la Superintendencia Financiera, sobre la bonificación equivalente a 2 meses de salario, liquidada de acuerdo al último salario a la fecha de retiro, sobre la pensión de jubilación, hasta que se efectúe el pago total de las obligaciones.

Lo anterior, lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (Fls 1-4):

Indica que trabajó sin solución de continuidad para el ISS - Seccional Cundinamarca y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, un total de 8.403 días, equivalentes a 23.3 años.

Señala que el 1° de noviembre de 2001 se firmó entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social una convención colectiva de trabajo.

Relata que mediante el Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, se escindió del ISS la Vicepresidencia de Prestaciones de Salud, Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria, y como consecuencia se crearon varias Empresas Sociales del Estado, particularmente, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento donde trabajó.

Afirma que de acuerdo al artículo 17 del Decreto Ley 1750 de 2003, los trabajadores del ISS quedaron automáticamente incorporados a las ESE, sin solución de continuidad.

Manifiesta que en virtud de la referida escisión, al ser trabajadora del ISS quedó automáticamente incorporada sin solución de continuidad a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento desde el 26 de junio de 2003 hasta el 29 de diciembre de 2007.

Destaca que al cumplir 50 años de edad y reunir 23.3 años de servicio le solicitó a la referida ESE el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, de conformidad con el artículo 98, literal ii) de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social.

Subraya que dicha entidad, en situación de liquidación, mediante la Resolución 798 del 1° de abril de 2008, le reconoció su pensión de jubilación a partir del 30 de diciembre de 2007, omitiendo aplicar el artículo 98, literal ii), y el artículo 103 de la mencionada convención colectiva de trabajo.

Alega que en el acto administrativo antes señalado la ESE para calcular la primera mesada de su pensión jubilación, se apoyó en el Decreto 1653 de 1977 en cuanto la edad, el tiempo de servicio y el porcentaje de la mesada pensional, mientras

aplicó la Ley 100 de 1993 para determinar el ingreso base de liquidación, por lo que promedió los ingresos que percibió durante los 10 últimos años laborados.

Indica que mediante el Decreto 3202 de 2007, modificado por los Decretos 532, 1893, 2748, 3757 y 4241 de 2009, el Gobierno Nacional ordenó la disolución y liquidación de la ESE Luis Carlos Gálán Sarmiento, proceso que finalizó el 6 de noviembre de 2009.

Señala que de acuerdo al contrato de fiducia mercantil N° 114 del 30 de diciembre de 2008, la FIDUPREVISORA S.A. en su condición de vocera del patrimonio autónomo de remanentes de la ESE Luis Carlos Gálán Sarmiento en Liquidación, asumió los procesos judiciales en los que estaba involucrada ésta.

Afirma que mediante el convenio interadministrativo suscrito entre la ESE antes señalada y el ISS, éste asumió el pasivo pensional de aquella a través del mecanismo de la normalización, con recursos provenientes de la Nación por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo estipulado en el Decreto 4171 de 2009.

Relata que el 8 de junio de 2008, en ejercicio del derecho de petición le solicitó al ISS la revisión, reliquidación y pago del reajuste de su pensión de jubilación de acuerdo a la referida convención colectiva, pero que esta entidad no emitió la respuesta correspondiente.

Sostiene que el 20 de mayo de 2008 radicó una petición con el mismo objeto a la antes señalada, ante la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación, que el 10 de junio del mismo año manifestó que confirmaba en todas su partes la Resolución N° 798 del 1° de abril de 2008, mediante la cual reconoció su pensión de jubilación.

Subraya que por los hechos hasta aquí descritos interpuso una demanda de carácter laboral cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia.

Indica que la decisión de este juzgado fue apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral.

Afirma que de acuerdo a pronunciamientos reiterados de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las pensiones no prescriben por tratarse de prestaciones periódicas, por lo que a través de la presente acción solicita que en forma transitoria se amparen los derechos invocados, para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Estima que la referida ESE omitió aplicar los artículos 98 y 103 de la convención colectiva de trabajo, desconociendo sus derechos adquiridos a las condiciones especiales de la pensión y a la bonificación en el momento de la jubilación, a pesar que la Corte Constitucional en la sentencia T-1166 de 2008 expresamente indicó, que los trabajadores del ISS que fueron automáticamente incorporados a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, conservan los beneficios de la referida convención que se encuentra vigente.

Cita las sentencia del 25 de marzo de 2009 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A¹, y del 12 de diciembre de 2008 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral², que en su criterio, frente a asuntos similares al objeto de estudio, afirman que los derechos invocados fueron vulnerados al desconocerse la convención colectiva de trabajo.

¹ M.P. Luis Manuel Lasso Lozano. Expediente 25000-23-15-000-2009-00291-01.

² M.P. Martha Ludmila Ávila Triana.

Indica que la mencionada ESE mediante la Resolución 5571 del 9 de marzo de 2009, reliquidó la pensión de jubilación de la señora Emilse Rojas Silva de acuerdo a lo estipulado en el artículo 98, literal ii) de la referida convención colectiva de trabajo, en cumplimiento de un fallo de tutela emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el 20 de enero de 2009.

Considera que al no aplicársele la convención colectiva en lo relativo a las condiciones en las que debe reconocerse su pensión de jubilación, se vulneran sus derechos al mínimo vital, debido proceso, seguridad social y situación más favorable al trabajador en caso de duda de aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho.

Añade que las entidades accionadas vulneraron su derecho a la igualdad, al no darle el mismo tratamiento de las personas que han sido beneficiadas a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en asuntos similares al de estudio, máxime cuando éstos constituyen doctrina probable que se convierte en fuente principal del derecho de obligatorio cumplimiento.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, mediante auto del 21 de mayo de 2010 admitió la acción de tutela de la referencia, y ordenó notificar la misma al Ministro de la Protección Social, al representante legal ISS y al representante legal de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. (FIDUAGRARIA), como administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento (Fl. 66).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 2 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la sociedad fiduciaria antes señalada, e improcedente la acción de tutela interpuesta por las razones que a continuación se sintetizan (Fls. 133-145):

Advierte que la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. alega, que carece de legitimidad en la causa por pasiva porque la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento dejó de existir el 6 de noviembre de 2009, circunstancia por la cual no puede asumir directamente las responsabilidades que le correspondían a dicha empresa.

Frente a la anterior situación el *A Quo* precisa, que de acuerdo al informe rendido por el Ministerio de la Protección Social dicha fiduciaria es la administradora del patrimonio de remanentes de la extinta ESE, por lo que está legitimada para ser parte en el presente proceso.

Señala que en anterior oportunidad consideró que la acción de tutela era procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se interponía por ciudadanos que habiendo trabajado en el ISS se incorporaron sin solución de continuidad a las diferentes empresas sociales del Estado que se crearon con ocasión a la escisión de aquél, como lo expresó en la sentencia que profirió el 25 de marzo de 2009, dentro del proceso 25000-23-31-000-2009-00291-01.

Indica que para sustentar la anterior posición, tuvo en cuenta las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia T-1166 del 26 de noviembre de 2008, que amparó los derechos fundamentales invocados de unas personas a las cuales no se le había reconocido la pensión de jubilación en los términos previstos en los artículos 98, literal ii), y 103 de la Convención Colectiva de

Trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato de Trabajadores de la Seguridad Social.

Advierte que la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado en sentencia del 2 de junio de 2009, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero (que la Corte Constitucional no seleccionó para revisión), revocó la providencia que profirió el 25 de marzo de 2009, argumentando que la acción de tutela interpuesta era improcedente ante la existencia de otro mecanismo judicial de defensa y la no configuración de un perjuicio irremediable.

Acogiendo el precedente de la Sección Segunda de esta Corporación destaca, que la accionante en síntesis solicita la reliquidación de la pensión de jubilación de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, pero que no se evidencian los presupuestos de inminencia, urgencia y gravedad para que se amparen los derechos fundamentales invocados, ni se demuestra que padece o podría padecer un perjuicio irremediable por el hecho que no se reliquide su pensión.

Afirma que la petente debe acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que allí se determine si tiene o no derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación en los términos consagrados en la mencionada convención colectiva.

Añade que en la jurisdicción antes señalada puede solicitar la suspensión provisional de la Resolución N° 798 del 1° de abril de 2008, a fin de lograr la protección inmediata de los derechos invocados hasta que se resuelva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que instaure.

Por las razones expuestas concluye, que la acción de tutela es improcedente por la existencia de otro medio de defensa.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito del 15 de junio de 2010, la accionante impugnó la sentencia antes descrita por las siguientes razones (Fls. 150-151):

Manifiesta que si bien es cierto puede acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe tenerse en cuenta que interpuso una demanda laboral ante la Jurisdicción Ordinaria en atención a la naturaleza jurídica del ISS.

Indica que alrededor de los conflictos laborales que se han presentado entre el ISS, las ESE que se crearon con la escisión de aquél y los trabajadores que fueron incorporados automáticamente a éstas, existe disparidad sobre la jurisdicción donde deben resolverse las controversias, porque la Jurisdicción Ordinaria se declara competente argumentando que la fuente de las reclamaciones elevadas son los contratos de trabajo de quienes pasaron sin solución de continuidad del ISS a las ESE, pero que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo argumenta, que en virtud de la escisión del ISS y la creación de las ESE, los trabajadores oficiales pasaron a ser empleados públicos, motivo por el cual le corresponde conocer de las demandas interpuestas por éstos.

Alega que debido a la discusión antes señalada, han transcurrido dos años sin que se resuelva la petición que elevó ante la Jurisdicción Ordinaria.

Señala que el ISS mediante convenio interadministrativo asumió el pasivo pensional de la referida ESE, pero que aquél se liquida para fusionarse con

CAJANAL y CAPRECOM, a fin de conformar una nueva entidad llamada COLPENSIONES.

Considera que la anterior situación implica un perjuicio irremediable de no poder acceder a la administración de justicia, y que se nieguen sus derechos mientras se le remite de una a otra jurisdicción.

Solicita que se revoque el fallo del *A quo*, y en su lugar que se amparen transitoriamente los derechos fundamentales invocados, mientras adelanta ante los jueces administrativos la correspondiente acción, teniendo en cuenta que la Jurisdicción Ordinaria declaró en primera instancia que no conocerá el asunto, y que el proceso que promovió ante ésta se encuentra pendiente de la respuesta que emita el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá frente al recurso de apelación que interpuso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- I. De la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro medio judicial de defensa, salvo la configuración de un perjuicio irremediable.**

La procedencia de la acción de tutela por mandato constitucional (artículo 86) y de conformidad con el Decreto 2591 de 1991 que reglamenta su ejercicio, es una acción de carácter excepcional y subsidiario para la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Lo anterior quiere decir, que la misma en principio no puede ser empleada como mecanismo principal y definitivo para resolver controversias sobre las cuales el legislador ha previsto mecanismos especializados y definitivos para su resolución,

dentro de los cuales también se garantiza la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Una de las principales razones de lo expuesto, es que el legislador teniendo en cuenta determinadas situaciones de hecho y de derecho, y por consiguiente, la naturaleza, ejercicio, garantía y protección de los derechos de las partes, intervinientes y/o de la comunidad en general, ha elaborado acciones y procedimientos judiciales especializados para el mejor proveer de cierto tipo de situaciones, de acuerdo a las directrices de la Constitución Política.

Por lo anterior, la misma Carta Constitucional ha preceptuado que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa, porque de lo contrario, desaparecerían todas las acciones y procedimientos especialmente instituidos por el legislador para controvertir cualquier diferencia.

En este sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, ha establecido como causales de improcedencia de la acción de tutela, cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales; cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política (ante la existencia de las acciones popular y de grupo); y cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (en tanto los mismos son objeto de control mediante las acciones contencioso administrativas y de control constitucionalidad especialmente previstas para verificar la validez del referido acto).

Sin embargo, teniendo en cuenta el valor vinculante de la Constitución Política (artículo 4°), y la supremacía que la misma le asigna a los derechos fundamentales (artículo 5°), por el valor jurídico y axiológico que los mismos tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el numeral primero del artículo 6° del

Decreto 2591 de 1991, ha previsto que la acción de tutela es procedente a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, cuando con ella se persigue evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, la Corte Constitucional con el fin de delimitar el concepto de perjuicio irremediable, y por consiguiente de preservar el carácter residual y excepcional de la acción de tutela, ha establecido respecto a éste las siguientes características:

“A). El perjuicio ha de ser inminente: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la

importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). 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. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”³

Como puede apreciarse, para la procedencia excepcional de la acción de tutela a pesar de la existencia de otro medio judicial de defensa, es necesario que el juez en cada caso determine si el eventual perjuicio posee las características antes expuestas, so pena de negar el amparo solicitado por la improcedencia de la acción constitucional.

II. Procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones.

³ Corte Constitucional, sentencia T-1060 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Como quiera que en el presente caso la accionante interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio para obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, la Sala considera pertinente recordar lo que ha señalado la Corte Constitucional sobre la procedencia de la acción constitucional para resolver conflictos relacionados con este tipo de prestaciones:

“De acuerdo con la regla general planteada por la jurisprudencia constitucional⁴, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver conflictos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y particularmente con el reconocimiento de pensiones. La solución a estos conflictos en los que se discute la existencia de derechos de naturaleza legal corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral o a la jurisdicción contenciosa administrativa de acuerdo con cada caso particular.

Dada la esencia de la acción de tutela, es este un mecanismo judicial que opera de manera preferente y sumaria para la protección de derechos fundamentales que se vean amenazados o violados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares. Esta acción cuenta con un carácter subsidiario y residual, de acuerdo con lo cual sólo se permite su procedencia cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial o cuando existiendo se promueve como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sentada la anterior regla general de procedibilidad de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional también ha admitido la procedencia excepcional de este mecanismo de defensa judicial para derechos de contenido prestacional, como el reconocimiento de pensiones, no sólo cuando se ejercita como mecanismo transitorio con el propósito de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el mecanismo de defensa judicial ordinario, dispuesto por el ordenamiento jurídico para la protección de estos derechos, resulta inocuo, ineficaz o no es lo suficientemente expedito para ofrecer una protección adecuada de los derechos, circunstancia que debe ser evaluada por el juez constitucional en cada caso concreto.

El anterior punto encuentra sustento y respaldo en el artículo 6 del decreto 2591 de 1991, el cual reglamenta la acción de tutela. Al referirse a las causales de improcedencia de esta acción, establece claramente que la existencia de otros mecanismos de defensa judicial deben ser apreciados “en concreto” por el juez, teniendo en cuenta el grado de eficiencia del

⁴ Ver entre otras las sentencias T-371 de 1996, T-718 de 1998, T-476 de 2001, T-1083 de 2001 y T- 634 de 2002.

mecanismo frente a las circunstancias en las que se encuentra el solicitante al momento de invocar la protección a los derechos presuntamente amenazados. Al respecto esta Corporación ha señalado que:

“...la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la acción de tutela procede a pesar de existir otro medio de defensa judicial, cuando: i) se considera que éste es ineficaz debido a que no resuelve el conflicto de manera integral,⁵ o ii) éste no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia particular de una protección inmediata...” (Sentencia T-076 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

En conclusión, la acción de tutela procede excepcionalmente para proteger derechos de contenido prestacional y en particular para el reconocimiento de pensiones cuando (i) no existe otro mecanismo de defensa judicial, o cuando existiendo, no resulta idóneo para la protección de los derechos invocados, eventos en los que la procedencia de la tutela es principal, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y concreta por otra vía. (ii) También procede cuando su utilización resulta transitoria con el objeto de evitar un perjuicio irremediable debidamente probado, mientras la autoridad judicial correspondiente decide de fondo y definitivamente el conflicto.”⁶ (Subrayado fuera de texto).

III. Análisis del caso en concreto.

En síntesis, solicita la accionante que se ordene la reliquidación de su pensión de jubilación de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, y en consecuencia, se le cancelen las sumas de dinero dejadas de pagar y los intereses moratorios correspondientes.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostiene que la acción

⁵ “Por ejemplo, sobre la ineficacia de ciertos mecanismos ordinarios de defensa para la protección de derechos fundamentales, la Corte ha determinado que la acción electoral y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho carecen de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral en los casos en que no se ha proveído un cargo en la rama judicial al primero en la lista de elegibles. Al respecto, ver SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-388/98. M.P. Fabio Morón.”

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-052 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de tutela no es el mecanismo para resolver la controversia planteada por la petente, y que no se evidencia un perjuicio irremediable que haga procedente en forma transitoria este medio de defensa.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la accionante y el juez de primera instancia, considera la Sala que el problema jurídico en el caso de autos consiste en establecer si la acción de tutela constituye el medio idóneo de protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

En primer lugar se observa, que la accionante reconoce que para lograr la reliquidación de su pensión de jubilación acudió al Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia, y que dicha decisión fue apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (Fl 4.).

En el escrito de apelación añade, que se encuentra a la espera de la decisión que emita el tribunal antes señalado sobre el recurso de apelación que se interpuso contra la decisión que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia (Fl. 151).

De las anteriores circunstancias se advierte que la accionante para lograr la reliquidación de su pensión hizo uso de un mecanismo ordinario de protección que está pendiente de resolverse, hecho que hace improcedente el amparo solicitado en virtud del carácter subsidiario y excepcional de la acción constitucional expuesto en el numeral I de la parte motiva de esta providencia.

Estima la Sala que cualquier pronunciamiento que se haga en esta oportunidad podría constituir una interferencia indebida en la competencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del referido proceso ordinario, y particularmente, en el estudio que el mismo está realizando sobre la decisión del

Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá de declarar la excepción de falta de jurisdicción y competencia.

En efecto, como aún el mencionado Tribunal no ha decidido si debe confirmar o no la providencia que dio por probada la referida excepción, esta Sala no puede determinar que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras la accionante instaura la acción correspondiente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o hasta que finalice el proceso ordinario que promovió, toda vez que no es el juez de tutela quien debe establecer en el caso de autos, a qué jurisdicción debe acudir a la petente, porque tal es un asunto que se encuentra pendiente de resolución por la referida autoridad judicial.

No obstante lo anterior, en el evento que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirme la providencia que declaró probada la excepción de falta de jurisdicción, como acertadamente lo indicó en el presente caso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la tutelista puede interponer contra el acto administrativo que en su criterio liquidó incorrectamente su pensión de jubilación la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁷, mediante la cual puede demostrar que está cobijada por la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social.

Ahora bien, independientemente que la accionante deba acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o continúe el proceso que promovió ante la Jurisdicción Ordinaria, el asunto planteado por la misma implica un estudio detenido de los efectos jurídicos de su incorporación automática sin solución de continuidad del ISS a la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, y de la vigencia y condiciones bajo las cuales debe aplicarse la mencionada convención colectiva;

⁷ Artículo 136, numeral 2°, del C.C.A.

análisis que no están llamados a realizarse a través de la acción de tutela en virtud de su carácter subsidiario y excepcional, sino mediante los mecanismos especialmente previstos por el legislador para tal efecto⁸.

Añádase a lo expuesto, que la petente no acredita que los mecanismos ordinarios de defensa en el caso de autos son ineficaces, o que la no reliquidación de su pensión de jubilación le causa un perjuicio irremediable que hace impostergable el amparo solicitado al menos de forma transitoria, en los términos expuestos en los numerales I y II de la parte motiva de esta providencia.

La anterior exigencia, está íntimamente relacionada con el principio de la carga de la prueba que en materia de la acción de tutela ha sido objeto de aplicación por parte de la misma Corte Constitucional, y según el cual quien instaura esta acción por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones, sin perjuicio que la misma se invierta cuando existe un estado de indefensión o la imposibilidad fáctica o jurídica que probar los hechos que se alegan.

Sobre el particular podemos apreciar el siguiente pronunciamiento:

“ 3. El principio “*onus probandi incumbit actori*” en materia de tutela.

En diversas ocasiones la Corte ha examinado el tema de la carga de la prueba en sede de tutela. Así, en sentencia T-298 de 1993 esta Corporación, con ocasión de una petición de amparo instaurada por un padre, quien pretendía que su hijo fuese desvinculado de las filas del Ejército Nacional, negó la protección judicial demandada con base en las siguientes consideraciones:

“El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin

⁸ En el mismo sentido y frente a un asunto similar al objeto de estudio, puede apreciarse la sentencia del 2 de junio de 2009, proferida por la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicado. 25000-23-15-000-2009-0291-01.

necesidad de practicar las pruebas solicitadas". Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela. A esa conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes".

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T-835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto "Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación".

Así mismo, en diferentes providencias el Tribunal Constitucional ha estimado que, si bien se pueden amparar transitoriamente los derechos de la mujer embarazada cuando el despido amenace su derecho al mínimo vital o el de su hijo que está por nacer, "la prueba de la vulneración del mínimo vital se convierte en un elemento indispensable para que el juez constitucional adquiera competencia para decidir un asunto como el que ahora se estudia, pues sin esta condición la jurisdicción competente seguirá siendo la ordinaria⁹". En igual sentido, en sentencia T-237 de 2001, la Corte señaló lo siguiente:

"el directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable.

"En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, no basta hacer una afirmación llana respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes

⁹ Sentencias T-653 de 1999, T-879 de 1999, T-904 de 1999, entre otras.

de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación.”

Ahora bien, en situaciones muy particulares de especial indefensión, la Corte ha considerado que se invierte la carga de la prueba a favor del peticionario, es decir, que basta con que éste realice una afirmación, teniendo la autoridad pública accionada, o el particular en su caso, el deber de desvirtuarla. En otras palabras se presumen ciertos los hechos alegados por el accionante. Así por ejemplo, en casos de personas víctimas de desplazamiento forzado, esta Corporación en sentencia T- 327 de 2001 estimó lo siguiente:

“Al presumirse la buena fe, se invierte la carga de la prueba y, por ende, son las autoridades las que deben probar plenamente que la persona respectiva no tiene la calidad de desplazado. Por lo tanto, es a quien desea contradecir la afirmación a quien corresponde probar la no ocurrencia del hecho. El no conocimiento de la ocurrencia del hecho por autoridad gubernamental alguna no es prueba de su no ocurrencia. Es apenas prueba de la inmanejable dimensión del problema que hace que en muchas ocasiones las entidades gubernamentales sean desconocedoras del mismo. En muchas ocasiones las causas del desplazamiento son silenciosas y casi imperceptibles para la persona que no está siendo víctima de este delito. Frente a este tipo de situaciones es inminente la necesidad de la presunción de buena fe si se le pretende dar protección al desplazado.

Otro tanto ha sucedido en materia de salud en lo atinente a la capacidad de pago de quien demanda, por ejemplo, el suministro de un medicamento excluido del POS. Al respecto, la Corte en sentencia T-1066 de 2006, en una labor de sistematización de las líneas jurisprudenciales existentes en la materia, consideró lo siguiente:

(...)

En suma, quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél.”¹⁰
(Subrayado fuera de texto).

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-131 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En el caso de autos, no se aprecia que la petente esté en un estado de indefensión o que no pueda demostrar de manera clara y concreta cómo la no reliquidación de su mesada pensional, afecta su mínimo vital o los demás derechos fundamentales invocados, por el contrario, es ésta quien tiene la mayor aptitud fáctica y jurídica para probar tal afirmación, acreditando verbigracia, las obligaciones a su cargo y la insuficiencia del dinero que recibe para atender las mismas.

En ese orden de ideas, en el caso de autos no se evidencia la configuración de alguna de las circunstancias extraordinarias establecidas jurisprudencialmente¹¹, que hagan procedente la acción de tutela proteger derechos de contenido prestacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 2 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por Araminta Rincón Velásquez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese en legal forma a las partes.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

¹¹ Ver el numeral II de la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE