

Expediente T-2'144.545

Sentencia T-618/09

TEMERIDAD O MALA FE-Juez de tutela debe evaluar si en caso concreto se cumplen presupuestos

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad e inmediatez como requisitos de procedibilidad

ACCION DE TUTELA-Desconocimiento del principio de inmediatez

ACCION DE TUTELA-Cumplimiento del requisito de la inmediatez

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de temeridad los requisitos de subsidiariedad e inmediatez

Referencia: expediente T-2'144.545.

Acción de tutela de Fabio Fernández Marín, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, con citación oficiosa de Siemens S. A., Colmeq Ltda, Prohuila Ltda, Acerías Paz del Río y Seguro Social -Pensiones-.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D. C., tres (3) de septiembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ y MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones de tutela dictadas por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, el 23 de octubre y 26 de noviembre de 2008, respectivamente, dentro de la acción de tutela presentada por Fabio Fernández Marín, quien actúa a través de apoderado, contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

I. ANTECEDENTES.

El 19 de agosto de 2008, la apoderada judicial de Fabio Fernández Marín presentó acción de tutela como mecanismo transitorio “para evitar perjuicios irremediables”[1], contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, con el fin de buscar la protección de los derechos fundamentales a la vida, seguridad social, mínimo vital, pago oportuno de la pensión, dignidad humana de las personas de la tercera edad e igualdad, vulnerados en su sentir con ocasión del no reconocimiento y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación. El escrito de tutela está apoyado en los siguientes

1. Hechos.

Indica el actor que en virtud de que el último cargo desempeñado fue el de Senador de la

República por la Circunscripción Departamental de Risaralda en el período 1982-1986, el 26 de marzo de 1999 atendiendo el cumplimiento de los requisitos previstos de edad y tiempo de servicio, solicitó ante la entidad demandada amparado en el régimen de transición, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con fundamento en lo previsto en el Decreto 1359 de 1993 “Por el cual se establece un régimen especial de pensiones, así como los reajustes y sustituciones de las mismas, **aplicable a los senadores** y representantes a la cámara”[2], relacionando de manera clara y discriminada los tiempos de servicio prestados en diferentes empresas, los cuales fueron apoyados con las correspondientes certificaciones laborales.

Dicha petición fue negada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República mediante Resolución N° 007 de 2001, bajo la consideración de que los documentos allegados al expediente administrativo daban cuenta de que para el momento en el que el actor dejó de ser Senador, contaba con 17 años, 2 meses, 9 días de tiempo de servicio y 48 años de edad, no reuniendo a su juicio las condiciones dispuestas en la normatividad.

Manifiesta que el citado acto administrativo fue objeto de solicitud de revocatoria directa por haber omitido injustificadamente el tiempo laborado en las entidades Cider Ltda y J. Glottman Ltda, lo cual fue demostrado con la prueba supletoria presentada con el cumplimiento de los requerimientos dispuestos por la Ley 50 de 1886, petición a la que accedió la demandada en Resolución N° 00287 de 2002, argumentando que “del certificado especial presentado por el solicitante se colige con meridiana claridad que el doctor FABIO FERNANDEZ MARIN se desempeñó como gerente de CIDER LTDA., durante el tiempo comprendido entre el dos de noviembre de 1970 y el 15 de junio de 1975, demostrando su tiempo de trabajo en dicha empresa durante (4) cuatro años, siete meses y trece días”[3], por lo que revocó el artículo primero de la Resolución N° 007 de 2001, ordenando continuar con el trámite correspondiente “quedando reconocido el tiempo de servicio en la empresa CIDER LTDA y (...) de esta manera demostrado EL TIEMPO NECESARIO para el reconocimiento de la pensión.”[4]

Agrega el accionante que la entidad demandada inexplicablemente dictó los oficios N° 1078 y 1230 de 2002, en los que informó que una vez agotado el trámite establecido en el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo, debería aplicarse lo preceptuado en el Decreto 816 de 2002 (Art. 2°), razón por la cual el accionante informó que la empresa Cider Ltda realizó sus aportes y los de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, adjuntando para tal efecto copia del carné de afiliación “prueba documental suficiente para entrar a reconocer la pensión solicitada.”[5]

Posteriormente, en Resolución N° 0480 de 2003[6], luego de que la demandada dejara nuevamente dicho que el tiempo trabajado por el actor en la empresa J. Glottman había sido desestimado, mientras que el de Cider Ltda era convalidado, lo cual se encontraba en firme desde la Resolución N° 00287 de 2002, decidió no tener en cuenta el tiempo laborado en la última y, más grave aún, estimó que los tiempos certificados por Siemens, Colmeq, Prohuila y Acerías Paz del Río no cumplen con lo previsto en la normatividad, pues “si en la primera resolución se deja claro que el peticionario contaba con 17 años 2 meses 9 días de tiempo de servicio y con 48 años de edad, al reconocerse el tiempo laborado en la empresa CIDER LTDA., como quedó reconocido en resolución (No. 00287 del 16-04-2002) que se encuentra legalmente ejecutoriada, y la cual a la fecha no se ha declarado nula, ni revocada por algún acto administrativo, no me explico como a la fecha no se ha procedido a reconocer la pensión solicitada, CON EL TIEMPO DE SERVICIO SUFICIENTE para su reconocimiento.”[7]

Mediante Resolución N° 1778 de 2003, el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República indicó que verificado el expediente administrativo nunca fue proferido auto

suspendiendo el trámite de la pensión de jubilación y que aún se encuentra pendiente lo solicitado al accionante para convalidar el tiempo laborado en Cider Ltda, dejando de lado que ese tiempo se encuentra legalmente reconocido por acto administrativo en firme, actuación que el peticionario estima arbitraria al no tener en cuenta “**TODO EL TIEMPO DE SERVICIO prestado y acreditado** por el señor Marín Fernández (sic), es decir los 27 años, 3 meses y 21 días (...) sino únicamente 17 años, 2 meses y 9 días de servicio”[8], bajo el argumento de que de conformidad con el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 “[e]l empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiera efectuado el descuento al trabajador.”[9]

Sostiene que con ocasión de la nueva solicitud presentada, en la que aparecen relacionados todos los tiempos de servicio, incluido el de la empresa Cider Ltda que dicho sea de paso ya había sido reconocido en acto administrativo, pero que posteriormente de manera contradictoria fue desconocido, solicitando además que “se llevara a cabo el **CALCULO ACTUARIAL CORRESPONDIENTE** para el reconocimiento y pago de la prestación económica, el cual estará representado por un bono o título pensional”[10] en los términos del artículo 33, parágrafo 1º, literal e) de la Ley 100 de 1993, la entidad demandada en oficio N° 972 de 2005 decidió que “[n]o es procedente tramitar o resolver de nuevo la pretensión del señor FABIO FERNANDEZ MARIN, puesto que la misma ya fue resuelta agotándose la vía gubernativa con actos administrativos, los cuales están amparados por los principios de legalidad, existencia y validez, y en consecuencia tiene fuerza ejecutoria, toda vez que no existe pronunciamiento contrario por la autoridad contencioso administrativa competente.”[11]

Arguye el demandante que del último acto administrativo dictado por el organismo accionado, se desprende que si la pensión de jubilación fue negada por no certificar el tiempo laborado en la empresa Cider Ltda, apoyándose en lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que hace referencia al cómputo de las semanas cotizadas al sistema, significa que no tuvo en cuenta los documentos o pruebas supletorias arrojados al expediente administrativo, enfatizando en que como trabajador cumplió con sus obligaciones laborales y que “quien no cumplió con las obligaciones que le impone la ley fue el empleador por no trasladar los dineros al Instituto de Seguros Sociales quien a su vez es el responsable de realizar el cobro coactivo al empleador de dichos aportes, pues es irracional, que una persona encontrándose en estado de indefensión tenga que padecer las terribles consecuencias a causa de la negligencia empleador (sic) y a la mala voluntad de la administradora de pensiones que, pudiendo adjudicar la pensión y repetir judicialmente contra quien está obligado a efectuar los pagos al sistema, se abstenga de hacerlo.”

Así las cosas, asevera el actor que han transcurrido más de nueve (9) años desde que inició los trámites ante la entidad demandada, dándose una clara y absoluta violación de los derechos fundamentales a partir de decisiones caprichosas y contradictorias, causándole graves perjuicios al negar la prestación a la que tiene derecho, más aún cuando para el momento de la interposición de la acción de tutela contaba con 70 años de edad, razones suficientes para concluir que el reconocimiento y pago de la pensión “puede adquirir una connotación de derecho fundamental cuando por conexidad pone en peligro otros derechos de naturaleza fundamental, entre ellos la vida, el mínimo vital, la dignidad humana de las personas de la tercera edad”[12].

Agregó, que por su avanzada edad y precariedad económica se encuentra en estado de debilidad manifiesta, resaltando que su estado de salud está muy desmejorado y sus ingresos económicos son exiguos para el sostenimiento personal, a tal punto que su casa de habitación que pertenece a una sociedad familiar “se encuentra con fecha de remate para el día 21 de agosto de 2008”[13], resultando gravoso costear los gastos médicos de las enfermedades que lo aquejan “ya que no

tiene servicio médico”[14], lo cual puede constatarse con las historias clínicas allegadas a la solicitud de tutela y los recibos de pagos que ha debido realizar, lo que hace evidente la necesidad de que sea reconocida y pagada la pensión solicitada, no pudiendo “depender de la desidia o del desorden administrativo de la entidad encargada y obligada al pago y así poder justificar su dilación”[15].

Aduce el accionante que en el año 2002 presentó acción de tutela contra la misma entidad por diferentes hechos, la cual fue negada, “en especial el hecho de la edad, la salud, y la situación precaria en que vive (...), y se hace necesario interponer acción de tutela con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.”[16]

Por último, la solicitud de tutela hace referencia a algunas decisiones dictadas por esta Corporación referentes (i) a las condiciones o supuestos fácticos necesarios para que proceda la acción de tutela con el fin de que sea reconocida la pensión de vejez (T-043, T-1013 de 2007) y (ii) a que la mora en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones propiciada por el empleador, no es una razón constitucionalmente sostenible para negar el reconocimiento de esta prestación económica (C-177 de 1998, T-668 de 2007, T-239 de 2008).

2. Pruebas que reposan en el expediente.

- Resolución N° 0007 del 24 de enero de 2001 “Por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación de conformidad con la Ley 4ª de 1992” (folios 2 a 5 del cuaderno principal).

- Resolución N° 00282 del 16 de abril de 2002 “Por medio de la cual se resuelve una solicitud de Revocatoria Directa” (folios 6 a 13 ibídem).

- Oficio N° 1230 del 28 de mayo de 2002 firmado por el Jefe de la División de Prestaciones Económicas de la entidad demandada, que indica al accionante (folio 14 ibíd.):

“Atentamente doy alcance al oficio DPE 1078 del 15 de mayo de 2002 en los siguientes términos:

Una vez agote el trámite establecido en el artículo 264 del C.S.T., se deberá aplicar lo preceptuado en el artículo 3° parágrafo del Decreto 816 de 2.002, en lo concerniente a la emisión de título pensional correspondiente ante el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, o lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1.993 con respecto al traslado, con base en el cálculo actuarial, de la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora.”

- Oficio N° 1078 del 15 de mayo de 2002 firmado por el Jefe de la División de Prestaciones Económicas del organismo accionado que señala al actor (folio 15 ibíd.):

“Nos referimos al tiempo de CIDER LTDA, el cual pretende usted hacer valer para el reconocimiento de su pensión de jubilación, al respecto nos permitimos manifestar que hasta tanto no se agote el trámite establecido en el artículo 264 del C.S.T., dicho tiempo de servicio no podrá ser tenido en cuenta.

Nos permitimos informarle que en la solicitud presenta (sic) se dictará auto suspendiendo el trámite hasta tanto se cumpla lo anteriormente mencionado.

Además pido a usted se sirva aclarar el alcance del poder revocado al Doctor BATEMAN PINEDO, en lo atinente de revocatoria total o parcial, si fuere parcial favor especificar la extensión del mandato.”

- Comunicación del 31 de mayo de 2002, firmada por el señor Fernández Marín en la que manifiesta (folio 16 ibíd.):

“En referencia a sus oficios de D.P.E. 1078 del 15 de mayo del 2002 y D.P.E. 1230 del 28 de mayo del 2002, muy comedidamente me permito manifestarle que la empresa CIDER Ltda efectuaba sus aportes y los de sus trabajadores al Instituto Colombiano de Seguro Social por lo cual les estoy adjuntando fotocopia de mi carnet (sic) de afiliación a dicho instituto.”

- Resolución N° 480 del 13 de marzo de 2003 “Por medio de la cual niega el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación de conformidad con la Ley 4ª de 1992” (folios 17 a 20 ibíd.).

- Resolución N° 1778 del 13 de noviembre de 2003 “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición” (folios 21 a 23 ibíd.).

- Oficio N° DUS -70307752 del 21 de abril de 2007, firmado por la Defensora del Usuario de la E.P.S. Sanitas (folio 24 ibíd.).

- Historia clínica del accionante (folios 25 a 28 ibíd.).

- Interpretación del RX tránsito intestinal doble contraste practicado al actor (folios 29 y 30 ibíd.).

- Endoscopia de vías digestivas altas y colonoscopia total (folios 31 a 38 ibíd.).

- Historia clínica N° 4496561 (folios 40, 41 y 43 ibíd.).

- Ecografía hepatobiliar (folio 42 ibíd.).

- Factura de venta N° NOG-456 (folio 44 ibíd.).

- Historia clínica del accionante efectuada el 31 de marzo de 2009 por el doctor Oscar Gutiérrez Ceballos, médico especialista en gastroenterología y endoscopia digestiva (folios 56 y 57 del cuaderno de revisión).

3. Respuesta del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

La Jefe de la División de Prestaciones Económicas solicitó denegar el amparo constitucional solicitado por el accionante con fundamento (i) en la temeridad de la acción; (ii) la improcedencia de lo pretendido y la falta de probanza de la existencia de un perjuicio irremediable y (iii) el carácter preventivo y no declarativo del mecanismo tuitivo.

En relación con el primer asunto indicó que el 12 de octubre de 2002, el actor presentó solicitud de tutela con idéntica pretensión ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, petición negada en primera instancia y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, por lo que no es posible intentar nuevamente el reconocimiento de la pensión de jubilación por esta vía sin haber acudido a la jurisdicción competente, desconociendo de esta manera el carácter residual y subsidiario del mecanismo judicial establecido en el artículo 86 Superior.

De otra parte, sostuvo que la Resolución N° 00287 de 2002 que dispuso revocar el numeral primero de la N° 007 de 2001 y darle continuidad al trámite de la solicitud pensional, **“NO RESUELVE CONVALIDAR TIEMPOS DE SERVICIO O RECONOCER PENSION”**[17], sino que tan solo decidió dar marcha atrás al no reconocimiento de la prestación solicitada para proceder a efectuar el estudio teniendo en cuenta “la documentación aportada con su solicitud de revocatoria directa (...) a efectos de determinar la existencia o no del derecho pensional pretendido”[18], trámite que finalizó con la Resolución N° 480 de 2003 que negó la pensión solicitada y que tras ser objeto de recurso de reposición, no accedió al mismo en Resolución N° 1778 de 2003 “quedando así agotada la vía gubernativa.”[19]

Indica que solicitado nuevamente el reconocimiento de la citada prestación económica el 14 de diciembre de 2004, esa división declaró la improcedencia con fundamento en que la vía gubernativa se encuentra agotada, razón por la que considera el peticionario debe demandar la decisión administrativa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a menos de que exista un perjuicio irremediable que para el caso concreto no se encuentra probado siquiera de manera sumaria.

Agregó que no obstante la improcedencia de la acción de tutela propuesta por el señor Fernández Marín, no tiene derecho a la pensión de jubilación porque (i) solamente acreditó diecisiete (17) años, tres (3) meses y nueve (9) días, incluyendo el tiempo laborado en el Congreso de la República y en el sector privado; (ii) no puede ser tenido en cuenta el tiempo trabajado en la empresa Cider Ltda “a menos que el empleador efectúe el pago del cálculo actuarial al Instituto de Seguros Sociales, conforme lo establece el parágrafo primero del artículo 33 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003”[20]; (iii) perdió los beneficios del régimen de transición consagrados en el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993, por haberse desvinculado definitivamente del Congreso de la República o del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República sin reunir el tiempo de servicio requerido para tener derecho a la prestación reclamada, a pesar de que para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 acreditaba una edad superior a 40 años.

Para terminar, apoyado en las sentencias T-020 de 1997 y T-969 de 2001 proferidas por esta Corte, estimó que la acción de tutela tiene un carácter preventivo y no declarativo.

4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

4.1. Sentencia de primera instancia.

El 23 de octubre de 2008, el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá decidió conceder como mecanismo transitorio la tutela de los derechos fundamentales a la “seguridad social, mínimo vital en conexidad con la vida, pago oportuno de la pensión, dignidad humana de las personas de la tercera edad y a la igualdad”[21], por el término de 4 meses “a condición que el accionante inicie las acciones pertinentes ante la justicia laboral o contenciosa administrativa según fuere el caso y ocurrido ello, subsistirá hasta que la justicia revuelva de fondo el presente conflicto”[22], ordenando en consecuencia al demandado proferir el acto administrativo en el que reconozca y ordene el pago de la prestación solicitada, con el retroactivo a que tiene derecho el actor y la inclusión en la nómina de pensionados.

Así mismo, dispuso dejar sin valor y efecto jurídico alguno los fundamentos en los que se apoyó la resolución que negó la pensión de jubilación y la que resolvió el recurso de reposición incoado por considerarlos “abiertamente ilegales”[23].

Como primera razón para acceder al amparo solicitado, sostuvo que el peticionario es una persona de la tercera edad que se encuentra cerca del nivel máximo de expectativa probable de vida, esto es, 72 años de edad, aunado a que desde hace casi una década viene intentando que el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República acceda al reconocimiento de la pensión de vejez, sustrayéndose de manera arbitraria y caprichosa al cumplimiento de sus funciones “sin verdadera justificación, acudiendo a todo tipo de triquiñuelas falsas y a la interpretación errada y amañada de la ley.”[24]

Igualmente, estimó que era deber de la entidad accionada al momento de recibir la solicitud que buscaba el reconocimiento y pago del derecho pensional, poner de presente al peticionario la necesidad de aportar determinados documentos o cumplir con otros requisitos, para no excusarse posteriormente en su propia negligencia o incuria.

En este contexto, indicó que a pesar de que el actor proporcionó todos los documentos necesarios para demostrar los tiempos de servicio prestados, posteriormente fue requerido para que allegara otros que reunieran las exigencias legales, lo que en efecto realizó aportando el carné que daba cuenta de que la empresa Cider Ltda efectuaba los aportes para pensión al Instituto de los Seguros Sociales, disponiendo en últimas el demandado no tenerlo en cuenta pese a que se ajustaban al ordenamiento jurídico.

Agregó que si lo que buscaba el demandado era obtener la emisión del bono pensional, era su deber acudir al Instituto de los Seguros Sociales y a las entidades de previsión a las que el accionante estuvo afiliado, sin necesidad de hacer de este procedimiento un obstáculo para el reconocimiento del derecho-prestación, no siendo tampoco de recibo la excusa de que la empresa no trasladó los aportes del trabajador, pues se trata de un “asunto que debe dirimir la entidad a la que estaba afiliado el trabajador, con su empleador, haciendo uso de todos los mecanismos que ley (sic) consagra para el pago efectivo de tales sumas de dinero.”[25]

De otra parte, estimó que la temeridad alegada no se configuró en tanto “la tutela fallada en 2001, involucraba hechos diferentes a los contenidos en la presente acción, como la nueva negativa arbitraria de 2003 y 2005 y el estado grave de salud del solicitante que hacen previsible que perderá la vida antes de que el juez ordinario falle de fondo el presente asunto.”[26]

Concluyó el juzgador que el no reconocimiento del tiempo laboral legalmente acreditado por el accionante a la entidad demandada, constituye una vía de hecho que solamente puede ser restablecida mediante amparo constitucional “pues sería un verdadero despropósito pretender que el accionante acuda a la justicia laboral o a la contencioso administrativa si fuere el caso, a discutir la ilegalidad de los actos administrativos que le han negado arbitrariamente su pensión, pues para cuando el juicio llegue a su término luego de 6 o más años (según la realidad de la congestión de estos sectores de la rama judicial), es muy probable que el accionante ya no esté vivo y entonces no podría disfrutar en vida, lo que fue el ahorro programado y obligado de toda su existencia; lo que claramente se constituye en un PERJUICIO IRREMEDIABLE que se remediará concediendo la acción de tutela como mecanismo transitorio.”[27]

4.2. Impugnación.

En escrito del 28 de octubre de 2008, el Director General del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo la consideración de que la solución al problema jurídico es errada por cuanto (i) desatendió los presupuestos de procedencia de la acción de tutela; (ii) realizó una interpretación errónea de la

normatividad del Sistema General de Pensiones y (iii) dio por ciertas todas las manifestaciones realizadas por el demandante, dejando de lado los argumentos planteados por la entidad demandada.

Frente al primer tópico, sostuvo que la debilidad manifiesta del accionante que hace parte de la tercera edad, es inexistente ya que de conformidad con las pruebas allegadas en el trámite tutelar pudo constatar que recibe atención médica en Colsanitas, lo que de plano descarta el supuesto perjuicio irremediable, a lo que debe sumarse la inactividad para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el fin de impugnar el acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, toda vez que desde noviembre de 2003 fue resuelta la vía gubernativa.

En segundo término, consideró que la decisión impugnada interpretó erróneamente el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues el argumento para negar la pensión solicitada radica en que el actor no ha cotizado el número de semanas necesarias, en tanto cuenta con diecisiete (17) años, tres (3) meses y nueve (9) días, no siendo posible convalidar el tiempo laborado en la empresa Cider Ltda “a menos que el empleador efectúe el pago del cálculo actuarial al Instituto de Seguros Sociales, conforme lo establece el artículo 33 parágrafo 1° de la Ley 100 de 1993”[28], que es el marco normativo al que debe sujetarse el accionante “pues dicha empresa no estaba encargada del reconocimiento de las pensiones de sus empleados”[29], lo cual es un indicador de que la decisión de la entidad demandada se ajustó al marco normativo.

Finalmente, señaló que la determinación de reconocer o no la prestación solicitada por el requirente, es un asunto que no le corresponde decidir al juez constitucional, pues la procedencia de la acción de tutela está supeditada a la evidencia de que un derecho fundamental haya sido vulnerado o amenazado y a la constatación de los requisitos para acceder a la pensión.

4.3. Sentencia de segunda instancia.

El 26 de noviembre de 2008, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, resolvió que la sentencia dictada por el a quo debía revocarse, disponiendo en su lugar, negar la protección constitucional reclamada.

Luego de hacer algunas consideraciones atinentes a la subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y a la necesidad de que exista un mínimo de diligencia en el agotamiento de los mecanismos de defensa judicial previstos por el legislador, concluyó el juzgador de segunda instancia que la acción de tutela propuesta por Fabio Fernández Marín es improcedente, en tanto luego de que agotó la vía gubernativa en noviembre de 2003, ha contado con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para buscar el reconocimiento de la prestación que por vía de tutela pretende, desconociendo a la sazón el principio de inmediatez, por lo que “no puede impetrar el amparo cuando a bien lo tenga, esto es, en cualquier tiempo el cual deliberadamente se deja pasar para luego presentar la acción de tutela alegando su condición de persona de la tercera edad como aquí ocurre.”[30]

Recalcó que el accionante puede volver a solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que se trata de una prestación social imprescriptible, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la ley.

Por último y en tanto consideró que el fallo de tutela fue proferido extemporáneamente, ordenó compulsar copias de toda la actuación al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para lo de su competencia.

5. Solicitudes de insistencia.

La magistrada Clara Inés Vargas Hernández haciendo uso de la facultad de insistencia prevista en los artículos 33 del Decreto 2591 de 1991 y 51 del Reglamento Interno de la Corte (Acuerdo 05 de 1992), estimó que por las difíciles circunstancias que atraviesa el actor (avanzada edad; grave y delicado estado de salud, pues padece un cáncer que le ha significado la remoción parcial del estómago y ausencia de recursos económicos) y las eventuales inconsistencias en el recaudo de los aportes a la seguridad social, discusión que “debe dirimirse entre las entidades administrativas mediante los recobros o la expedición de los bonos pensionales correspondientes, como insistentemente lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación”[31], el asunto debe ser seleccionado para revisión.

Similar argumentación esbozó el Defensor del Pueblo para insistir en la selección del expediente de tutela, para lo cual enfatizó en que someter al accionante a un proceso judicial ordinario bajo las circunstancias en las que se encuentra actualmente “representa imponerle una carga que no le es posible soportar salvo que cuente con una protección transitoria, para satisfacer los cuidados médicos y asistenciales necesarios e indispensables para tratar la dolencia que padece y, con ello, llevar una vida digna.”[32]

Con todo, concluyó que el medio judicial con el que cuenta el peticionario para buscar la protección de sus derechos no es tan eficaz como la acción de tutela, en tanto no plantearía una solución pronta pues tardaría tres (3) o cuatro (4) años en decidir “viéndose necesariamente afectado, por ser una persona que no tiene servicios médicos, ni ingresos diferentes a la colaboración de familiares y amigos, y al subsidio que recibe del gobierno español, además que requiere de tratamientos médicos costosos y especiales por razón de su enfermedad (cáncer).”[33]

6. Trámite surtido ante la Corte Constitucional.

El 10 de marzo de 2009, la Sala Tercera de Selección acogió el asunto para revisión, repartiéndolo para su estudio a este despacho que mediante auto del 21 de mayo del mismo año, además de suspender el término para fallar, dispuso poner en conocimiento de las empresas Siemens S. A, Colmeq Ltda., Prohuila Ltda., Acerías Paz del Río y el Seguro Social -Pensiones-, el contenido de la solicitud de tutela para que ejercieran el derecho de defensa.

Así mismo, en proveído del 2 de julio de 2009 estimó necesario allegar elementos de juicio adicionales y de carácter especializado sobre el estado de salud del actor, razón por la cual ordenó oficiar a las mismas entidades, a la Asociación Nacional de Gastroenterología y a la Universidad del Rosario, facultad de medicina, especialización en gastroenterología.

6.1. Respuesta de Siemens S. A.

Mediante escrito radicado en esta Corporación el 9 de junio de 2009, la apoderada judicial de la empresa Siemens S. A., consideró que la acción de tutela formulada por el actor es improcedente, en tanto cuenta con otros mecanismos de defensa judicial que le permiten ventilar la controversia propuesta por el actor que es netamente económica, no siendo viable el amparo tampoco como mecanismo transitorio pues “no acredita el supuesto estado de necesidad, indefensión o inminente peligro en que se encuentra”[34].

Sin embargo, indicó que en caso de que esta Corporación acceda al amparo solicitado tenga en

consideración que (i) el peticionario estuvo vinculado desde el 1° de junio de 1964 al 28 de febrero de 1970; (ii) para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales desde el 1° de enero de 1967, pues antes no existía cobertura en Bogotá, hasta el retiro de la compañía; (iii) antes de la fecha indicada no se generó ningún tipo de obligación pensional a cargo de Siemens por cuanto el actor no cumplió los requisitos previstos en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que el “riesgo de vejez fue asumido por el I.S.S.”[35]; (iv) no se generó a su cargo la expedición de bono o título pensional, en tanto se satisfizo el presupuesto indispensable para tal efecto, cual era la existencia del contrato de trabajo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues el mismo finalizó el 28 de febrero de 1970; (v) para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación del señor Fernández Marín, no es posible computar los tiempos de servicio prestados en Siemens porque no reúne las condiciones dispuestas en el literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sino porque la cuota parte pensional prevista en la Ley 33 de 1985 únicamente cubre a los servidores públicos, no pudiendo extenderse a trabajadores del sector privado, razón por la que no puede “ordenarse a SIEMENS S.A. a participar en una Cuota Parte pensional, ya que no existe disposición normativa que así lo disponga, máxime si se tiene en cuenta que la empresa cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo afiliando al accionante al ISS cuando el sistema inició su cobertura, habiendo subrogado la totalidad de obligaciones en el sistema de seguridad social.”[36]

6.2. Respuesta de Colmeq Ltda y Prohuila Ltda.

El 12 de junio de 2009, el subgerente de la empresa Colmeq certificó que el accionante laboró en esa compañía “desde el veintiocho (28) de Abril de mil novecientos setenta y seis (1976) hasta el diecinueve (19) de Julio de mil novecientos ochenta y dos, habiendo efectuado los correspondientes aportes en pensión al Instituto Colombiano de Seguro Social.”[37]

Por su parte, el subgerente de Prohuila certificó que el período laborado en esa empresa fue el comprendido entre el 16 de junio de 1975 y el 28 de abril de 1976, efectuando los aportes en pensión al Instituto de los Seguros Sociales.

6.3. Respuesta del Seguro Social.

En escrito radicado en ese Tribunal el 6 de julio de 2009, el Seguro Social remitió certificado de las semanas cotizadas por el actor al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, aclarando que la empresa Cider Ltda “no efectuó cotización alguna a nombre del accionante.”[38]

6.4. El Presidente de la Asociación Colombiana de Gastroenterología y la Universidad del Rosario, facultad de medicina, especialización en gastroenterología, allegaron escritos el 8 de julio de 2009, dictámenes a los que se hará referencia con detalle al momento de efectuar el estudio del caso concreto.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

Actuando por intermedio de apoderado judicial, el señor Fabio Fernández Marín invocando su condición de persona de la tercera edad[39], formuló acción de tutela el **19 de agosto de 2008** contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República con el fin de que sean restablecidos los derechos fundamentales a la igualdad y seguridad social en conexidad con el mínimo vital y vida digna supuestamente vulnerados al negar el reconocimiento de la pensión de jubilación mediante Resolución N° 480 del **13 de marzo de 2003** decisión confirmada en Resolución N° 1778 del **13 de noviembre de la misma anualidad**, en tanto “no cumple con el requisito de tiempo para beneficiarse de la pensión (...) establecida en el Régimen Especial para Congresistas.”[40]

La entidad demandada solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela propuesta por el actor, bajo la consideración de que es temeraria por cuanto se trata de una discusión planteada y resuelta por esta misma vía con antelación y porque la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo judicial que el ordenamiento jurídico brinda para controvertir la legalidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de la pensión de jubilación, no siendo de recibo el deterioro de su salud por cuanto “no prueba siquiera sumariamente su estado de debilidad manifiesta.”[41]

El Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá en sentencia del 23 de octubre de 2008, accedió al amparo solicitado por estimar contumaz la actitud del organismo demandado al no tener en cuenta el tiempo de servicio que legalmente había acreditado el accionante para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, situación que consideró “una verdadera vía de hecho, que solo puede ser reparada de manera eficaz por este medio expedito, pues sería un verdadero despropósito pretender que el accionante acuda a la justicia laboral o a la contencioso administrativa si fuere el caso, a discutir la ilegalidad de los actos administrativos que le han negado arbitrariamente su pensión, pues para cuando el juicio llegue a su término luego de 6 o más años (...) es muy probable que el accionante ya no esté vivo y entonces no podría disfrutar en vida, lo que fue el ahorro programado y obligado de toda su existencia lo que claramente se constituye en un perjuicio irremediable que se remediará concediendo la acción de tutela como mecanismo transitorio.”[42]

Impugnada la decisión, el 26 de noviembre del mismo año el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil revocó la sentencia impugnada por considerar en primer término que el peticionario desde el momento en el que agotó la vía gubernativa ha tenido la posibilidad de demandar el acto administrativo que negó la prestación económica solicitada, con el fin de que se declare nulo y en consecuencia el derecho sea restablecido, desconociendo en ese orden de ideas el principio de subsidiariedad. De otra parte, hizo referencia también al incumplimiento del requisito de inmediatez dispuesto en la Constitución, teniendo en cuenta que la acción fue iniciada casi cinco (5) años después de que la decisión negativa de la administración estuviera en firme, actitud que desnaturaliza el amparo constitucional en tanto la finalidad es proteger de manera inmediata los derechos fundamentales vulnerados no siendo de recibo el paso deliberado del tiempo “para luego presentar la acción de tutela alegando su condición de persona de la tercera edad como aquí ocurre.”[43]

Así las cosas, le corresponde a la Sala determinar si la decisión del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República de negar el reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Fabio Fernández Marín, por cuanto no reúne supuestamente el tiempo de cotización exigido por la

normatividad, dejando de lado tiempos reconocidos mediante decisiones administrativas que se encontraban en firme, vulnera sus derechos fundamentales, más aún cuando se trata de una persona que está próxima a cumplir 71 años de edad.

Sin embargo, estima la Corte que antes de resolver el problema jurídico suscitado en esta oportunidad deberá efectuar el estudio de procedencia de la acción de tutela en lo atinente a (i) la temeridad alegada por la entidad accionada y (ii) al cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad, en tanto el acto administrativo que negó el reconocimiento pensional no ha sido impugnado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, e inmediatez, toda vez que la acción de tutela fue formulada 4 años, 9 meses después de que quedó en firme la decisión de la administración, como consecuencia del agotamiento de la vía gubernativa.

3. Actuaciones temerarias en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

De conformidad con el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, “[c]uando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.” Agrega la misma preceptiva que el “abogado que promoviére la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”

La figura procesal de la temeridad busca que en el curso de un proceso judicial o trámite administrativo quienes intervengan lo hagan con pulcritud y sensatez, resultando descalificadora cualquier intención de engaño hacia la autoridad pública, por lo que su manifestación en el contexto de la acción de tutela pese a su carácter informal, está determinada por la imposibilidad de presentar la misma acción tuitiva en varias oportunidades, razón por la cual los límites impuestos por el legislador extraordinario se justifican en la medida en que buscan la salvaguarda de la cosa juzgada y por consecuencia el principio de seguridad jurídica, no siendo permitido el uso inescrupuloso o abusivo de este mecanismo constitucional.

La Corte ha considerado que el ejercicio temerario[44] de la acción de tutela desconoce el principio constitucional de buena fe (Art. 83 C.P) y pone de relieve un abuso del derecho (Art. 95 C.P), “en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa”[45], resultando necesario para su configuración el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos: (i) identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad fáctica; (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción, es decir, mala fe o abuso del derecho de acceso a la administración de justicia, surgiendo como consecuencia en caso de que llegue a configurarse, el rechazo o la decisión desfavorable de todas las solicitudes de tutela, teniendo el juez la posibilidad de imponer las sanciones a que haya lugar.[46]

Precisamente y en relación con las sanciones que puede imponer el juez de tutela a los profesionales del derecho, esta Corte en sentencia C-155A de 1993 al declarar la exequibilidad del inciso segundo de la disposición en cita, consideró que el abogado que decide voluntariamente asumir la representación de una persona mediante el uso de la acción de tutela “debe saber que se trata de una grave responsabilidad, que no puede menos que asumir con especial transparencia y honestidad, puesto que, desde cualquier punto de vista resulta claro que esta expresión no significa que la acción se pueda interponer cuantas veces se quiera, o que queda a discreción del abogado el promoverla a su antojo, en el número de veces que estime más conveniente y en últimas efectivo. A esta reflexión no escapa ningún profesional del derecho que

se encargue de la defensa de los intereses ajenos de aquella índole por semejante vía y, por tanto, debe estar en condiciones de recibir concientemente la eventual sanción que le corresponde.”

Cabe resaltar, como reiteradamente lo ha considerado la jurisprudencia constitucional que la efectividad de los derechos fundamentales como uno de los fines del Estado Social de Derecho, impone a los jueces de tutela el deber de verificar cuidadosamente los citados requisitos partiendo claro está de la buena fe del accionante, pues no es suficiente con el cumplimiento formal de los mismos sino que se hace necesario constatar las particularidades del caso y la condición especial del demandante, para determinar si en efecto se constituye la actuación temeraria y si es necesaria la imposición de sanciones para lo cual será indispensable como garantía del debido proceso dentro del mismo trámite tutelar “agotar un incidente que permita comprobar la mala fe o la conducta maliciosa del accionante contraria a la moralidad procesal.”[47]

Por ello, ha estimado este Tribunal que circunstancias especiales tales como el estado de ignorancia o indefensión del demandante, el asesoramiento errado de los profesionales del derecho, el surgimiento de hechos o situaciones que permite plantear una nueva discusión por vía de tutela o la extensión de los efectos de una sentencia de unificación (inter comunis) dictada por esta Corporación que implique la posibilidad de interponer una nueva acción de tutela así ya hubiera hecho uso de ella, son entre otras, situaciones que obligan al juez constitucional a efectuar una valoración flexible respecto de la temeridad, pues acudir a un criterio estrictamente procedimental puede resultar lesivo de la efectividad de los derechos fundamentales. Al respecto, esta Corporación indicó[48]:

“Con referencia a la verificación de que el caso no configure una excepción al uso temerario de la tutela pese a la presunta triple identidad de los procesos, la Corte ha desarrollado varios criterios. Se ha sostenido que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando el ejercicio simultáneo o repetido de la acción de tutela se funda en: (i) la condición del actor que lo coloca en estado [de] ignorancia o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe, (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho, (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante, y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.”

Con todo, la presentación de dos o más acciones de tutela que deriven en lo que ha denominado la Corte “triple identidad”, no constituye automáticamente una actuación torticera, sino que se hace necesario verificar las circunstancias que envuelven cada caso concreto para colegir que se configura temeridad, razón por la cual esta figura debe entenderse como una alternativa procesal con la que cuenta el juez constitucional de manera muy excepcional, pues ante todo debe propender por la garantía efectiva de los derechos fundamentales (Art. 2° C. P.). Es decir, que la sola concurrencia de identidad de los sujetos procesales, de la causa que da lugar a la controversia planteada y de la pretensión, no es suficiente para concluir que se trata de una

actuación judicial amañada o contraria al principio constitucional de buena fe.

4. Los principios de subsidiariedad e inmediatez como requisitos de procedencia de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

A partir de lo previsto en el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, uno de los rasgos característicos de la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o inclusive de particulares, es su carácter residual y subsidiario, esto es que en principio procede únicamente de manera supletiva, es decir cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Dicha naturaleza obedece concretamente a la necesidad de preservar las competencias atribuidas por la ley a las diferentes autoridades judiciales mediante una gama variada de procedimientos ordinarios o especiales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial, escenario en el que tiene cabida igualmente la protección de derechos de naturaleza constitucional, inclusive los denominados fundamentales, pues partir del equívoco de que solamente su amparo puede lograrse en acción de tutela, es tanto como hacer nugatorio uno de los fines esenciales del Estado, cual es, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Art. 2° C.P.), y más grave aún en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, poner en vilo la aplicabilidad directa de la Carta Fundamental que se proyecta del artículo 4° Superior.

Es por ello, que la acción de amparo constitucional no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, paralelo o complementario de los diversos procedimientos judiciales, diluyéndose esta exigencia únicamente cuando el juez constitucional encuentre que se configura un perjuicio irremediable que exige para el restablecimiento de los derechos involucrados la adopción de medidas inmediatas, imponiéndose en este evento la tutela como mecanismo transitorio mientras la autoridad judicial competente decide de fondo la acción correspondiente.

Así mismo, el cumplimiento del principio de subsidiariedad exige que la puesta a consideración de los conflictos jurídicos se efectúe diligentemente, es decir dentro de los límites temporales que el mismo ordenamiento jurídico impone en muchos casos, siendo únicamente viable la habilitación de la acción de tutela, cuando dichos medios a pesar de que fueron agotados no brindaron la protección iusfundamental pretendida o a pesar de que existan, los mismos no resulten idóneos, evento en el cual la protección tutelar podrá obtenerse prioritariamente.

En este contexto, la desidia, incuria o negligencia en la utilización de los mecanismos que el sistema judicial ofrece para buscar la protección de los derechos fundamentales, no puede convertirse en un pretexto para hacer uso de la acción de tutela, pues sería tanto como vaciar las competencias propias del juez natural en la jurisdicción constitucional, inoperancia que al ser injustificada deviene en la declaratoria de improcedencia del amparo solicitado.

Otra alternativa de procedencia de la acción de tutela que está contemplada en el Decreto 2591 de 1991 (Art. 6°, Nral. 1°) “[p]or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, surge cuando a pesar de que existen otros recursos o medios de defensa judiciales, no resultan ser tan idóneos como el mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior, evento en el que la existencia de dichos medios deberá ser apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre

el solicitante, ponderación que le permitirá concluir al juez de tutela que la vía ordinaria debe ceder ante su falta de efectividad en la protección inmediata de los derechos fundamentales. Esta Corporación en reciente decisión unificadora de jurisprudencia sobre este tema indicó[49]:

“El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución (...)

Respecto de dicho mandato, ha manifestado la Corte que, en cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, incluyendo por supuesto los que tienen la connotación de fundamentales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino también garantizar el principio de seguridad jurídica.

(...)

Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar “una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales”, razón por la cual no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.

Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. **En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.** (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

En suma, la existencia de un recurso o mecanismo de defensa judicial no hace por sí misma improcedente la acción de tutela, pues es necesario que el juez constitucional valore en primer lugar, si está demostrada la existencia de un perjuicio irremediable a partir de los parámetros

desarrollados por la jurisprudencia constitucional que haga viable el amparo solicitado como mecanismo transitorio, o de otra parte, si la vía que en principio propone el ordenamiento jurídico no resulta ser adecuada y eficaz para lograr la protección reclamada, caso en el cual el ámbito de protección puede llegar a ser definitivo, alternativas que en últimas están encaminadas a la realización de la vigencia de un orden justo (preámbulo y Art. 2° C.P.), como valor constitucional. Al respecto, esta Corporación indicó[50]:

“[L]a Corte ha determinado, como regla general, que el juez constitucional deberá declarar improcedente la tutela cuando encuentre que existe otro medio o recurso judicial a través del cual pueda el ciudadano obtener la protección de sus derechos.

No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha establecido dos situaciones excepcionales en las cuales es procedente la acción de tutela. Una de ellas, consiste en que el medio o recurso existente no sea eficaz e idóneo y, la otra, radica en la invocación de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En cuanto a la primera, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.

En cuanto a la segunda situación excepcional en la cual puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado.

Al respecto, la Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, pueda demostrarse que: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que “su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas”, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Se requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño es inevitable.

Sólo cuando concurren los mencionados elementos, es manifiesta la necesidad de considerar la acción de tutela como un mecanismo transitorio, desplazando el medio ordinario de defensa.”

Ahora bien, otro aspecto procedimental importante que resalta del artículo 86 Superior, es la

oportunidad para acudir a la acción de tutela que si bien no está sujeta a un término de caducidad, debe intentarse dentro de un plazo razonable o prudencial, razonabilidad que debe ser considerada y determinada por el juez constitucional en cada caso concreto[51], en tanto se trata de un mandato que tiene como rasgo característico la indeterminación. Lo anterior, implica que su ejercicio no puede realizarse de manera indefinida, pues dicha situación conllevaría a sacrificar la seguridad jurídica, so pretexto de garantizar la justicia material, evitando que “este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.”[52]

Sobre el particular, esta Corporación en sentencia unificadora de jurisprudencia sostuvo[53]:

“Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.”

También ha expresado esta Corte que inclusive en el evento de que el tiempo transcurrido entre el hecho generador de la vulneración y el momento de la interposición de la acción de tutela sea prolongado, puede resultar comprensible su ejercicio así en apariencia sea tardío siempre que (i) se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del peticionario derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual y (ii) la especial situación de la persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez, como es el caso del estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.[54]

Con todo, ha considerado la jurisprudencia de este Tribunal que se desconoce el requisito de inmediatez como presupuesto de procedencia de la acción de tutela, cuando (i) la inactividad del peticionario no se encuentre validamente justificada[55]; (ii) se vulneran derechos de terceros o se desnaturaliza el amparo solicitado y (iii) se configura un nexo causal suficiente entre los dos requisitos anteriores, circunstancias que conllevan a que el juez de tutela declare la improcedencia del amparo constitucional solicitado.[56]

5. Estudio del caso concreto.

5.1. Inexistencia de temeridad.

Comoquiera que uno de los argumentos a los que acudió la entidad demandada para solicitar la improcedencia del amparo deprecado, estribó en que el demandante había incurrido en temeridad, figura procesal que pretende proteger de una parte, la cosa juzgada, y de otra, el abuso del derecho, procederá la Sala a efectuar el análisis de las acciones de tutela formuladas por el accionante, no sin antes recordar que su configuración exige el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de objeto o pretensión (eadem causa

petendi); (iii) identidad fáctica y (iv) falta de justificación para interponer la nueva solicitud tutelar, constatación que debe realizar el juez de tutela partiendo de un criterio flexible para no hacer nugatoria la garantía de los derechos fundamentales.

En el sub lite, el cotejo de las acciones de tutela formuladas por el señor Fabio Fernández Marín contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, permite concluir sin mayor dificultad que la situación fáctica plantea contextos completamente diferentes.

En efecto, mientras que la primera solicitud de tutela[57] buscaba el restablecimiento del derecho fundamental al debido proceso supuestamente vulnerado por la dilación injustificada en el trámite administrativo y la falta de inclusión del tiempo de servicio laborado en la empresa Cider Ltda, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación del demandante, la segunda[58], persigue el amparo de “la seguridad social, mínimo vital en conexidad con la vida, pago oportuno de pensión, dignidad humana de las personas de la tercera edad y derecho a la igualdad”[59], no sólo porque la entidad demandada dejó de reconocer el tiempo laborado en la citada empresa, sino también porque mediante Resolución N° 480 del 13 de marzo de 2003 “Por medio de la cual niega el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación”, decidió no computar los períodos certificados por Siemens S. A., Colmeq Ltda, Prohuila y Acerías Paz del Río “olvidando (...) que dichos tiempos al igual que el del servicio del congreso ya habían sido reconocidos en la primera resolución [N° 007 de 2001], y que también se encontraba en firme”[60], decisión última que fue confirmada en Resolución N° 1778 del 13 de noviembre de la misma anualidad “Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición”.

Ahora bien, la Sala no puede desconocer que en ambos casos la pretensión tutelar está encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y que ciertamente parte de la situación fáctica planteada coincide, aunque es claro el surgimiento de hechos sobrevinientes tales como la expedición de las Resoluciones N° 480 y 1778 de 2003, arriba mencionadas, y la supuesta merma en el estado de salud y la situación precaria anunciadas por el accionante, que se echan de menos en la primera solicitud tutelar, que lo habilitan para proponer de nuevo la discusión por esta vía constitucional. Sobre el particular, el peticionario indicó en la solicitud de tutela:

“En el año 2002, el aquí accionante presentó ACCIÓN DE TUTELA contra la entidad aquí accionada, por diferentes hechos en ese momento, acción de tutela que fue negada en esa oportunidad. Desde ya manifiesto que los hechos invocados son diferentes **en especial el hecho de la edad, la salud, y su situación precaria en que vive el accionante**, y se hace necesario interponer acción de tutela con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable” (subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Por las razones expuestas, considera este Tribunal que la actuación emprendida por el accionante se ciñe a los postulados de la buena fe, razón por la cual no debe ser considerada como temeraria. Enseguida la Sala pasará a realizar el estudio de procedencia de la acción de tutela.

5.2. La solicitud tutelar debe ser declarada improcedente por cuanto no se encuentran satisfechos los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

Un aspecto que no puede eludir la Sala antes de efectuar el estudio de fondo del asunto objeto de estudio, si a ello hubiere lugar, es el relacionado con el cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez que emergen del artículo 86 Superior, en tanto fue el argumento al que acudió el despacho judicial de segunda instancia para no acceder al amparo constitucional

solicitado.

En relación con el primer presupuesto y según lo tiene dicho el Ordenamiento Superior, la acción de tutela únicamente procede cuando el afectado por la violación a derechos fundamentales no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, es preciso recordar que la sola existencia de otra vía de defensa judicial no implica automáticamente la declaratoria de improcedencia de la protección constitucional, correspondiéndole al juez de tutela atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante apreciar la eficacia e idoneidad de dichos medios.

Sobre el particular, las pruebas que reposan en el expediente de tutela dan cuenta a la Sala de que el demandante no ha hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir los actos administrativos que dispusieron negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, vía procesal que resulta apta e idónea para controvertir la legalidad de la decisión adoptada por la entidad accionada, más aún, cuando la figura procesal de la caducidad para este tipo de actos administrativos no opera, según reciente interpretación efectuada por el Consejo de Estado, hermenéutica que esta Corporación no duda en acoger por armonizar con los mandatos constitucionales.

En efecto, un consenso que existía en el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo a partir de lo establecido en el numeral 2° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo[61], era que únicamente los actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas podían demandarse en cualquier tiempo por la administración o los interesados, excluyendo de plano aquellos que hacían referencia a la negación del reconocimiento de derechos pensionales o sustitución de los mismos.[62] Dicha orientación jurisprudencial, obedecía a la exégesis de la disposición en mención.

Por ello, estimó el Consejo de Estado necesario “examinar el alcance hermenéutico que facilite la aplicación del precepto procesal de modo que no estorbe sino que permita en condiciones de equidad la vigencia del derecho sustancial en discusión, que vale la pena reiterarlo, no es otro que el derecho a la seguridad social como garantía constitucional de los ciudadanos y con aplicación reforzada en personas de la tercera edad”, razón que lo llevó a interpretar desde la Constitución Política lo relativo al límite temporal impuesto por el legislador, pero esta vez para posibilitar la impugnación de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, lo cual generó sobre la materia un cambio jurisprudencial que plantea claramente una orientación garantista que es compatible con la fórmula del Estado Social de Derecho.

En ese contexto, concluyó que “la relectura y alcance que en esta oportunidad fija la Sala al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto dispone que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo, no apunta sólo a aquéllos que literalmente tienen ese carácter, **sino que igualmente comprende a los que las niegan**. Ello por cuanto de un lado, la norma no los excluye sino que el entendimiento en ese sentido ha sido el resultado de una interpretación restringida, y de otro, tratándose de actos que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, tales como pensiones o reliquidación de las mismas, para sus titulares que son personas de la tercera edad, ello se traduce en reclamaciones y controversias que envuelven derechos fundamentales. No puede perderse de vista que la Carta Política garantiza la primacía de los derechos inalienables y éstos prevalecen sobre aspectos procesales. El derecho a la pensión y su reliquidación es un bien imprescriptible e irrenunciable para sus titulares.”[63] (Subrayas y negrillas por fuera del texto original).

Así las cosas, ante la falta de justificación del accionante para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no puede convertirse la acción de tutela en un mecanismo alternativo o sustituto de los mecanismos judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico, ni tampoco puede excudarse el actor únicamente en la edad que prontamente lo ubicará dentro de la masa poblacional de la tercera edad[64], para hacer uso de la citada vía procesal constitucional, pues para ello debe demostrar la existencia de un perjuicio irremediable[65], siquiera de manera sumaria, que amerite la adopción de medidas transitorias por parte del juez constitucional o en un momento dado definitivas, lo cual se echa de menos en esta oportunidad, pues lo que se desprende del expediente es que su situación no es grave, impostergable e inminente que requiera con urgencia la intervención del juez de tutela.[66] No sobra recordar que la sola circunstancia de que una persona sea de la tercera edad y en consecuencia sujeto de especial protección constitucional, no hace procedente per se la acción de tutela.[67]

Tampoco puede concluir el juez constitucional que el solicitante está frente a un perjuicio irremediable cuando tan sólo se limitó a afirmar que sus ingresos son precarios para el sostenimiento personal y que por tal circunstancia “se encuentra en estado de **debilidad manifiesta**”[68], y que ha tenido que “recurrir a los auxilios que le da la nacionalidad española que tiene para pedir ayuda y asistencia en salud”[69], en tanto se trata de una situación que tampoco se encuentra demostrada y que no se infiere a partir de las circunstancias que envuelven el caso concreto.

Es más, otra alternativa con la que cuenta el peticionario es iniciar nuevamente la actuación administrativa ante la entidad demandada por tratarse de un derecho irrenunciable, correspondiéndole al citado organismo estudiar exhaustivamente la solicitud de reconocimiento del derecho-prestación, pudiendo en caso de que la respuesta sea negativa acudir nuevamente a este escenario constitucional, siempre y cuando surja un hecho sobreviviente, con el fin de buscar la protección de sus derechos fundamentales, posibilidad que tiene sentido especialmente por el requisito de procedencia establecido en la reciente modificación a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 1285 de 2009)[70], que fijó la conciliación como requisito obligatorio previo al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta Corte en sentencia T-390 de 2009, sobre el particular sostuvo:

“[E]s preciso señalar que la entrada en vigencia de la reforma a la ley estatutaria de la administración de justicia establece como requisito previo para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, haber intentado una conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, con lo cual, en la práctica, implica una mayor tardanza para la obtención de un fallo judicial. En otros términos, la eficacia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, procedente en casos de pensiones, debe ser reexaminada a la luz de los recientes cambios normativos.”

Ahora bien, atendiendo que el argumento central presentado por el apoderado del demandante en los escritos de selección de la acción de tutela fue el padecimiento de cáncer del demandante, que fue realmente la razón fundamental para la presentación de las solicitudes de insistencia, esta Sala teniendo en cuenta la falta de claridad en los documentos que obraban en el expediente, dispuso oficiar a la Sociedad Colombiana de Gastroenterología y la Universidad del Rosario para que indicaran si realmente el actor padecía la citada patología. En lo pertinente la primera institución indicó:

“(…) No es posible concluir de manera inequívoca que el señor Fabio Hernández Marín padece

de cáncer o de otra enfermedad que pueda ser considerada catastrófica, basados en los documentos disponibles; // Según consta en la historia clínica el problema de obstrucción del duodeno de posible origen inflamatorio, ha quedado resuelto con la intervención quirúrgica practicada, en razón de lo cual el paciente se recuperó satisfactoriamente en post operatorio, con aumento paulatino de peso. (...)”[71]

Por su parte, la facultad de medicina de la Universidad del Rosario sostuvo:

“De acuerdo a lo allegado puedo inferir que se trata de un paciente de 70 años de edad con antecedentes de hipertensión arterial, de una hernia discal cervical muy sintomática y de una colecistectomía 11 años antes, a quien por historia de dolor abdominal, vómitos de inicio aproximado en julio de 2006 y con pérdida de peso de inicio aproximado en enero de 2008, le realizaron múltiples estudios paraclínicos en diferentes épocas e instituciones encontrando únicamente una estenosis (estrechez) del duodeno, de probable etiología péptica (cicatriz de antigua úlcera) que posiblemente ocasionaba una pseudoobstrucción y ésta a su vez vómitos y dolor. **Ninguno de los estudios demostró cáncer.** Fue intervenido quirúrgicamente el 3 de junio de 2008 con el objeto de eliminar esta estrechez, la cual se demostró durante la cirugía y para la que se resecaron una parte del estómago distal y del duodeno, realizaron una reconstrucción estándar. Los resultados de patología fueron negativos para tumor, incluyendo unas biopsias de páncreas que en algún momento les pareció sospechoso. Aparentemente el pos operatorio fue inicialmente hacia la mejoría dada por recuperación paulatina de peso; sin embargo no hay referencias al período entre julio 2008 y marzo 31 de 2009 que es cuando el Dr. Gutiérrez anota en su historia que la evolución postquirúrgica ha sido lenta, hay poco apetito, desarrollo de una anemia que ha requerido aplicación de hierro parenteral (no por vía oral), y ha necesitado suplementos proteínicos, a pesar de lo cual presenta decaimiento y desmayos. // **En conclusión, de acuerdo a los documentos allegados no hay evidencia clara que permita concluir que el señor Fabio Hernández (sic) padezca de cáncer u otra enfermedad catastrófica. Aparentemente tiene un síndrome anémico que amerita nuevos estudios.**” (Subrayas y negrillas por fuera del texto).

Como puede verse, ninguna duda surge respecto de la inexistencia del cáncer anunciado por el doctor Andrés Olarte Carmona, apoderado del demandante, resultando temeraria la afirmación realizada en los escritos presentados ante esta Corporación[72], en tanto quiso inducir en error a la administración de justicia para obtener la protección solicitada[73], razón suficiente para disponer la remisión de copias del expediente de tutela al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con el fin de que inicie la correspondiente investigación y determine si el togado desconoció entre otros aspectos, los deberes profesionales establecidos en el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007).

Para terminar, no encuentra la Sala tampoco cumplido el requisito de inmediatez teniendo en cuenta que el actor no hizo uso de la acción de tutela dentro de un término razonable (4 años, 9 meses)[74], desde el momento en el que adquirió firmeza el acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, tardanza que no fue justificada por el actor y que no puede pasarse por alto por el juez de tutela, en tanto desnaturalizaría el mecanismo constitucional establecido en el artículo 86 del Ordenamiento Superior.

Las razones expuestas, son suficientes para concluir que el amparo solicitado debe ser declarado improcedente por no configurarse los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, razón por la cual la Sala confirmará la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

Sala Civil, el 26 de noviembre de 2008, que revocó la dictada por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, el 23 de octubre de la misma anualidad, dentro de la acción de tutela promovida por Fabio Fernández Marín, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de los términos procesales dispuesta mediante auto del 21 de mayo de 2009.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, el 26 de noviembre de 2008, que revocó la dictada por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, el 23 de octubre de la misma anualidad, dentro de la acción de tutela promovida por Fabio Fernández Marín, quien actúa por intermedio de apoderado judicial, contra el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

TERCERO.- Por la Secretaría General de esta Corporación REMÍTASE copia del expediente de tutela al Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con el fin de que inicie la correspondiente investigación y determine si el abogado Andrés Olarte Carmona desconoció entre otros aspectos, los deberes profesionales establecidos en el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007).

CUARTO.- Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Folio 45 del cuaderno principal.

[2] Folio 48 ibíd.

[3] Folio 46 ibíd.

[4] Ibíd.

[5] Folio 47 ibíd.

[6] Por medio de la cual niega el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación.

[7] Ibíd.

[8] Folio 48 ibíd.

[9] Ibídem.

[10] Folio 49 ibíd.

[11] Ibídem.

[12] Ibíd.

[13] Folio 55 ibíd.

[14] Ibíd.

[15] Folio 50 ibíd.

[16] Ibídem.

[17] Folio 78 ibíd.

[18] Ibídem.

[19] Ibíd.

[20] Folio 79 ibíd.

[21] Folio 93 ibíd.

[22] Folio 87 ibíd.

[23] Folio 94 ibíd.

[24] Folio 91 ibíd.

[25] Folio 86 ibíd.

[26] Folio 87 ibíd.

[27] Ibídem.

[28] Folio 103 ibíd.

[29] Ibídem.

[30] Folio 16 del cuaderno de segunda instancia.

[31] Folio 13 del cuaderno de revisión.

[32] Folio 21 ibíd.

[33] Folio 22 ibíd.

[34] Folio 60 ibíd.

[35] Folio 67 ibíd.

[36] Folios 70 ibíd.

[37] Folio 89 ibíd.

[38] Folio 96 ibíd.

[39] El accionante nació 6 de septiembre de 1938.

[40] Folio 20 del cuaderno principal.

[41] Folio 80 ibíd.

[42] Folio 93 ibíd.

[43] Folio 16 del cuaderno de segunda instancia.

[44] En sentencia T-323 de 1993, este Tribunal sostuvo que "[l]a temeridad se ha entendido como la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso. // Como es fácil deducirlo, la temeridad vulnera los principios de la buena fe, la economía y la eficacia procesales, porque desconoce los criterios de probidad que exige un debate honorable, dilata maliciosamente la actuación procesal e impide alcanzar los resultados que el Estado busca con la actuación procesal".

[45] T-1215 de 2003.

[46] En este ámbito, la Corte ha sostenido que se configura la temeridad dando lugar a la imposición de sanciones, inclusive las previstas en el Código de Procedimiento Civil (Arts. 72 a 74).

[47] T-184 de 2005. Si bien el juez constitucional declara la existencia de temeridad, por las particularidades del caso decide no imponer ningún tipo de sanción.

[48] T-433 de 2006.

[49] SU-037 de 2009.

[50] T-211 de 2009.

[51] Este Tribunal en sentencia T-593 de 2007, accedió al amparo deprecado a pesar de que el afectado instauró la acción tutelar 3 años después de ocurrida la situación generadora de la vulneración. Lo mismo puede corroborarse en la sentencia T-696 de 2007.

[52] T-541 de 2006.

[53] SU-961 de 1999.

[54] T-158 de 2006.

[55] Sobre el deber de indicar las razones por las cuales la persona no hizo uso de la acción de tutela oportunamente, pueden consultarse las sentencias T-575 de 2002 y T-013 de 2005.

[56] T-1229 de 2000.

[57] Interpuesta el 16 de octubre de 2002 y negada en ambas instancias. Una vez se remitió a esta Corporación para eventual revisión, fue radicada con número T-695.234 y excluida de revisión mediante auto del 12 de febrero de 2003. La insistencia presentada no fue aceptada mediante proveído del 26 de marzo del mismo año.

[58] Impetrada el 19 de agosto de 2008.

[59] Folio 45 del cuaderno principal.

[60] Folio 47 ibídem.

[61] La disposición en cita establece: "**Caducidad de las acciones.** (...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe."

[62] Cfr. Auto del 2 de agosto de 2007 (Expediente 4565-05), sentencia del 4 de septiembre de 2008 (Expediente 1502-06).

[63] Sentencia del Consejo de Estado del 8 de octubre de 2008, expediente 25000-23-25-000-2002-06050-01(0363-08). Esta orientación jurisprudencial fue reiterada el mismo día en el expediente 25000-23-25-000-2005-04715-01(2599-07).

[64] La jurisprudencia ha considerado que si bien no es un criterio objetivo, sino que debe ser valorado en cada caso concreto, la tercera edad en términos cuantitativos inicia a los 71 años de edad. Cfr. T-456 de 1994, T-571 de 2006, T-104 de 2006.

[65] En sentencia T-574 de 2008, la Corte no accedió al reconocimiento de la pensión de jubilación del demandante negada también por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, a pesar de que contaba con 66 años de edad, en tanto no demostró la existencia de un perjuicio irremediable.

[66] En el escrito de tutela el accionante se limitó a señalar: "A la fecha de presentación de esta acción el señor FERNANDEZ MARIN, tiene 70 años de edad (...) // A raíz de su avanzada edad, su estado de salud viene muy desmejorado ya que sus ingresos son precarios para el sostenimiento personal, y resultan más gravosos para costear los gastos médicos que conlleva soportar las enfermedades que lo aquejan, y que estoy demostrando con las historias clínicas que apporto y los recibos de pago que ha tenido que sufragar, ya que no tiene servicio médico. No tiene en este momento ingreso económico alguno para el sustento personal, vivienda y manutención, el señor FABIO FERNANDEZ MARIN, se encuentra en estado de **debilidad manifiesta**, en virtud al estado crítico de salud que padece, la precariedad económica en la que se encuentra al ser desempleado y por encontrarse en su mayoría de edad."

[67] Cfr. T-1316 de 2001 (los demandantes contaban con más de 70 años de edad), T-163 de

2001 (el demandante contaba con 72 años), T-081 de 2008 (la demandante contaba con 94 años de edad), T-472 de 2008 (el demandante contaba con 80 años de edad).

[68] Folio 49 del cuaderno principal.

[69] Folio 39 del cuaderno de revisión.

[70] El artículo 13 que incluyó el artículo 42A de la Ley 270 de 1996, reza: "**Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa**. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial."

[71] Folio 101 del cuaderno de revisión.

[72] Folios 5, 9, 53, 55 ibídem. El togado afirmó expresamente en los escritos presentados en sede de revisión el 12 de febrero de 2009, que "[e]l actor tiene 70 años de edad, y su situación física, principalmente de salud, es bastante difícil y complicada, **por cuanto padece de cáncer**" (Subrayas y negrillas por fuera del texto original). Posteriormente, en escrito del 29 de mayo de 2009 sobre el mismo particular indicó: "por medio del presente escrito adjunto constancia de la Historia Clínica del accionante (...) expedida el 31 de marzo de 2009 (...), la cual evidencia su precario estado de salud, específicamente demuestra que –adicional a la lesión tumoral quística que padece (**tumor canceroso**) (...) Debe concederse el amparo constitucional para EVITAR UN PERJUICIO GRAVE al actor, ya que es un sujeto que tiene 70 años y su situación física, principalmente de salud, es bastante difícil y complicada, **por cuanto padece cáncer**" (Subrayas y negrillas por fuera del texto original). Nótese como el 10 de julio de 2009, el discurso del apoderado es morigerado al indicar: "Adicionalmente, la situación de salud del actor, es bastante difícil y complicada, por cuanto en el 2008 fue intervenido quirúrgicamente a una laparotomía, en donde se realizó una gastrectomía (remoción del 70% del estómago con gastro-yeyunostomía, de la cual está recuperando en duras condiciones. En este momento alimenta poco; tiene dos tumores cerca al páncreas que le complican su normal desarrollo vital, como se desprende de la historia clínica que se aportó."

[73] Este Tribunal en sentencia C-1115 de 2003, sostuvo que los abogados "como profesionales del derecho detentan un conocimiento especializado, por virtud del cual, les es exigible un grado adicional de comportamiento moral. En este orden de ideas, el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía dentro del catálogo de deberes profesionales del abogado establece la obligación de velar realmente por la recta administración de justicia, o lo que es lo mismo, poner sus conocimientos al servicio de una justicia pronta, eficaz, eficiente y honesta." En la misma línea, la sentencia C-290 de 2008, señaló: [E]sta Corte ha sostenido que el ejercicio inadecuado o irresponsable de la profesión, pone en riesgo la efectividad de diversos derechos fundamentales, como la honra, la intimidad, el buen nombre, el derecho de petición, el derecho a la defensa y, especialmente, el acceso a la administración de justicia, así como la vigencia de principios constitucionales que deben guiar la función jurisdiccional, como son la eficacia, la celeridad y la buena fe."

[74] La Resolución N° 480 del 13 de marzo de 2003, dispuso negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. Agotada la vía gubernativa (recurso de reposición), la misma entidad mediante Resolución N° 1778 del 13 de noviembre de 2003, no repuso el citado acto administrativo. La acción de tutela fue impetrada el 19 de agosto de 2008.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

