

PERJUICIO IRREMEDIABLE – Características / INMINENCIA – Concepto / URGENCIA – Concepto / Gravedad – Concepto

En cuanto a las características del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha señalado que éste ha de ser inminente, urgente y grave. La inminencia se presenta cuando hay amenaza del perjuicio o está por suceder prontamente. La urgencia, por su parte, hace referencia a que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben ser perentorias. Finalmente, la característica de gravedad equivale a la intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere de una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos.

TUTELA – Improcedente para ordenar a las entidades competentes que procedan a reconocer y pagar una pensión de vejez que no ha sido solicitada / PENSION DE VEJEZ – Reconocimiento improcedente vía acción de tutela

Se evidencia que el perjuicio irremediable no se encuentra configurado, pues las entidades demandadas en ningún momento han negado la pensión de vejez, en razón de que no se encuentra probado que el actor haya hecho la solicitud formal para el reconocimiento de la aludida pensión. En esa medida, el perjuicio que el actor manifiesta que le causaron las demandadas no es producto de una actuación manifiestamente irregular o de acciones u omisiones ilegítimas y contrarias a derecho por parte de las accionadas, toda vez que el demandante no ha solicitado reconocimiento alguno de pensión, de cuya respuesta devenga el menoscabo de los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela. En efecto, la Sala considera, que no es de recibo instaurar acción de tutela para ordenar a las entidades demandadas que procedan a reconocer y pagar una pensión de vejez, máxime si no se ha solicitado reconocimiento alguno por parte del actor. En consecuencia, corresponde al demandante hacer la respectiva solicitud, anexando los documentos que para el efecto se requieren, con el fin de provocar la actuación de la administración para que se defina la pretensión y, en el supuesto de que la determinación sea desfavorable a sus intereses, pueda ser incoada la acción judicial pertinente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, nueve (9) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-15-000-2009-01110-01 (AC)

Actor: EFRAÍN MORALES CÁRDENAS

Demandado: INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, POLICÍA NACIONAL Y EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el actor contra la sentencia del 13 de agosto de 2009 proferida por la Sección Segunda - Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente al amparo de los derechos invocados.

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

El actor reclama la protección de los derechos de la seguridad social y mínimo vital, en conexidad con la vida digna e integridad personal, que considera vulnerados por los demandados.

Las pretensiones se formularon así:

El demandante pide: *“Solicito tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital en conexión con la vida digna e integridad personal, consagrados en los artículos 11, 12 y 48 de la constitución Política.*

- Como consecuencia de la protección de los derechos, se ordene a las accionadas que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo de tutela, disponga lo pertinente para el reconocimiento y pago de la pensión por vejez a que tengo derecho, dadas las circunstancias particulares de salud e imposibilidad económica en que me encuentro sumido”.

B. Hechos

De los hechos narrados se advierten como relevantes los siguientes:

- Al actor le diagnosticaron linfoma no hodgkin b difuso de célula grande estadio iib, ipi 2, cd20+, bcl2+, k167 10-30%, un cáncer del tejido linfoide que abarca los ganglios linfáticos, el bazo y otros órganos del sistema inmunitario.

- Informó que ha pedido asesoría al Instituto del Seguro Social para que le concedan la pensión por vejez, pero que allí le comunicaron que no tiene derecho a dicha pensión, pues las cotizaciones no fueron realizadas únicamente en el seguro social, sino también en la caja de retiro de la Policía Nacional.

- Adujo que estuvo vinculado laboralmente al Ministerio de Defensa, en calidad de soldado, desde el 13 de abril de 1965 hasta el 31 de marzo de 1967, a la Policía Nacional desde el 15 de febrero de 1971 al 1 de septiembre de 1989 y al I.S.S. desde el 1 de abril de 2003 hasta la fecha. Lo que significa que a abril de 2009 tiene un total de 300 semanas de cotización, con lo que supera los requisitos de la Ley 100 de 1993, para acceder a la misma.

- El demandante manifiesta que acude a la acción de tutela porque, pese a que cuenta con otro medio judicial ordinario, la Corte Constitucional ha establecido que es posible proteger el derecho a la seguridad social en conexión con la vida, siempre que esté probado el derecho pensional.

C. Intervención de los demandados

- **Ministerio de Defensa Nacional**

La Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional informó que para poder concurrir al pago de la pensión del señor Efraín Morales Cárdenas, por el periodo certificado mediante bono – 28349 del 13 de abril de 1965 al 31 de marzo de 1967, el I.S.S. debe elevar la consulta a la Caja de retiro de la Policía Nacional con los documentos requeridos para el efecto y a la fecha dicha solicitud no ha sido presentada.

- **Instituto del Seguro Social**

El Instituto del Seguro Social no se pronunció sobre los hechos que generaron la presente acción.

D. Fallo impugnado

La Sección Segunda - Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca amparó parcialmente los derechos fundamentales invocados ordenó al I.S.S. que, en un término no inferior a 48 horas a partir de la

notificación del fallo, inicie el estudio frente a la procedencia o no de la pensión de vejez a favor del demandante.

En la sentencia impugnada, en resumen, se dijo:

La pretensión principal del actor consiste en que se le reconozca vía acción de tutela la pensión de vejez, pretensión que resulta improcedente, pues el juez constitucional estaría extralimitando sus funciones e invadiría competencias de otras autoridades.

En el caso bajo análisis, el ISS no rindió los informes solicitados y, al tenor del artículo 20 del decreto 2591 de 1991, cuando las entidades demandadas tienen la obligación de rendir informes y no lo hacen, se tendrán por ciertos los hechos argumentados por la parte actora.

En ese entendido, se presumieron ciertos los hechos de la demanda y, debido a las circunstancias especiales del actor, se ordenó al ISS iniciar el estudio de la situación en particular, para que si fuere procedente, se conceda la pensión de vejez al accionante, de lo contrario se le oriente acerca de los derechos que en materia pensional le asisten.

E. Impugnación

El actor impugnó el fallo del 13 de agosto de 2009, dijo que pese a que no enunció textualmente que instaurara la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, los hechos probados en el expediente así lo demuestran.

Igualmente, afirma que por sus condiciones de salud y su avanzada edad no resiste más trámites para conseguir la pensión que ahora reclama, razón por la que acudió a la tutela.

II. CONSIDERACIONES

La Sala revocará el fallo impugnado por las razones que pasan a exponerse.

1. La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados por la ley. Procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado, pues de lo contrario, el juez constitucional deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado.

En cuanto a las características del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha señalado que éste ha de ser inminente, urgente y grave. La inminencia se presenta cuando hay amenaza del perjuicio o está por suceder prontamente. La urgencia, por su parte, hace referencia a que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben ser perentorias. Finalmente, la característica de gravedad equivale a la

intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona.

La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere de una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos.

2. En principio, en el *sub examine* la acción de tutela sería improcedente, pues el actor cuenta con otro medio de defensa judicial y éste no es el mecanismo para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez que reclama. Sin embargo, le asiste razón al impugnante cuando afirma que, pese a que en el escrito de tutela no manifestó textualmente que la acción fue presentada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Sala entiende que la demanda era contentiva de dicha característica, en vista de que el actor hace parte de los sujetos de especial protección constitucional, pues es una persona de la tercera edad, padece de una grave enfermedad llamada linfoma no hodgkin y considera que con la actitud de los demandados le han transgredido los derechos invocados en la demanda.

En ese entendido, se examinará si en el presente caso existe un perjuicio irremediable para que la acción de tutela pueda proceder.

En el caso concreto, se encuentra probado en el expediente que el demandante tiene 63 años de edad, que padece de linfoma no hodgkin, que cuenta con servicios de salud y que actualmente se encuentra cotizando al ISS.

En ese entendido, se evidencia que el perjuicio irremediable no se encuentra configurado, pues las entidades demandadas en ningún momento han negado la pensión de vejez, en razón de que no se encuentra probado que el actor haya hecho la solicitud formal para el reconocimiento de la aludida pensión.

En esa medida, el perjuicio que el actor manifiesta que le causaron las demandadas no es producto de una actuación manifiestamente irregular o de acciones u omisiones ilegítimas y contrarias a derecho por parte de las accionadas, toda vez que el demandante no ha solicitado reconocimiento alguno de pensión, de cuya respuesta devenga el menoscabo de los derechos fundamentales invocados en la demanda de tutela.

En efecto, la Sala considera, que no es de recibo instaurar acción de tutela para ordenar a las entidades demandadas que procedan a reconocer y pagar una pensión de vejez, máxime si no se ha solicitado reconocimiento alguno por parte del actor.

En consecuencia, corresponde al demandante hacer la respectiva solicitud, anexando los documentos que para el efecto se requieren, con el fin de provocar la actuación de la administración para que se defina la pretensión y, en el supuesto de que la determinación sea desfavorable a sus intereses, pueda ser incoada la acción judicial pertinente.

No obstante, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico concede especial protección a las personas de la tercera edad, e impone al Estado, a la sociedad y a la familia la protección y la asistencia de ellas, en el presente caso es necesario instar al ISS para que informe al demandante el trámite y

la documentación necesaria para que pueda acceder, si cumple con los requisitos exigidos, a la pensión de vejez.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

1.- Revócase la sentencia del 13 de agosto de 2009, proferida por la Sección Segunda Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, **deniégase** la tutela presentada por Efraín Morales Cárdenas contra el Instituto de Seguro Social, Policía Nacional y Ejército Nacional, por las razones expuestas.

2.- Instase al Instituto del Seguro Social para que informe al demandante cual es el trámite y la documentación necesaria para que pueda acceder, si cumple con los requisitos exigidos, a la pensión de vejez.

3.- Remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ