El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva Sala.

**Tema: PENSIÓN DE INVALIDEZ – CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA – REVOCA Y NIEGA – “**Ahora, no obstante que se supere el test de procedencia, es claro para la Sala que el amparo debe negarse por la evidente ausencia de vulneración o amenaza de los derechos; es cierto que el accionante fue beneficiario del subsidio de la cotización a pensión por parte del Consorcio Colombia Mayor (Decretos 3771 de 2007 y 1833 de 2016) (Folio 129, ib.), también que realizó los pagos que le correspondían con posterioridad al día 17-01-2013 (Fecha en que cumplió 65 años de edad) (Folio 31, ib.) y que ese reporte de semanas cotizadas figura en cero pesos (Folio 31, ib.), pero también lo es que el subsidio solo se efectuaría hasta que cumpliera 65 años de edad.

(…)

Así las cosas, la negativa de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión por invalidez, no fue arbitraria, se ajustó a los parámetros legales; es imposible que se le obligue a tener por cotizadas semanas subsidiadas con posterioridad a los 65 años de edad del beneficiario, pues la norma le ordena que devuelva los aportes al fondo de solidaridad (Artículo 29, Ley 100). Es inexistente también beneficio o lucro alguno que la accionada haya obtenido con ocasión de los aportes y en desmedro de los intereses del accionante, pues puede solicitar su reintegro.

Adicionalmente, es preciso reseñar que en este caso, aun cuando se aplicara la condición más beneficiosa, el actor no resultaría favorecido con el reconocimiento pensional; si bien reúne el requisito de la pérdida de capacidad laboral superior al 50% (Artículo 39, Ley 860), también lo es que en ninguno de los regímenes que cotizó cumplió con el mínimo de semanas (Decreto 3041 de 1966 y Ley 860).

En efecto, cotizó 140,29 semanas entre el 24-01-1979 y el 01-10-1981 (Folio 31, ib.), es decir, por debajo de las 150 exigidas en el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966. Tampoco cumple con las 50 semanas dentro de los tres últimos años, como los dispone el artículo 39 de la Ley 860.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante : José Fernando Echeverri Echeverri

 Presunto infractores : Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones y otra

 Vinculado : Consorcio Colombia Mayor 2013

 Radicación : 2017-00044-02

 Despacho de origen : Juzgado Segundo de Familia de Pereira

 Temas : Inexistencia de vulneración o amenaza

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 300 de 06-06-2017

Pereira, R., seis (6) de junio de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

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

1. LA SÍNTESIS DE LOS HECHOS RELEVANTES

Se informó que el accionante fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 50,27%, con fecha de estructuración al 09-12-2015; pidió el reconocimiento pensional, pero se negó porque solo acredita 8 semanas cotizadas; dijo haberlo hecho hasta el 30-01-2014 y que Colpensiones desconoció los pagos realizados desde el 01-02-2013, porque se hicieron con posterioridad a los 65 años de edad, situación que nunca se le comunicó. Agregó que carece de ingresos y que sobrevive de la caridad (Folios 2 a 12, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se invocan en el escrito petitorio los derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, a la seguridad social y a la dignidad humana (Folio 10, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que: (i) Se tutelen los derechos fundamentales; (ii) Se ordene a la accionada reconocer la pensión por invalidez (Folio 10, cuaderno No.1).

1. LA SÍNTESIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 31-01-2017 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folios 47 y 48, ibídem). El 13-02-2017 se profirió fallo (Folios 67 a 77, ibídem); posteriormente, con proveído del 21-02-2017 se concedió la impugnación formulada por la parte actora, ante este Tribunal (Folio 86, ib.).

Ya ante esta instancia con auto del 24-03-2017 se declaró la nulidad de lo actuado (Folios 15 y 16, cuaderno No.2); retornado el expediente el Despacho de origen con decisión del 29-03-2017 corrigió el yerro advertido (Folio 94, cuaderno No.1), el 31-03-2017 realizó una vinculación (Folio 135, ibídem); luego, el 07-04-2017 dictó sentencia (Folios 154 a 166, ib.), y, finalmente, el 25-04-2017 concedió la impugnación presentada por el accionante (Folio 179, ib.).

En la decisión de primera sede se declaró improcedente el amparo constitucional porque el accionante no ha arribado a la expectativa de vida certificada por el DANE y tampoco está estado de vulnerabilidad, indefensión, ni perjuicio irremediable. Agregó que las accionadas no han vulnerado los derechos invocados (Folios 154 166, ib.).

El opugnante manifestó que sí cumple con los requisitos de la subsidiariedad porque es un adulto mayor, es inválido y tiene una situación económica precaria; dijo además que de ser tenidas en cuenta las cotizaciones que realizó de buena fe, acreditaría el requisito legal para acceder a la pensión. Pidió revocar el fallo y conceder el amparo (Folios 176 y 177, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superiora jerárquica del despacho que tramitó la primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Pereira, según la impugnación de la parte actora?
2. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO
	1. La legitimación en la causa.

Se cumple por activa porque el señor José Fernando Echeverri Echeverri está afiliado a Colpensiones y solicitó el reconocimiento pensional. Y en el extremo pasivo, la Gerencia Nacional de Reconocimiento y la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones, porque fueron las dependencias que emitieron los actos administrativos.

El Consorcio Colombia Mayor porque es la entidad que subsidia los aportes a pensión del accionante (Decretos 3771 de 2007 y 1833 de 2016).

* 1. Los presupuestos generales de procedencia

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

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

En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplida, dado que la acción se interpone cinco (5) días después de notificada la resolución que negó el reconocimiento de la pensión reclamada. No sobra reseñar la doctrina constitucional que enseña: *“(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción”[[1]](#footnote-1).*

Ahora, respecto a la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general[[2]](#footnote-2): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[3]](#footnote-3) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[4]](#footnote-4), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[5]](#footnote-5).

En tratándose de una acción de tutela para el reconocimiento de pensión de invalidez la CC ha determinado jurisprudencialmente que el estudio de la procedibilidad del recurso de amparo debe ser más flexible[[6]](#footnote-6): *“(…) cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta (…) le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues en estos casos el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad (…)”.* (Sublínea de la Sala).

* 1. La afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable

La jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales.

En diferentes pronunciamientos, nuestro alto Tribunal Constitucional[[7]](#footnote-7) ha estudiado casos en los que los petentes han acudido a la acción de tutela en busca del reconocimiento de una pensión de invalidez, que les ha sido negado por la respectiva entidad; y ha concluido que acudir al agotamiento del proceso ordinario, implica un detrimento de los derechos fundamentales de los actores, por cuanto no cuentan con los elementos para cubrir sus necesidades en condiciones dignas.

Expresamente esa doctrina constitucional[[8]](#footnote-8), cita: *“(…) el proceso ordinario laboral, debido a su*

*duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario (…)”.*

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Partiendo de las premisas jurídicas anotadas, advierte esta Sala que debe revocarse la sentencia de primer grado, pese al evidente fracaso del amparo, pues deviene de la inexistencia de vulneración y amenaza de los derechos fundamentales invocados, y no de falta de subsidiariedad, requisito de procedibilidad que sí está cumplido como pasará a explicarse.

Conforme a la declaración rendida por el accionante, se tiene que se trata de una persona de escasos recursos económicos, sobrevive del trabajo y ayuda económica de uno de sus hijos, además, padece de otros quebrantos de salud (Tiroides y neuralgia) (Folios 9 y 10, cuaderno No.2) y tiene una pérdida de capacidad laboral del 50,27% (Folio 14, cuaderno No.1). Se infiere entonces que hay afectación de su mínimo vital en razón a la negativa en el reconocimiento pensional.

A lo anterior debe aunarse que las circunstancias que rodean las condiciones económicas del actor, no fueron rebatidas por la entidad accionada, en ninguna de las sedes constitucionales transitadas y que la acción se interpone (30-01-2017) una vez notificada la resolución que resuelve la apelación presentada (20-01-2017), dada la inminente necesidad de su reconocimiento, por las mismas circunstancias ya explicadas.

Además, se considera que la vía ordinaria para procurar el reconocimiento de la pensión, bastante congestionada en este distrito, probablemente se extienda a dos instancias bien por la apelación o consulta de la decisión, se torna inidónea para salvaguardar con eficacia sus derechos constitucionales.

Ahora, no obstante que se supere el test de procedencia, es claro para la Sala que el amparo debe negarse por la evidente ausencia de vulneración o amenaza de los derechos; es cierto que el accionante fue beneficiario del subsidio de la cotización a pensión por parte del Consorcio Colombia Mayor (Decretos 3771 de 2007 y 1833 de 2016) (Folio 129, ib.), también que realizó los pagos que le correspondían con posterioridad al día 17-01-2013 (Fecha en que cumplió 65 años de edad) (Folio 31, ib.) y que ese reporte de semanas cotizadas figura en cero pesos (Folio 31, ib.), pero también lo es que el subsidio solo se efectuaría hasta que cumpliera 65 años de edad.

Según el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, vigente para la época en que el actor fue beneficiario del subsidio: *“(…) El afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión en los siguientes eventos: a) (…); b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo*[*17*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0100_1993.htm#17)*de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo*[*29*](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0100_1993.htm#29)*de la Ley 100 de 1993; (…)”;* norma repetida en el artículo 2.2.14.1.24 del Decreto 1833 de 2016.

Por su parte el artículo 29 de la Ley 100, establece: *“(…) Cuando el afiliado que haya recibido subsidios del fondo de solidaridad pensional exceda de los sesenta y cinco (65) años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho fondo. (…)”.*

Respecto de aquellas disposiciones la CC[[9]](#footnote-9) expresamente ha señalado que:

… tiene como objetivo garantizar el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad en Pensiones…, pues contribuye a la racionalización y distribución de los recursos que el Fondo de Solidaridad Pensional posee.

 … es importante destacar que los recursos del fondo están destinados a solventar a todas aquellas personas que se encuentren en una situación que les impida realizar los aportes al subsistema de pensiones, por lo que, debido a la escasez de recursos con los que se cuenta para hacer éste, es necesario distribuir estos dineros de tal forma que puedan organizarse de la mejor manera posible con el objetivo de cobijar a la mayor cantidad de individuos y así lograr una cobertura universal.

Si se permitiera que este subsidio perdurara en el tiempo ocasionaría que una gran parte de ciudadanos no pudiera beneficiarse de éste y con ello verse imposibilitados acceder a su pensión de vejez por no cumplir las semanas mínimas de cotización las requeridas en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, la negativa de Colpensiones en el reconocimiento de la pensión por invalidez, no fue arbitraria, se ajustó a los parámetros legales; es imposible que se le obligue a tener por cotizadas semanas subsidiadas con posterioridad a los 65 años de edad del beneficiario, pues la norma le ordena que devuelva los aportes al fondo de solidaridad (Artículo 29, Ley 100). Es inexistente también beneficio o lucro alguno que la accionada haya obtenido con ocasión de los aportes y en desmedro de los intereses del accionante, pues puede solicitar su reintegro.

Adicionalmente, es preciso reseñar que en este caso, aun cuando se aplicara la condición más beneficiosa[[10]](#footnote-10), el actor no resultaría favorecido con el reconocimiento pensional; si bien reúne el requisito de la pérdida de capacidad laboral superior al 50% (Artículo 39, Ley 860), también lo es que en ninguno de los regímenes que cotizó cumplió con el mínimo de semanas (Decreto 3041 de 1966 y Ley 860).

En efecto, cotizó 140,29 semanas entre el 24-01-1979 y el 01-10-1981 (Folio 31, ib.), es decir, por debajo de las 150 exigidas en el artículo 5º del Decreto 3041 de 1966*.* Tampoco cumple con las 50 semanas dentro de los tres últimos años, como los dispone el artículo 39 de la Ley 860.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado, se revocará el fallo impugnado, y en su lugar, se negará la acción de tutela por inexistencia de vulneración o amenaza de los derechos invocados.

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

F A L L A,

1. REVOCAR la sentencia dictada el 07-04-2017 por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira.
2. NEGAR el amparo constitucional presentado por el señor José Fernando Echeverri Echeverri contra la Gerencia Nacional de Reconocimiento y la Vicepresidencia de Beneficios y Prestaciones de Colpensiones.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR este expediente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

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

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

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

1. CC. T-217 de 2013, reiterada en la T-021 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-600 de 2002, reiterada en la T-572 de 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-046 de 1995. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-225 de 1993: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. SU-442 de 2016, reiterada en las T-068 de 2017 y T-157 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-194 del 2016, T-721 del 2016 y T-068 de 2017, entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-376 de 2011, reiterada en las T-716 de 2015 y T-721 de 2016. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-757 de 2011, reiterada en la T-745 de 2014. En la T-043 de 2016 también se analizó la pérdida del subsidio, pero con base en el incumplimiento de un requisito diferente al de la edad (65 años). [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. SU-442 de 2016. [↑](#footnote-ref-10)