El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 14 de noviembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia

Radicación Nro. : 2017-00452-02

Accionante: HANS ALVIS BOTERO

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: RECONOCIMIENTO PENSIONAL / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** [C]onsidera la Sala que en este caso concreto no se satisface el requisito de procedibilidad para solicitar por intermedio de este amparo constitucional el reconocimiento pensional que pide el actor, toda vez que puede agotar el mecanismo ordinario legal ante la justicia laboral para ventilar este tipo de cuestionamientos. Si bien es cierto está probada la invalidez calificada que le impide laborar (Folios 19 a 23, ib.), que lo define como personal de especial protección constitucional y da mérito a un análisis flexible del presupuesto de subsidiariedad, también lo es que dicha circunstancia excepcional por sí sola es insuficiente para advertir cumplido ese presupuesto de procedibilidad, pues se requiere, además de la demostración de la afectación del mínimo vital, que este repercuta en un eventual perjuicio irremediable, aspectos que carecen de probanza alguna en el plenario. Analizada la declaración que rindió ante esta instancia (Folio 7, este cuaderno), se hace evidente que no se encuentra en una situación de indefensión tal que dé lugar a la intervención inminente y necesaria del juez constitucional.



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 (s) : Hans Alvis Botero

Accionado (s) : Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones

Vinculado (s) : Subdirección de Determinación de Derechos (IX) : de Colpensiones y otras

Radicación : 2017-00452-02

Temas : Procedibilidad – Subsidiaridad

Despacho de origen : Juzgado Segundo de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 594 de 14-11-2017

PEREIRA, R., CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se informó que el 01-05-2016 el accionante fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 66,66% con fecha de estructuración del 15-10-2015, solicitó el reconocimiento pensional ante las accionadas, pero fue negada porque incumple con la densidad de semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez; agregó que por cuenta del Consorcio Conlínea 2 actualmente se encuentra cotizando a seguridad social, pagos que las accionadas no tuvieron en cuenta al estudiar sus solicitudes pensionales (Folios 2 a 16, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se invocan los derechos a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital (Folio 2, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Que se tutelen los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, se ordene a la accionada reconocer y pagar la pensión de invalidez (Folio 2, cuaderno No.1).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 08-08-2017 se admitió y se ordenó notificar a las partes (Folios 29 y 30, ibídem). Se profirió sentencia el 22-08-2017 (Folios 35 a 43, ibídem); posteriormente, con proveído del 31-082017 se concedió la impugnación formulada por la parte actora (Folio 64, ibídem).

Ya ante este Tribunal, con decisión del 11-09-2017 se declaró la nulidad de lo actuado porque no se hizo la vinculación de todas las autoridades que integran la parte pasiva (Folios 4 y 5, cuaderno No.2); retornado el asunto, el *a quo* con auto del 18-09-2017 corrigió el yerro advertido (Folios 84 y 85, cuaderno No.1), el 29-09-2017 dictó sentencia (Folios 120 a 125, ibídem) y el 10-10-2017 concedió la impugnación presentada por el accionante (Folio 135, ib.).

Con el fallo se declaró improcedente el amparo constitucional por carecer de subsidiariedad, no hizo uso de los recursos de la vía gubernativa frente al acto administrativo que negó el reconocimiento pensional, tampoco probó la inminente ocurrencia de un perjuicio irremediable, además de que se encuentra laborando (Folios 120 a 125, ib.).

El accionante recurrió y expuso que su condición de sujeto de especial protección constitucional permite el estudio de fondo del amparo constitucional (Folio 133, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
   1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
   2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Segundo Familia de Pereira, según la impugnación de la parte actora?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque el señor Hans Alvis Botero presentó la solicitud de reconocimiento pensional. En el extremo pasivo la Subdirección de Determinación IX de Colpensiones porque fue la dependencia que profirió el acto administrativo denegatorio de la pensión solicitada (Folios 24 a 26, ib.).

No sucede lo mismo con las demás autoridades vinculadas, toda vez que carecen de competencia para resolver peticiones dirigidas al reconocimiento pensional.

* + 1. La inmediatez y la subsidiariedad

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 aproximadamente dos (2) meses después de notificado el acto administrativo (Folios 1 y 27, ib.). 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).

También ha explicado que cuando existen otros medios de defensa judicial, la procedencia del amparo se sujeta a las siguientes reglas[[6]](#footnote-6):

… i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; ii) procede la tutela como mecanismo definitivo: cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos…

Igualmente ha dicho que el análisis de este requisito[[7]](#footnote-7): “*(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos. De no serlo, el juez de tutela puede ordenar la protección de manera directa y definitiva o emitir ordenes transitorias para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable según sea el caso (…)”.*

* 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[[8]](#footnote-8)-[[9]](#footnote-9) 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[[10]](#footnote-10), 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 (…)”.* (Resaltado de la Sala).

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

De conformidad con las premisas jurisprudenciales referidas, considera la Sala que en este caso concreto no se satisface el requisito de procedibilidad para solicitar por intermedio de este amparo constitucional el reconocimiento pensional que pide el actor, toda vez que puede agotar el mecanismo ordinario legal ante la justicia laboral para ventilar este tipo de cuestionamientos.

Si bien es cierto está probada la invalidez calificada que le impide laborar (Folios 19 a 23, ib.), que lo define como personal de especial protección constitucional y da mérito a un análisis flexible del presupuesto de subsidiariedad, también lo es que dicha circunstancia excepcional por sí sola es insuficiente para advertir cumplido ese presupuesto de procedibilidad, pues se requiere, además de la demostración de la afectación del mínimo vital, que este repercuta en un eventual perjuicio irremediable, aspectos que carecen de probanza alguna en el plenario.

Analizada la declaración que rindió ante esta instancia (Folio 7, este cuaderno), se hace evidente que no se encuentra en una situación de indefensión tal que dé lugar a la intervención inminente y necesaria del juez constitucional.

Aun cuando carezca de rentas y bienes propios, es claro que sus familiares cercanos, hijos y compañera permanente, proveen lo necesario para el sostenimiento suyo y el de su familia; además, y pese a que tampoco tiene salario, el Consorcio Conlínea actualmente le paga las cotizaciones a salud y pensión, y primas semestrales; ni siquiera es de avanzada edad, pues tan solo tiene 54 años (Folio 7, ib.); e, inclusive, cuenta con asistencia de profesionales en el derecho con quienes tiene suscrito contrato de prestación de servicios.

Así las cosas son inexistentes circunstancias que le impida agotar y esperar la resolución de la vía ordinaria.

Claramente dejó de demostrar siquiera sumariamente que se encuentra expuesto a la materialización inminente de la vulneración de su derechos fundamentales, tampoco que exista un riesgo grave o de gran intensidad, e imposible de soportar que le impida agotar la vía ordinaria laboral, por lo tanto el amparo carece del mérito mínimo suficiente para considerar urgente e impostergable la intervención de esta Magistratura en sede constitucional con el fin de adoptar medidas inmediatas y necesarias para conjurar la amenaza[[11]](#footnote-11).

Vistas así las cosas, los argumentos esgrimidos por el opugnante son inadmisibles ya que el amparo solo es procedente ante la inminencia de la vulneración o ante la impostergabilidad en la adopción de medidas que la prevengan, y en ese orden de ideas, se torna insuperable el presupuesto de residualidad, por lo que se veda el examen de fondo del asunto.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado se confirmará la decisión venida en impugnación.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a:

1. CONFIRMAR la sentencia fechada el 29-09-2017, dictada por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR el expediente a la CC 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 DGH / odcd/ 2017*

1. CC. T-217 de 2013, reiterada en la sentencia 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. T-398 de 2015. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-070 de 2017, también puede consultarse la SU-442 de 2016. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-194 del 2016. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-721 del 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-376 de 2011, reiterada en las T-716 de 2015 y T-721 de 2016. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-014 de 2016, T-381 de 2017 y T-229 de 2017, entre otras. [↑](#footnote-ref-11)