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 – 18 de mayo de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma decisión del *a quo* que declaró improcedente el amparo

Radicación Nro. : 66001-31-10-003-2017-00127-01

Accionante: DOLLY LÓPEZ GÓMEZ

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / NO SE AGOTARON LOS RECURSOS / IMPROCEDENCIA.** [L]a carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales la incumplió la demandante en el entendido que se limitó a enunciar un listado de derechos presuntamente vulnerados por COLPENSIONES, pero, como quedó visto, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para el reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados. Aunado a lo anterior, la accionante no interpuso los recursos de ley contra la resolución que negó el reconocimiento deprecado, sin embargo, así hubiese procedido en tal forma, el solo cumplimiento de esa actuación no da vía para que se resuelvan sus pretensiones por el mecanismo expedito de la tutela, de modo que la accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que allí se desate la controversia. (…) Verificada la no ocurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela para reclamar prestaciones sociales económicas, esto es, que exista un perjuicio irremediable y que la accionante sea una persona de la tercera edad, no cabe a través de este medio examinar si en el asunto propuesto se cumplen o no los requisitos fijados para el reconocimiento de la pensión de vejez, cuestión que sin lugar a dudas debe ser planteada ante la jurisdicción ordinaria.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 259 de 18-05-2017

Referencia: 66001-31-10-003-**2017-00127**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora DOLLY LÓPEZ GÓMEZ, por intermedio de apoderado judicial, contra la sentencia proferida el día 21 de marzo de 2017, mediante la cual el Juzgado Tercero de Familia de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió la opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Nació el 17 de mayo de 1961 y se afilió como cotizante el 23 de octubre de 1978 al Seguro Social, ahora Colpensiones; al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 32 años 10 meses y 14 días de edad, y contaba con 802,57 semanas efectivamente cotizadas al sistema de seguridad social, lo cual la hace beneficiaria del régimen de transición, incluso para dicha fecha había cotizado más del 80% de lo que necesitaba para pensionarse.

2.2. El 2 de junio de 2016, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante Colpensiones, la cual fue negada el 8 de septiembre de 2016, argumentando que el régimen de transición solo iba a ser mantenido hasta el 2014, tal como lo estipula el acto legislativo 01 de 2005.

2.3. Fue empleada de VICAL SA, hasta que la empresa entró en crisis a finales del 2011 y cerró, desde esa fecha vive de la caridad de su familia, atraviesa una situación económica que cada día se le vuelve más insostenible, razón suficiente para que se le brinde el amparo constitucional.

2.4. Cuenta con más de 1750 semanas efectivamente cotizadas al sistema, lo cual indica claramente que ha laborado y aportado al sistema más de 35 años, casi de forma ininterrumpida, por lo que considera justo, se le otorgue la pensión de vejez, a la que tiene pleno derecho por pertenecer al régimen de transición, al cumplir los 55 años de edad.

3 Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 43 C. Ppal.). Fueron notificados el Gerente Nacional de Reconocimiento y la Gerente Nacional de Defensa Judicial de la entidad accionada, (fls. 44-45 Cd. Ppal.).

3.1. Se pronunció quien dijo ser la Gerente Nacional de Defensa Judicial de Colpensiones, quien indicó que la acción de tutela era improcedente por existir otros recursos o medios de defensa judicial respecto del trámite de la accionante, como es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral; además que, no debía reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, por su naturaleza excepcional y subsidiaria. Solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela contra COLPENSIONES.

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que declaró improcedente el amparo deprecado, por ausencia del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, con base en que “*no se agotó la vía gubernativa*” y además “*Pues si bien la accionante argumenta que tiene derecho a su pensión de invalidez porque cree que cumple o está incursa en los requisitos que exige la Ley 100 de 1993 en su art. 36. Es al momento de entrar en vigencia la precitada norma, abril 1 de 1993 tener cumplidos 35 años si es mujer o 40 años si es hombre, o, tener 750 semanas para esta fecha. El acto legislativo es claro al exigir otros requisitos que deben ser ventilados y estudiados no mediante esta acción constitucional, sino por medio de un proceso ordinario de jurisdicción laboral.*

*Observados los requisitos para la subsidiariedad y que este tema ha sido desarrollado y expresado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, la accionante no incurre en ninguna de las causales para invocar como medio transitorio la acción constitucional, pues la peticionaria cuenta con otros medios para reclamar sus derechos, además.*

*Pues las pruebas allegadas por la accionante se debe verificar el cumplimiento de los requisitos y ser acreditados para el reconocimiento de una prestación pensional, mediante, un proceso ordinario, es decir debe acudir a la vía judicial pertinente, en tratándose aún más de un derecho pensional.*” (fls. 50-54 Ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el apoderado judicial de la accionante, exponiendo que la decisión no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela, ni al goce del derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de la petición de su poderdante. Frente a que no se agotó la vía gubernativa, adujo no ser necesario siempre y cuando se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como en el presente caso, además porque hay una vulneración flagrante a los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana, y los medios ordinarios no son idóneos para los sujetos de la tercera edad, como lo es la accionante. La a quo se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, como lo establece la ley. (fls. 58-64 Ib.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por la accionante, al negar la pensión de vejez solicitada, por ausencia del cumplimiento de los requisitos para ello, al no ser beneficiaria del régimen de transición conforme al decreto 758 de 1990 y el acto legislativo 01 de 2005, siendo procedente el estudio de la prestación a la luz de la ley 100 de 1993, en la cual deberá esperar hasta cumplir 57 años de edad.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional 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.

4.1. En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone dentro de los seis (6) meses siguientes, después de notificada la resolución que negó la pensión reclamada, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional que nos 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*”.

4.2. Ahora, respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general : (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 o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, 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. En tal sentido, sobre 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.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta que “…*Es la ponderación de todos los factores relevantes presentes en el caso concreto –no la aplicación de una regla rígida que impediría responder a las especificidades de cada caso donde los derechos fundamentales estén siendo vulnerados o gravemente amenazados– la que hace procedente la acción de tutela. Tales factores en la ponderación son los siguientes, según la jurisprudencia de esta Corte: 1) edad para ser considerado sujeto de especial protección; 2) situación física, principalmente de salud; 3) grado de afectación de los derechos fundamentales, en especial el mínimo vital; 4) carga de la argumentación o de la prueba de dicha afectación; 5) actividad procesal mínima desplegada por el interesado…*”.[[1]](#footnote-1)

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora DOLLY LÓPEZ GÓMEZ interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital, al negarle mediante acto administrativo el reconocimiento de su pensión de vejez, bajo el argumento que no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y deberá esperar hasta cumplir 57 años de edad para acceder a dicha prestación. (fls. 20-42 Ib.).

2. La accionante afirmó cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de transición de conformidad con lo previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, sin embargo, mediante Resolución GNR 265750 del 9 de septiembre de 2016[[2]](#footnote-2), la Administradora Colombiana de Pensiones negó el reconocimiento de su derecho pensional, en la cual se le indica a la accionante que no es beneficiaria del régimen de transición conforme al decreto 758 de 1990 y acto legislativo 01 de 2005, pues al 31 de diciembre de 2014 no había cumplido los 55 años de edad, siendo procedente el estudio de la prestación a la luz de la ley 100 de 1993, en la cual deberá esperar hasta cumplir 57 años.

3. En su conocimiento, la Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de vejez, aun cuando ya ha sido negada por la misma entidad, por carecer del cumplimiento de los requisitos legales.

4. Al valorar las condiciones personales de la accionante para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión porque, primero, no se trata de una persona de la tercera edad, toda vez que tiene 56 años edad y conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia T-138 de 2010, “El criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia” añadiendo que conforme al documento de proyecciones de población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007 y que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer, “para el quinquenio 2015-2020, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 73.08 años y para mujeres es de 79.39 años”. Si bien la alta Corporación ha precisado que la tercera edad no es medible en años, si deben tenerse en cuenta características específicas de la población como la arriba manifestada.

En segundo lugar, en lo referente a la situación de salud de la accionante, la misma no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave que le impida desarrollar una actividad económica para obtener ingresos para su sostenimiento.

En cuanto a la afectación del mínimo vital, esa situación tampoco fue demostrada, porque no ahondó en material probatorio para establecer que la accionante carezca de recursos que le permitan subvenir sus necesidades mientras se adelanta el trámite ante la justicia ordinaria para hacer efectiva la reclamada pensión de vejez; tampoco se acreditó que tuviera personas a cargo, especialmente hijos menores de edad o en condición de discapacidad.

Ahora, la carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales la incumplió la demandante en el entendido que se limitó a enunciar un listado de derechos presuntamente vulnerados por COLPENSIONES, pero, como quedó visto, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para el reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados.

Aunado a lo anterior, la accionante no interpuso los recursos de ley contra la resolución que negó el reconocimiento deprecado, sin embargo, así hubiese procedido en tal forma, el solo cumplimiento de esa actuación no da vía para que se resuelvan sus pretensiones por el mecanismo expedito de la tutela, de modo que la accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que allí se desate la controversia.

5. Encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente quien alega que sí demostró el perjuicio irremediable, bajo el argumento de haber acreditado su edad, su condición de desempleada, su precaria situación económica y la falta de idoneidad del medio judicial ordinario para atender prontamente su caso, pues razones como esas son insuficientes para establecer la posible configuración de un perjuicio irremediable que hiciera excepcionalmente procedente el amparo de los derechos invocados.

6. Verificada la no ocurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela para reclamar prestaciones sociales económicas, esto es, que exista un perjuicio irremediable y que la accionante sea una persona de la tercera edad, no cabe a través de este medio examinar si en el asunto propuesto se cumplen o no los requisitos fijados para el reconocimiento de la pensión de vejez, cuestión que sin lugar a dudas debe ser planteada ante la jurisdicción ordinaria.

7. En consecuencia, ha de confirmarse la decisión de primera instancia, por las razones expuestas en precedencia.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de marzo de 2017, por el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Corte Constitucional, Sentencia SU-975 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada en fallo T-774 de 2015, M.P. Luis Fernando Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 7-9 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-2)