El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-003-2017-00397-01

**Referencia:** Acción de Tutela

**Accionante:** Byron Fredy Restrepo Vasquez

**Accionado:** Administración Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Providencia**: Sentencia de segunda instancia

**TEMA A TRATAR: SEGURIDAD SOCIAL – RECONOCIMIENTO Y PAGO RETROACTIVO PENSIÓN DE INVALIDEZ - INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD -** En primer lugar, debe advertirse tal como lo pregonó el Juzgado de primera instancia, que este requisito se encuentra insatisfecho por cuanto la fecha del acto administrativo que no reconoció el retroactivo de la pensión de vejez al actor es del 17-02-2014 (fls.16 a 21), el que quedó en firme el 20-04-2015 (fls.27 a 31), transcurriendo desde esta última fecha, hasta la presentación de la acción de amparo (31-08-2017), dos (2) años y cuatro (4) meses que se consideran no razonables para incoar dicha acción.

Asimismo el señor BFRV no se encuentra en estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad o incapacidad física, pues a pesar de que padece de mieloma múltiple, dicha enfermedad le fue diagnosticada, un año y cuatro meses después de la Resolución GNR 41679 de 17-02-2014, por lo tanto, le hubiere permitido la presentación de la tutela en un término menor; (ii) la vulneración no fue permanente en la medida en que le fueron resueltos todos los recursos presentados; (iii) la presunta vulneración no guarda relación con el paso del tiempo para la presentación de la tutela; (iv) la acción de tutela no se dirige contra una providencia judicial que conlleve a ser más estricto este requisito; (iv) y no hay ningún motivo que justifique la demora en la interposición de la tutela pues entre la fecha de la Resolución GNR 41679 de 17-02-2014 y el diagnóstico de su enfermedad hay un tiempo considerable.

(…)

De acuerdo con lo planteado por la Corte, se permite verificar si el accionante cumple con los requisitos necesarios para el reconocimientos y pago del retroactivo de la pensión de vejez vía tutela, así se tiene que (i) por medio de la Resolución GNR 41679 de 17-02-2014 el actor adquirió la pensión de vejez que oscila en $1.559.276; (ii) por lo tanto, su mínimo vital no está afectado, ya que cuenta con una pensión superior a un mínimo mensual legal vigente que está recibiendo desde el momento de su reconocimiento (hecho que lo diferencia de la tutela citada); (iii) razón por la cual no se le ha privado de los recursos necesarios para su subsistencia, teniendo que dicha pensión cubriría sus condiciones básicas.

Por otra parte, se advierte que la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que posee el accionante para la protección de su derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que para el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez que reclama se encuentra el proceso ordinario laboral, al que ya acudió, el que se está tramitando en el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas Laborales de la ciudad de Medellín, demanda que se presentó el 26-07-2017, y admitió el 27 de julio del presente año, donde se fijó fecha para audiencia el 15-05-2019 (fl.8 c.2), siendo esta la vía para salvaguardar el derecho que considera conculcado, a pesar del plazo que pende para la realización de la audiencia, sin que el hecho de no haber acudido a tiempo a la jurisdicción laboral se pueda remediar por la vía constitucional, ya que el derecho a la seguridad social, a pesar de ser fundamental, en este asunto, el retroactivo, es incierto y discutible, dado que puede ser objeto de prescripción, por tal razón, es en el escenario de la jurisdicción ordinaria donde se debe ventilar este asunto, donde se surta el derecho de contradicción que tiene la accionada.

Por último, respecto del perjuicio irremediable, se advierte que debe estar acreditado, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que al Juez de tutela le está vedado, en términos de la Corte Constitucional , estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto en el que ha ocurrido el presunto perjuicio.

Así mismo dicho perjuicio en los términos de la Corte Constitucional debe ser (i) inminente, esto es que amenaza o está por suceder; (ii) urgente, que es necesario realizar o ejecutar para dar respuesta con prontitud; (iii) grave, que equivale a la intensidad del daño en la persona y (iv) que sea la acción de tutela impostergable en virtud de la urgencia y gravedad.

En aplicación a lo previamente esbozado, se evidencia su inexistencia, en la medida en que la simple exteriorización de la situación económica del accionante, no basta, para que se configure dicho perjuicio, pues a pesar de la informalidad del amparo constitucional, el actor no sustenta y prueba los factores a partir de los cuales pretender derivar el perjuicio irremediable, situación que es ausente en el presente amparo y que se desconoce por cuanto nada se sabe de sus circunstancias personales y familiares que en últimas permita entrever que su mínimo vital se ha visto efectivamente afectado, máxime cuando devenga una pensión superior al salario mínimo legal mensual vigente.

Pereira, Risaralda, veinticuatro (24) de Octubre de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 24-10-2017

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Byron Fredy Restrepo Vasquez identificado con cédula de ciudadanía No.10.076.296, quien actúa a través de apoderada judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección del derecho a la seguridad social, para lo cual solicita se ordene a Colpensiones reconozca y pague el retroactivo de pensión de invalidez (sic).

Narra su apoderada que (i) mediante Resolución GNR 41679 del 17-02-2014 le fue concedida por Colpensiones la pensión de vejez; (ii) el valor del retroactivo causado entre los periodos del 01-08-2013 al 28-08-2014, asciende a la suma de $10.914.932; (iii) el 12-03-2014 presentó recurso de reposición solicitando el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez ante Colpensiones, la decisión confirmó la Resolución GNR41679 antes reseñada; (iv) el accionante padece de un mieloma múltiple y fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el día 24-10-2016, donde se le dictaminó el 60.74% de perdida de la capacidad laboral; (v) presentó demanda ordinaria laboral contra Colpensiones en la que se pretende el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez, que cursa en el Juzgado Segundo Laboral de Pequeñas Causas Laborales en la ciudad de Medellín con radicado 2017-1194-00, sin admitir; (vi) agrega que el actor por la enfermedad que padece, no da espera a la respuesta de dicho proceso, ya que es largo y dispendioso en su trámite; (vii) asimismo que se encuentra pasando una difícil situación económica y su mesada pensional no le alcanza para cubrir los gastos necesarios que su enfermedad le genera; (viii) y que con el reconocimiento y el pago del retroactivo adeudado, se busca que le sea más favorable la calidad de vida y poder realizar los tratamientos alternativos, que no son suministrados por la EPS.

**2. Pronunciamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**

Alegó que la acción de tutela es improcedente por cuanto las diferentes solicitudes del retroactivo de pensión de vejez que presentó el actor fueron respondidas mediante las Resoluciones GNR 41679 del 17-02-2017, GNR 313319 del 08-09-2014, y VPB 3488 del 20-04-2015, donde se fundamentó las razones del reconocimiento de la pensión de vejez, de tal manera que si el accionante presenta inconformidad, debe de agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para ello y no reclamar su prestación por la vía de la acción de tutela, ya que solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Por lo anterior, no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis frente al reconocimiento de retroactivo por pensión de vejez que solicita el accionante, por cuanto pretende desnaturalizar la acción de tutela, caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, por uno que debe ser objeto de conocimiento de un Juez ordinario.

**3. Sentencia impugnada**

La Jueza de instancia decide negar por improcedente la acción de tutela; como fundamento, manifestó que no se está frente a una controversia constitucional que exija protección inmediata, al no evidenciarse un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que se tiene certeza de que el accionante ha venido percibiendo las mesadas pensionales, sin ninguna restricción desde el mes de marzo del año 2014, además ya se encuentra en un trámite de vía judicial, según la demanda presentada en Medellín este mismo año; por ultimo no se da la condición de la inmediatez en la acción ejercida para erradicar el perjuicio o violación del derecho, porque no es innegable que entre la acción dañina – omisión en el pago del retroactivo y la petición de protección ha existido un tiempo prolongado, donde se encuentra respaldado en el silencio asumido entre el momento que se resuelve el recurso 17-02-2014 y la presentación de esta acción el 31-08-2017.

**4. Impugnación**

El accionante impugna el fallo al considerar que a pesar que se instauró la demanda ordinaria laboral, la audiencia quedó programada para el día 15-05-2019, por lo que las condiciones de salud en las que se encuentra el accionante, no habría certeza si se encontraría con vida para aquel futuro tan lejano.

En relación con la inmediatez señaló que las condiciones de salud cambiaron radicalmente a comparación del año 2014.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿Se satisfacen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad?

(ii) De ser positiva la respuesta anterior ¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez que solicita el accionante?

(ii) ¿Se vulneró el derecho a la seguridad social del accionante con la expedición de la resolución GNR 41679 de 17-02-2014 por el no reconocimiento y el pago del retroactivo de la pensión de vejez?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa el señor Byron Fredy Restrepo Vasquez, a través de apoderada debidamente constituida, al ser el titular de su derecho a la seguridad social y quien solicitó el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez ante Colpensiones.

Así mismo, lo está por pasiva la Administradora de Pensiones Colpensiones, pues a ella se le endilga la presunta conducta violatoria del derecho a la seguridad social, cuya protección se reclama, por ser quien profirió la Resolución GNR 41679 de 17-02-2014, de la que se duele el accionante.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la seguridad social.

**3.3. Inmediatez**

Se tiene que el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse *“en todo momento y lugar”*, por ello la Corte Constitucional como máximo Órgano de cierre en materia constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad de la acción de tutela, pues ello sería contrario al artículo citado.

Pero también ha dicho que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello sería contrario a la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida como un mecanismo expedito que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados.

Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la prohibición de caducidad y la naturaleza de la acción, en los términos del máximo Tribunal Constitucional[[2]](#footnote-2), la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente, por lo que es al Juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable y para ello la Corte Constitucional[[3]](#footnote-3) ha identificado los siguientes criterios:

*“(i) La situación personal del peticionario: debe analizarse la situación personal del peticionario, pues en determinados casos esta hace desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve. A modo enunciativo, la jurisprudencia ha señalado que tal exigencia podría ser desproporcionada cuando el peticionario se encuentre en “estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad [o] incapacidad física”.*

*(ii) El momento en el que se produce la vulneración: pueden existir casos de vulneraciones permanentes a los derechos fundamentales. En estos casos, para analizar la inmediatez el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó.*

*(iii) La naturaleza de la vulneración: existen casos donde se presenta un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción de tutela y la vulneración de los derechos de los interesados. De acuerdo con este criterio, el juez debe analizar si la demora en la presentación de la tutela guarda relación con la situación de vulneración de derechos fundamentales que alega el peticionario.*

*(iv) La actuación contra la que se dirige la tutela: la jurisprudencia constitucional ha señalado que el análisis de la inmediatez puede variar dependiendo de la actuación que se identifica como vulneratoria de los derechos invocados en la tutela. Específicamente, ha señalado que este análisis debe ser más estricto tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales. Al respecto, ha sostenido que “el requisito de inmediatez tiene una relevancia particular en los casos de tutela contra providencias judiciales, de manera que la verificación de su cumplimiento debe ser aún más estricta que en otros casos, por cuanto la firmeza de las decisiones judiciales no puede mantenerse en la incertidumbre indefinidamente”.*

*(v) Los efectos de la tutela: la Corte ha considerado que, aún si se encuentra un motivo que justifique la demora en la interposición de la tutela, el juez debe tener en cuenta los efectos que esta tendría en los derechos de terceros si se declarara procedente, pues tales terceros tienen una expectativa legítima a que se proteja su seguridad jurídica”.* (Subrayas dentro del texto original).

En primer lugar, debe advertirse tal como lo pregonó el Juzgado de primera instancia, que este requisito se encuentra insatisfecho por cuanto la fecha del acto administrativo que no reconoció el retroactivo de la pensión de vejez al actor es del 17-02-2014 (fls.16 a 21), el que quedó en firme el 20-04-2015 (fls.27 a 31), transcurriendo desde esta última fecha, hasta la presentación de la acción de amparo (31-08-2017), dos (2) años y cuatro (4) meses que se consideran no razonables para incoar dicha acción.

Asimismo el señor Restrepo Vásquez no se encuentra en estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad o incapacidad física, pues a pesar de que padece de mieloma múltiple, dicha enfermedad le fue diagnosticada, un año y cuatro meses después de la Resolución GNR 41679 de 17-02-2014, por lo tanto, le hubiere permitido la presentación de la tutela en un término menor; (ii) la vulneración no fue permanente en la medida en que le fueron resueltos todos los recursos presentados; (iii) la presunta vulneración no guarda relación con el paso del tiempo para la presentación de la tutela; (iv) la acción de tutela no se dirige contra una providencia judicial que conlleve a ser más estricto este requisito; (iv) y no hay ningún motivo que justifique la demora en la interposición de la tutela pues entre la fecha de la Resolución GNR 41679 de 17-02-2014 y el diagnóstico de su enfermedad hay un tiempo considerable.

**3.4 Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Órgano de cierre en materia constitucional[[4]](#footnote-4) ha determinado que la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago del retroactivo de una pensión de vejez, procede, si además de cumplir con los requisitos generales de procedibilidad, acredita los siguientes: (i) la configuración del derecho pensional; (ii) la afectación al mínimo vital, debido a que la pensión es la única forma de garantizar la subsistencia del accionante y (iii) que por la omisión de la entidad accionada se ha privado al actor de los recursos necesarios para su subsistencia en condiciones dignas desde el momento en el que se causó el derecho pensional.

De acuerdo con lo planteado por la Corte, se permite verificar si el accionante cumple con los requisitos necesarios para el reconocimientos y pago del retroactivo de la pensión de vejez vía tutela, así se tiene que (i) por medio de la Resolución GNR 41679 de 17-02-2014 el actor adquirió la pensión de vejez que oscila en $1.559.276; (ii) por lo tanto, su mínimo vital no está afectado, ya que cuenta con una pensión superior a un mínimo mensual legal vigente que está recibiendo desde el momento de su reconocimiento (hecho que lo diferencia de la tutela citada); (iii) razón por la cual no se le ha privado de los recursos necesarios para su subsistencia, teniendo que dicha pensión cubriría sus condiciones básicas.

Por otra parte, se advierte que la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que posee el accionante para la protección de su derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que para el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez que reclama se encuentra el proceso ordinario laboral, al que ya acudió, el que se está tramitando en el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas Laborales de la ciudad de Medellín, demanda que se presentó el 26-07-2017, y admitió el 27 de julio del presente año, donde se fijó fecha para audiencia el 15-05-2019 (fl.8 c.2), siendo esta la vía para salvaguardar el derecho que considera conculcado, a pesar del plazo que pende para la realización de la audiencia, sin que el hecho de no haber acudido a tiempo a la jurisdicción laboral se pueda remediar por la vía constitucional, ya que el derecho a la seguridad social, a pesar de ser fundamental, en este asunto, el retroactivo, es incierto y discutible, dado que puede ser objeto de prescripción, por tal razón, es en el escenario de la jurisdicción ordinaria donde se debe ventilar este asunto, donde se surta el derecho de contradicción que tiene la accionada.

Por último, respecto del perjuicio irremediable, se advierte que debe estar acreditado, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que al Juez de tutela le está vedado, en términos de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5), estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto en el que ha ocurrido el presunto perjuicio.

Así mismo dicho perjuicio en los términos de la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6) debe ser (i) inminente, esto es que amenaza o está por suceder; (ii) urgente, que es necesario realizar o ejecutar para dar respuesta con prontitud; (iii) grave, que equivale a la intensidad del daño en la persona y (iv) que sea la acción de tutela impostergable en virtud de la urgencia y gravedad.

En aplicación a lo previamente esbozado, se evidencia su inexistencia, en la medida en que la simple exteriorización de la situación económica del accionante, no basta, para que se configure dicho perjuicio, pues a pesar de la informalidad del amparo constitucional, el actor no sustenta y prueba los factores a partir de los cuales pretender derivar el perjuicio irremediable, situación que es ausente en el presente amparo y que se desconoce por cuanto nada se sabe de sus circunstancias personales y familiares que en últimas permita entrever que su mínimo vital se ha visto efectivamente afectado, máxime cuando devenga una pensión superior al salario mínimo legal mensual vigente.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, al no satisfacerse los requisitos de inmediatez y subsidiariedad hay lugar a declarar improcedente la presente acción de tutela, en consecuencia se confirmará la decisión del 11-09-2017.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 11-09-2017 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la tutela presentada por el señor Byron Fredy Restrepo Vasquez identificado con cédula de ciudadanía No.10.076.296, quien actúa a través de apoderada judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 391 de 27-07-2016. M.P Alejandro Lineros Cantillo. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-037 de 30-012-2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-6)