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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN ANTICIPADA DE VEJEZ / POR HIJO DISCAPACITADO / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENCIA PARA DIRIMIR ASUNTOS DE ÍNDOLE ECONÓMICA.**

… sea lo primero recordar que, en efecto, aunque la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho…

El artículo 86 Superior, en consonancia con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela sólo 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”.

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión los conflictos…

Aunado a lo anterior, la acción de tutela no es el mecanismo legalmente diseñado para dirimir asuntos de índole económica, ni mucho menos para efectuar reconocimientos pensionales, en otras palabras, es evidente que para este preciso caso se incumple con el de requisito de subsidiariedad expuesto en precedencia, al existir otro mecanismo en la jurisdicción ordinaria laboral, cual es la llamada a resolver las controversias de esta naturaleza…

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Hora: 3:00 p.m.

Aprobado por Acta No. 636

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 660013104005-2021-00046-01 |
| **Accionante:** | Luz Elba Ortiz Uribe |
| **Apoderado:** | Dra. Ana María Villa Castaño |
| **Accionado:** | Colpensiones |
| **Procedencia:** | Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira |
| **Decisión:** | Confirma |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por… la señora **LUZ ELBA ORTIZ URIBE**, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira el 22 de junio de 2021, mediante el cual resolvió declarar improcedente la solicitud de amparo Constitucional reclamada por la señora Ortiz Uribe, a través de su abogada, en contra de **COLPENSIONES.**

**ANTECEDENTES FÁCTICOS:**

Así los sintetizó el Despacho de primer nivel:

*La apoderada judicial de la señora LUZ ELBA ORTIZ URIBE invocó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, los que, a su juicio, están siendo vulnerados por parte de COLPENSIONES, debido a que el día 2 de marzo de 2021 la entidad profirió Resolución Nº SUB55331 mediante la cual negó pensión anticipada a la señora ORTIZ URIBE, quien debe estar al cuidado de su hijo mayor Juan Pablo Vásquez Uribe, quien tiene dictamen del 98.25% de pérdida de capacidad laboral; notificada la decisión, interpuso recurso de reposición y apelación, pero la decisión fue confirmada el día 15 de abril de 2021 con Resolución SUB 91077 en la cual se manifestó que la solicitante no era madre cabeza de familia y que existe otra persona dentro del núcleo familiar que puede velar por el cuidado del hijo discapacitado. Sin embargo, dicho núcleo familiar sólo está constituido por dos personas, el hijo con discapacidad y su madre.*

*Solicitó tutelar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital mediante orden a COLPENSIONES para que reconozca y pague la pensión de vejez anticipada por hijo discapacitado.*

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

**1. Admisión**

El Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira admitió la acción mediante auto del 4 de junio de 2021, en el que ordenó correr traslado del escrito de tutela y sus anexos a Colpensiones para que ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

**2. Intervención de la accionada:**

Dentro del término de traslado, la Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones presentó escrito en el que argumentó que la accionante pretendía desnaturalizar el carácter subsidiario de la acción de tutela.

Explicó que esa entidad negó una pensión de vejez anticipada por hijo invalido a la señora Luz Elba Ortiz Uribe, toda vez que no demostró su calidad de madre cabeza de familia, esto es, la dependencia económica del hijo, lo que constituye un requisito indispensable para poder acceder a una pretensión como esa, e indicó que la decisión fue confirmada en todas las instancias disponibles en la vía administrativa.

**3. Sentencia:**

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, el A Quo resolvió mediante sentencia del 22 de junio de 2021, declarar improcedente el amparo de los derechos reclamados, para lo cual partió de las siguientes consideraciones:

1. Pese a que en este asunto se cumplen los requisitos de inmediatez y legitimación para la procedibilidad de la tutela, no ocurre lo mismo con el factor de la subsidiariedad, pues la decisión de Colpensiones tiene control por la vía judicial.

2. El acto administrativo que decidió la petición de la accionante tiene una fundamentación jurídica en derecho, y al haberse agotado la vía administrativa procede acción judicial efectiva para su control ante la jurisdicción ordinaria, tal como lo consagra el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo.

3. No se acreditó con la demanda la existencia de algún perjuicio irremediable que haga necesaria la protección en sede de tutela, y si bien la accionante hizo alusión a la calidad de madre de cabeza de familia de la actora, no se presentaron medios probatorios que indiquen circunstancias apremiantes que deban ser analizadas por esta vía.

4. La decisión adoptada por Colpensiones obedece a disposiciones de carácter general, y por ende no podría predicarse que se esté ante una decisión discriminatoria que afecte a la accionante.

5. El término con el que cuentan los jueces para decidir una acción de tutela no permite realizar estudios como el que pretende la accionante.

6. La accionante debe acudir a las vías judiciales disponibles, o volver a acudir a la vía administrativa y probar allí en debida forma su calidad de madre cabeza de familia.

**IMPUGNACIÓN:**

La anterior decisión fue objeto de impugnación por parte de la apoderada de la señora Luz Elba Uribe Ortiz, quien sustentó su discrepancia en los siguientes términos:

1. La señora Luz Elba Uribe Ortiz reúne 1300 semanas de cotización y tiene un hijo con una discapacidad del 98%, presupuestos necesarios para obtener la pensión que se solicita.

2. La señora Luz Elba requiere disponer de su tiempo para cuidar de lleno a su hijo discapacitado y, evitar que, por cuestiones laborales, tenga que dejarlo solo en su casa o bajo el cuidado de un tercero, ya sea un amigo, vecino o un familiar, exponiéndolo a posibles afectaciones a su integridad física y personal.

3. La señora Luz Elba no cuenta con recurso necesario para pagar por el cuidado total de su hijo mientras esta se dedica a sus actividades laborales

4. La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos ha indicado que la acción de tutela es procedente cuando los afiliados al sistema General de Pensiones que reúnan los requisitos exigidos por el legislador y las administradoras de fondos de pensiones niegan el reconocimiento de las prestaciones, vulneran los derechos fundamentales de los afiliados y por ende es procedente que el juez de tutela proteja dicha vulneración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

**1. Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema jurídico:**

En el presente asunto le corresponde a la Sala determinar si la sentencia revisada resulta o no acertada al invocar la teoría de la improcedencia de la acción Constitucional por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

**3. Solución:**

El asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se concentra en el cuestionamiento que se le hace al fallo de primer nivel que negó el amparo a los derechos invocados, al precisar básicamente que en el caso de la accionante se incumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, por existir en la jurisdicción ordinaria otro medio de defensa judicial que le permite buscar una solución a la controversia planteada.

De conformidad con lo anterior, sea lo primero recordar que, en efecto, aunque la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho. En consecuencia, siempre es necesario que antes de entrar abordar los argumentos propuestos por quien promueve la solicitud de amparo, examine el Juez constitucional si en el caso puesto bajo su conocimiento se cumplen las reglas para su procedencia, lo cual se constituye en un requisito *sine qua non,* para dar paso al estudio de fondo que se pretende.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 Superior, en consonancia con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela sólo 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”.*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión los conflictos, especialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando **a simple vista** se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.  De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser* ***inminente****, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser* ***urgentes****; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea* ***grave****, lo que equivale a una gran 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, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.” [[1]](#footnote-1)*

En ese orden de ideas, el Juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial como uno de los poderes públicos.

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto; tampoco puede afirmarse que sea el último recurso al alcance del actor, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales. Por manera que, si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, es inviable estudiar de fondo las pretensiones del actor en sede constitucional.

Aunado a lo anterior, la acción de tutela no es el mecanismo legalmente diseñado para dirimir asuntos de índole económica, ni mucho menos para efectuar reconocimientos pensionales, en otras palabras, es evidente que para este preciso caso se incumple con el de requisito de subsidiariedad expuesto en precedencia, al existir otro mecanismo en la jurisdicción ordinaria laboral, cual es la llamada a resolver las controversias de esta naturaleza, teniendo en cuenta que en esta acción, como bien lo indicó la Cognoscente, no se superó el test de procedibilidad, como pasa a verse:

En ese orden de ideas, se hace palmario que lo que busca la parte accionante es saltarse el debido proceso para este tipo de asuntos, a pesar de que sabe que lo que debe hacer es acudir a la vía jurisdiccional que tiene a su alcance, en vez de pretender que por medio de la tutela, en un término tan perentorio, se desate un litigio que necesariamente debe ser debatido ante las autoridades competentes, o como bien lo expuso el fallador de primer grado, acudiendo nuevamente a la vía administrativa con suficientes elementos de prueba que le permitan demostrar que cumple con todos los requisitos para acceder al derecho pensional, lo que tampoco dejó ver ni siquiera de forma sumaria en este trámite.

Se concluye que la accionante no se ubica dentro de esas hipótesis contingentes que abrirían paso a una eventual intervención por parte del Juez Constitucional, y en ese orden de ideas resulta inviable acceder a las solicitudes deprecadas por ella, dado que a pesar de ser un mecanismo informal, y que su procedimiento no sea tan riguroso como algunas otras acciones que existen en la jurisdicción, ello no implica que quien acude a ella, esté exento de aportar las pruebas que hagan evidente las condiciones de vulnerabilidad que se alegan, la ocurrencia o riesgo de un perjuicio irremediable que haga viable el amparo en forma permanente o transitoria, además de las razones por las cuales es este tipo de mecanismo, y no otro, el adecuado para los fines perseguidos.

Lo dicho hasta ahora es suficiente para llevar a esta Colegiatura a concluir que la acción de tutela resulta improcedente, como se partió diciendo inicialmente, al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, ni tampoco observarse el perjuicio irremediable que hubiera permitido pasar por alto aquel; de acuerdo con ello, la decisión evaluada se habrá de confirmar.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, con ocasión de la acción de tutela promovida por la señora **LUZ ELBA OTRIZ**, por intermedio de apoderada, en contra de **COLPENSIONES**, ello por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)