**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**Radicación Nro**.: 66001-31-05-005-2016-00042-01

**Proceso** : Tutela 2ª instancia

**Accionante** : José Ovidio Hurtado Duque

**Accionado** : Administradora Colombiana de Pensiones

**Juzgado de Origen** : Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**Providencia** : Segunda instancia

**Magistrado Ponente:** Issa Rafael Ulloque Toscano

**Tema**  **:**

TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES LABORALES/ Posibilidad de analizar la cuestión de fondo cuando se presente un perjuicio irremediable y la negación del derecho pensional sea caprichosa o arbitraria/ Incorrecto cómputo de semanas que llevó a negar la pensión/ Cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes

“(…) el perjuicio irremediable se encuentra demostrado, en primer lugar, por la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591/91, que debe aplicarse en este asunto, dado el silencio de las entidades accionada y vinculada durante el término de traslado de la acción, en segundo lugar, porque la falta de la ayuda pensional hace presumir la existencia del aludido perjuicio y; en tercer lugar, porque los fundamentos facticos narrados en la solicitud de amparo en realidad se encuentran soportados con los medios probatorios allegados, de donde se desprende que efectivamente el accionante es una persona de la tercera edad (…) para quien dada la realidad económica y social de este país le es imposible emplearse y obtener un sustento digno y; el menor Juan Esteban Hurtado -16 años- tiene una pérdida de la capacidad laboral del 94.90% que le genera una total dependencia de su progenitor y obviamente una especial atención en salud que echa de menos.

(…) el derecho pensional del actor fue negado de manera caprichosa o arbitraria, dado que el fundamento plasmado en la Resolución GNR 349031 de 5 de noviembre de 2015 (…) fue la insuficiencia de los años de servicios, conclusión derivada de una errónea cuantificación de los tiempos de servicio que en ese mismo acto administrativo le fueron reconocidos, pues tal y como lo indica el accionante, la sumatoria de todos ellos genera un total de 7.218 días y no 7.193, es decir, 1.031 semanas o 20,05 años de servicios.”

“La aludida normativa exige que concurran en el afiliado 20 años de servicios y en el caso de los hombres, 60 años de edad, exigencias que han sido satisfechas por el señor Hurtado Duque, la primera de ellas, de conformidad con el tiempo de servicios plasmado en la Resolución GNR 349031 (…) y, la segunda, se extracta de la copia informal de la cédula de ciudadanía visible a folio 9, que indica que nació el 2 de abril de 1954, por lo que arribó a los 60 años en la misma fecha pero de 2014.”

Cita: Corte Constitucional, sentencia T-935 de 2011.

Pereira, dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis.

Acta número \_\_\_\_ del 16 marzo de 2016.

Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación interpuesta en contra del fallo dictado por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, el 05 de febrero de 2016, dentro de la acción de tutela promovida por **JOSÉ OVIDIO HURTADO DUQUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la salud.

El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado por los restantes miembros de la Sala y corresponde a la siguiente,

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES:**

Relata el accionante que nació el 2 de abril de 1954, por lo que en la actualidad cuenta con 61 años de edad, que su núcleo familiar se encuentra conformado por su esposa y un hijo menor de edad discapacitado, toda vez que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 94.90%, lo que se traduce en una dependencia total de sus padres y lo convierte en un sujeto de especial protección.

Refiere que desde hace varios años suspendió las cotizaciones al sistema pensional por dificultad económica, al punto que su hijo y su esposa debieron trasladarse a vivir con la familia de esta, configurándose día a día un perjuicio irremediable.

Que debido a la desmejora en su situación económica, tanto él como su familia han tenido que vivir de la caridad y no cuentan con servicios de salud, por lo que la atención de su hijo ha sido precaria e insuficiente.

Sostiene que cuando arribó a los 60 años de edad, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, al considerar que era beneficiario del régimen de transición teniendo en cuenta que para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los empleados públicos, calidad que había tenido por haber sido empleado del Municipio de Belalcázar, contaba con 41 años de edad y 771 semanas cotizadas.

Sin embargo, Colpensiones negó el reconocimiento mediante Resolución N° GNR 349031 del 5 de noviembre de 2015, argumentando que pese a ser beneficiario del régimen de transición no cumplía con las semanas necesarias para acceder a la pensión con base en la Ley 71 de 1988, toda vez que solo acredita un total de 1.027 semanas cuando lo requerido son 1.029 semanas que equivalen a 20 años de servicios.

Menciona que la conclusión a la que arriba la entidad adolece de dos graves errores: i) incorrecta suma de los tiempos de servicios, toda vez que en realidad posee 7.218 días y no 7.193 y, ii) exigir 1.029 semanas cuando la norma solo exige 20 años de servicios sin equivalencia alguna en semanas.

Manifiesta que en su historia laboral existen unos periodos en cero, los cuales le podrían aumentar la totalidad de semanas cotizadas, inconsistencias que no tiene por qué soportar.

Sin embargo, presentó proceso ordinario laboral para conjurar los errores de Colpensiones, pero su precaria situación económica y la condición de su hijo discapacitado lo obligan a acudir a este medio de protección.

Por lo visto, sostiene que Colpensiones incurre en una flagrante violación de sus derechos, por lo que solicita que se le ordene reconocer la pensión de vejez e incluirlo inmediatamente en nómina, mientras el proceso ordinario prosigue su curso normal.

**II. TRÁMITE.**

Mediante auto del 25 de enero del año en curso, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad admitió la acción de tutela y ordenó la vinculación del Gerente Nacional de Reconocimiento y Nómina de Colpensiones, sin embargo, tanto la entidad accionada como la vinculada, guardaron silencio en el término otorgado para descorrer el traslado.

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, negó por improcedente la tutela presentada al considerar que la controversia planteada no es propia de la jurisdiccional constitucional sino de un juez laboral; adicionalmente, porque no se encuentra acreditado que el accionante se encuentre en una situación de debilidad manifiesta o ante la existencia de un perjuicio irremediable y mucho menos se logró determinar la inminencia, gravedad o impostergabilidad de la actuación del juez constitucional.

**IV. IMPUGNACIÓN.**

Dicha determinación judicial fue objeto de impugnación por parte del accionante, quien para el efecto adujo que el juzgado se limitó a efectuar un análisis somero sobre la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de una pensión, dejando a un lado aspectos trascendentales como la condición de sujetos de especial protección del accionante y de su núcleo familiar. Indica que se pasa por alto también que el mecanismo se depreca en forma transitoria, toda vez que la controversia ya fue puesta en conocimiento de la jurisdicción ordinaria y llama la atención de que el fallo haga referencia a nombres y apellidos diferentes del accionante, lo cual denota de manera clara que simplemente se efectuó copia y pega de un caso similar, ausente del discernimiento que el caso ameritaba.

**V. CONSIDERACIONES.**

1. **Competencia.**

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

1. **Problema Jurídico**

¿Procede la acción de tutela para solicitar el pago de una prestación derivada de la seguridad social?

¿En el presente caso, están dadas las condiciones para que de manera excepcional y transitoria se le reconozca al accionante la pensión de vejez o de jubilación por aportes que depreca?

En caso positivo ¿Cumple el señor José Ovidio Hurtado Duque con los requisitos previstos en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 para el reconocimiento de la aludida prestación?

Antes de abordar el interrogante formulado, cabe recordar que el artículo 86 de la Constitución Nacional consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

1. **Subsidiariedad de la acción de tutela.**

 A efectos de analizar el objetivo que tiene la acción de tutela dentro del ordenamiento nacional, es preciso señalar que la misma fue creada con el fin primordial de darle una protección efectiva a los derechos fundamentales, generando en cabeza del juez constitucional la obligación de analizar la necesidad, proporcionalidad y racionalidad de los medios, para obtener dicha protección.

 Sin embargo, de entrada puede afirmarse que jurisprudencialmente está decantado que esta es improcedente para lograr el reconocimiento de las prestaciones económicas otorgadas por el sistema de la seguridad social, pues para tales fines existen las distintas vías judiciales, entre ellas el procedimiento ordinario laboral y el contencioso administrativo.

 En este sentido se tiene que en materia pensional, por ejemplo, la regla general es la improcedencia de la acción de tutela, sin embargo, excepcionalmente, puede concederse tal amparo, incluso, en forma definitiva, cuando se cumplan los siguientes requisitos[[1]](#footnote-1):

“si **(i)** existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; **(ii)** se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; **(iii)** los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, **(iv)** cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria.[[2]](#footnote-2)

Ahora bien, la Corte ha entendido que la tutela resulta procedente, en las hipótesis descritas, siempre y cuando el juez constitucional encuentre que no existe controversia jurídica en relación con la aplicación de la normatividad correspondiente y los requisitos legales para acceder al derecho.[[3]](#footnote-3)”.

 En efecto, cuando con su violación, además de afectarse el derecho en sí mismo, se ven afectadas otras garantías fundamentales, es procedente otorgar las prestaciones del sistema de seguridad social por vía de tutela. Y ello tiene lógica, especialmente en materia pensional, si se analiza la finalidad de las prestaciones que allí se otorgan, como es el suplir la remuneración de una persona y permitirle satisfacer sus necesidades básicas.

1. **Caso concreto:**

En el presente asunto, pretende el accionante que a través de este mecanismo excepcional se le reconozca y pague la pensión de jubilación por aportes, toda vez que tiene 61 años de edad y 7.218 días de cotización equivalentes a 1.031 semanas y no 7.193 equivalentes a 1.027 semanas como erradamente lo indicó la entidad de seguridad social al momento de negar la prestación.

 Acude a este medio de amparo argumentando la precaria situación económica en que se encuentra y el hecho de tener a cargo a su menor hijo discapacitado con un 94.90% de perdida de la capacidad laboral, quien esta desprotegido en materia de salud, aspectos que configuran un perjuicio irremediable para sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar.

En principio, debe decirse que el medio judicial elegido por el señor José Ovidio Hurtado Duque es improcedente para que le sea reconocida la pensión que implora, teniendo en cuenta que se trata de una controversia que no es propia del escenario constitucional, pues amerita un debate jurídico que debe dirigir el juez ordinario, sin embargo, como el accionante aduce encontrarse en varias situaciones o requisitos que hacen viable su procedibilidad y en consecuencia el reconocimiento prestacional de manera transitoria se analizará cada uno de ellos, tal y como pasa a efectuarse.

En efecto, advierte la Sala que el **perjuicio irremediable** se encuentra demostrado, en primer lugar, por la presunción de veracidad establecida en el artículo 20 del Decreto 2591/91, que debe aplicarse en este asunto, dado el silencio de las entidades accionada y vinculada durante el término de traslado de la acción, en segundo lugar, porque la falta de la ayuda pensional hace presumir[[4]](#footnote-4) la existencia del aludido perjuicio y; en tercer lugar, porque los fundamentos facticos narrados en la solicitud de amparo en realidad se encuentran soportados con los medios probatorios allegados, de donde se desprende que efectivamente el accionante es una persona de la tercera edad –cuenta con 61 años-, para quien dada la realidad económica y social de este país le es imposible emplearse y obtener un sustento digno y; el menor Juan Esteban Hurtado -16 años- tiene una pérdida de la capacidad laboral del 94.90% que le genera una total dependencia de su progenitor y obviamente una especial atención en salud que echa de menos.

Bajo el anterior panorama, es evidente que se encuentra demostrada la **afectación de los derechos fundamentales,** tanto del accionante como de su núcleo familiar, bajo el entendido que la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez le vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social en salud y pensiones, el de la subsistencia en condiciones dignas y el mínimo vital, pues debe recordarse que en la actualidad viven de la caridad.

De otro lado, es fácil concluir que el señor José Ovidio es un **sujeto de especial protección constitucional**, no solo por la edad que tiene -61 años- sino por las condiciones de mendicidad en que se encuentra junto con su familia. También lo es su hijo mejor de edad, dada la discapacidad que padece –fl. 10-.

Finalmente, encuentra la Sala que el **derecho pensional del actor fue negado de manera caprichosa o arbitraria,** dado que el fundamento plasmado en la Resolución GNR 349031 de 5 de noviembre de 2015 –fls. 13 y s.s.- fue la insuficiencia de los años de servicios, conclusión derivada de una errónea cuantificación de los tiempos de servicio que en ese mismo acto administrativo le fueron reconocidos, pues tal y como lo indica el accionante, la sumatoria de todos ellos genera un total de 7.218 días y no 7.193, es decir, 1.031 semanas o 20,05 años de servicios[[5]](#footnote-5).

De acuerdo con lo anterior, están dados los requisitos de procedibilidad, para que en caso de que el actor satisfaga en su totalidad los requisitos previstos por el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, le sea reconocida por este medio de defensa judicial, el derecho a la pensión de jubilación.

En el anterior orden de ideas, se percibe la vulneración pregonada por el actor, pues a pesar de que no existe discusión en relación con su condición de sujeto de especial protección, por su avanzada edad y el estado de invalidez de su hijo, es un hecho cierto que la llamada a juicio negó la pensión pretendida de manera caprichosa e injusta.

La aludida normativa exige que concurran en el afiliado 20 años de servicios y en el caso de los hombres, 60 años de edad, exigencias que han sido satisfechas por el señor Hurtado Duque, la primera de ellas, de conformidad con el tiempo de servicios plasmado en la Resolución GNR 349031 de 2015 y, la segunda, se extracta de la copia informal de la cédula de ciudadanía visible a folio 9, que indica que nació el 2 de abril de 1954, por lo que arribó a los 60 años en la misma fecha pero de 2014.

Conforme con lo anterior, el actor sí ha cumplido con las exigencias de la Ley 71 de 1988 para acceder a la pensión de jubilación por aportes y, teniendo en cuenta que su último aporte al sistema fue efectuado para el 31 de diciembre de 2011, la prestación deberá ser reconocida a partir del 1° de enero de 2012 en la cuantía que corresponda.

El derecho pensional será reconocido dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, por la Gerencia Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones de manera transitoria hasta tanto se profiera la decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia que el mismo actor presentó radicado bajo el N° 2015-00659-00 y que le correspondió por reparto al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad y, deberá ser incluido en nómina de pensionados en el periodo de corte inmediatamente siguiente a tal reconocimiento.

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

**RESUELVE**

 **PRIMERO: TUTELAR** de manera transitoria los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social del señor **JOSE OVIDIO HURTADO DUQUE**, por las razones expuestas en la parte resolutiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** como consecuencia de lo anterior, a la Gerencia Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a través del doctor Luis Fernando de Jesús Ucroos o quien haga sus veces, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, reconozca de manera transitoria hasta tanto se profiera la decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia que el mismo actor presentó radicado bajo el N° 2015-00659-00 y que le correspondió por reparto al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad y; deberá ser incluido en nómina de pensionados en el periodo de corte inmediatamente siguiente a tal reconocimiento.

**TERCERO: NOTIFICAR**  a las partes el contenido de este fallo por el medio más eficaz.

**CUARTO: REMÍTIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrado

**LEONARDO CORTÉS PÉREZ**

Secretario

1. Sentencia T-935 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver entre otras, las sentencias: T-816 del 28 de septiembre de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-1309 del 12 de diciembre de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil;  T-691 del 1 de julio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-580 del 27 de mayo de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil y; T-425 del 6 de mayo de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-878 del 26 de octubre de 2006 MP. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver entre otras, sentencias T-463-2003 y T-456-94 [↑](#footnote-ref-4)
5. Al respecto es necesario precisar que la línea adoptada por la Sala Cuarta de Decisión de esta Corporación, ha seguido la línea que frente al tiempo de cotizaciones exige el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 para acceder a la pensión de jubilación por aportes, bajo el entendido que se requiere acreditar 1.028,57 o 1.029 semanas para ser más exactos y no tan solo 1000, teniendo en cuenta que en material laboral, tanto los aportes como las liquidaciones de prestaciones o derechos laborales se efectúan con la base de 360 días por cada año y 30 días por mes y 7 días por cada semana; posición que refleja el criterio reiterado que al respecto ha tenido el órgano de cierre en materia laboral. [↑](#footnote-ref-5)