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 – 6 de diciembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Subsidiariedad – Improcedente - Confirma

Radicación Nro. : 2017-00242-01

Accionante: María Cristina Cardona Cifuentes

Accionado: Subdirección de Determinación de Derechos (X): de Colpensiones y otras

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: PETICIÓN / RELIQUIDACIÓN MESADA PENSIONAL / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE -** De conformidad con la jurisprudencia constitucional anotada, considera esta Magistratura que la decisión de primera instancia venida en impugnación deberá confirmarse, pero con las precisiones que adelante se realizarán, toda vez que se hallan incumplidos los presupuestos excepcionales de procedencia de este mecanismo constitucional.

De acuerdo con el acervo probatorio, se advierte que la accionante no agotó los recursos de la vía gubernativa frente a la resolución SUB95879 del 12-06-2017 (Regla No.2). A este respecto es preciso aclarar que la regla general del artículo 9º del Decreto 2591 de 1991 cede ante la excepción jurisprudencial que la CC estableció para amparos relacionados con una reliquidación pensional.

Asimismo, se tiene que la actora dejó de promover el trámite ordinario ante la jurisdicción laboral para desatar este tipo de cuestionamientos, ni siquiera alegó la imposibilidad de hacerlo por razones ajenas a su voluntad (Regla No.3).

Finalmente, tampoco se encuentra acreditado que la señora María Cristina Cardona Cifuentes tenga alguna condición especial o que sea inminente la consumación de un perjuicio irremediable.

Es cierto que cuenta con 66 años de edad y que el dinero que recibe luego de los descuentos hechos a su mesada pensional es inferior al salario mínimo legal mensual vigente; sin embargo, aquellas circunstancias especiales son insuficientes para considerar demostrada la afectación a su mínimo vital, máxime si en cuenta se tiene que la disminución de la pensión devino de un crédito u obligación adquirido voluntariamente en cuantía de $30.000.000 con Corpbanca (Folio 42, ib.), del que se desconoce si fue tomado para cubrir necesidades urgentes propias o de personas a su cargo; en el petitorio nada dijo al respecto.

Claramente la actora asumió ese riesgo y es inviable invocarlo como justificación para la procedencia de esta acción constitucional; además, cabe resaltar que es dable que solicite la disminución de los descuentos, tal como lo expuso la a quo en su providencia.

No tiene dificultades de salud, o por lo menos de ello dejó de hacer manifestación en ese sentido; además, tampoco acreditó la condición especial de que su hija es madre cabeza de hogar, simplemente aludió que le provee su sostenimiento, sin justificación de ningún tipo. Asimismo se tiene que en su relato dejó de enunciar las condiciones especiales en que se encuentra su descendiente y que conllevan la dependencia económica, tales como, afecciones en su salud, discapacidades física o mental, o dificultades laborales, entre otras. En suma, la declaración jurada que rindió es un medio inadecuado para probar esas circunstancias, se trata de una simple afirmación de parte, que carece de cualquier valor demostrativo (Folio 42, ib.).

En síntesis, tanto del petitorio de amparo como del plenario no se advierten las circunstancias materiales de la peticionaria que den pábulo a la procedencia de esta acción; por el contrario los anexos aportados dan cuenta del inadecuado manejo de sus finanzas, prácticas que mal pueden cargarse al sistema pensional por la vía excepcionalísima de este amparo constitucional; recuérdese que el reconocimiento de derechos a la seguridad social implican el pago indefinido de una mesada pensional por parte del Estado, por lo tanto es necesario que ese tipo de peticiones se ventilen en el escenario ordinario ante el juez competente en asuntos laborales, de conformidad con el procedimiento establecido por el legislador. Este mecanismo sumario solo procede en situaciones muy especiales y que aquí no fueron probadas.

Así las cosas, como la tutela incumple con los presupuestos jurisprudenciales, la Sala confirmará el fallo opugnado, tal como se advirtió en precedencia.



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) : María Cristina Cardona Cifuentes

 Accionado (s) : Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones

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

 Radicación : 2017-00651-01

 Temas : Procedibilidad - Subsidiaridad

 Despacho de origen : Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 641 de 06-12-2017

Pereira, R., seis (6) de diciembre 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 la accionante actualmente cuenta con 66 años de edad y disfruta de pensión de vejez que le fue reconocida con la resolución No.062241 del 11-10-2011, sin tener en cuenta el régimen de transición, ni la totalidad de las semanas cotizadas.

Refirió que ha formulado cuatro (4) peticiones de reliquidación de su mesada pensional consistentes en (i) el reconocimiento del régimen de transición y semanas cotizadas, (ii) indexación, (iii) aplicación del 90% sobre el IBL conforme a la Ley 33 de 1985, y, (iv) reliquidación con base en el Decreto 758 de 1990; la entidad accionada accedió a las dos (2) primeras peticiones (Régimen de transición, 1806 semanas cotizadas e indexación); negó la tercera refiriendo un número menor de semanas cotizadas (635); y, la última también la denegó, pero porque incumplía con la edad y las semanas mínimas requeridas, a pesar de que sí reunía esos requisitos.

Agregó que actualmente recibe mesadas inferiores al salario mínimo que no le alcanzan para cubrir un crédito financiero, ni proveer el sostenimiento suyo y el de su hija madre cabeza de hogar (Folios 53 a 67, cuaderno principal).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se invocan los derechos a la vida digna, dignidad humana, mínimo vital y a la seguridad social (Folio 55, cuaderno principal).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Que se tutelen los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, se ordene a la accionada que reliquide la pensión de vejez de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 20 del Decreto 758 de 1990, aplicando el 90% sobre el IBL (Folio 55, cuaderno principal).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 10-10-2017 se admitió y se ordenó notificar a las partes (Folio 68, ibídem). Se profirió sentencia el 24-10-2017 (Folios 81 a 85, ibídem); y finalmente con proveído del 02-11-2017 se concedió la impugnación formulada por la parte actora (Folio 94, ibídem).

Con el fallo se negó por improcedente (Sic) el amparo constitucional porque es inexistente fundamento fáctico para que se consideren vulnerados los derechos invocados, en atención a que la accionante cuenta con pensión de vejez; tampoco es persona de especial protección constitucional; puede solicitar la disminución de los descuentos destinados al crédito financiero; y, no agotó la vía gubernativa (Folios 81 a 85, ib.).

La accionante recurrió y expuso que el amparo es procedente en la medida que acreditó su incapacidad económica y que se le está causando un perjuicio irremediable; también que las accionadas desconocieron los preceptos superiores y legales, pues denegaron sus peticiones con base en sus propias resoluciones (Folios 88 a 90, 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 Tercero de 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 la señora María Cristina Cardona Cifuentes cuenta con pensión de vejez y solicitó su reliquidación ante la entidad accionada (Folios 29 a 35, ib.).

En el extremo pasivo la Subdirección de Determinación X (A) de Colpensiones porque fue la dependencia que profirió el acto administrativo (ResoluciónSUB95879 de 12-06-2017) que denegó la solicitud de la accionante (Folios 36 a 47, ib.).

No sucede lo mismo con las demás dependencias vinculadas, toda vez que carecen de competencia para resolver peticiones dirigidas a la reliquidación de una mesada pensional. Tampoco respecto de la Dirección de Prestaciones Económicas, toda vez que conoce de este tipo de pedimentos solo en sede de apelación (Artículo 4.3.1.5. del Acuerdo 108 de 2017).

* + 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 cuatro (4) meses después de dictado el acto administrativo cuestionado. 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 (…)”.*

Finalmente en tratándose de la procedencia excepcional de la acción de tutela dirigida a obtener la reliquidación de una pensión, la CC de antaño ha definido que el juez constitucional, a efectos de decidir de fondo el asunto, está en la obligación inicial de verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos[[8]](#footnote-8):

1. Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.[[9]](#footnote-9)
2. Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado.[[10]](#footnote-10)
3. Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad.[[11]](#footnote-11)
4. Que el jubilado acredite las condiciones materiales que justifican la protección por vía de tutela, esto es, su condición de persona de la tercera edad, que la actuación resulta violatoria de sus derechos fundamentales como la dignidad humana, la subsistencia, el mínimo vital y la salud en conexidad con la vida u otras garantías superiores, y que el hecho de someterla al trámite de un proceso ordinario hace más gravosa su situación personal[[12]](#footnote-12).

Estas subreglas han sido reiteradas por la CC en variadas decisiones[[13]](#footnote-13). En síntesis la acción de tutela es improcedente para la reliquidación de una pensión por cuanto se circunscribe a una exigencia estrictamente económica, sin embargo, si se acredita el cumplimiento de todos los requisitos fijados por la jurisprudencia, será procedente como mecanismo transitorio.

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

De conformidad con la jurisprudencia constitucional anotada, considera esta Magistratura que la decisión de primera instancia venida en impugnación deberá confirmarse, pero con las precisiones que adelante se realizarán, toda vez que se hallan incumplidos los presupuestos excepcionales de procedencia de este mecanismo constitucional.

De acuerdo con el acervo probatorio, se advierte que la accionante no agotó los recursos de la vía gubernativa frente a la resolución SUB95879 del 12-06-2017 (Regla No.2). A este respecto es preciso aclarar que la regla general del artículo 9º del Decreto 2591 de 1991 cede ante la excepción jurisprudencial que la CC estableció para amparos relacionados con una reliquidación pensional.

Asimismo, se tiene que la actora dejó de promover el trámite ordinario ante la jurisdicción laboral para desatar este tipo de cuestionamientos, ni siquiera alegó la imposibilidad de hacerlo por razones ajenas a su voluntad (Regla No.3).

Finalmente, tampoco se encuentra acreditado que la señora María Cristina Cardona Cifuentes tenga alguna condición especial o que sea inminente la consumación de un perjuicio irremediable.

Es cierto que cuenta con 66 años de edad y que el dinero que recibe luego de los descuentos hechos a su mesada pensional es inferior al salario mínimo legal mensual vigente; sin embargo, aquellas circunstancias especiales son insuficientes para considerar demostrada la afectación a su mínimo vital, máxime si en cuenta se tiene que la disminución de la pensión devino de un crédito u obligación adquirido voluntariamente en cuantía de $30.000.000 con Corpbanca (Folio 42, ib.), del que se desconoce si fue tomado para cubrir necesidades urgentes propias o de personas a su cargo; en el petitorio nada dijo al respecto.

Claramente la actora asumió ese riesgo y es inviable invocarlo como justificación para la procedencia de esta acción constitucional; además, cabe resaltar que es dable que solicite la disminución de los descuentos, tal como lo expuso la *a quo* en su providencia.

No tiene dificultades de salud, o por lo menos de ello dejó de hacer manifestación en ese sentido; además, tampoco acreditó la condición especial de que su hija es madre cabeza de hogar, simplemente aludió que le provee su sostenimiento, sin justificación de ningún tipo. Asimismo se tiene que en su relato dejó de enunciar las condiciones especiales en que se encuentra su descendiente y que conllevan la dependencia económica, tales como, afecciones en su salud, discapacidades física o mental, o dificultades laborales, entre otras. En suma, la declaración jurada que rindió es un medio inadecuado para probar esas circunstancias, se trata de una simple afirmación de parte, que carece de cualquier valor demostrativo (Folio 42, ib.).

En síntesis, tanto del petitorio de amparo como del plenario no se advierten las circunstancias materiales de la peticionaria que den pábulo a la procedencia de esta acción; por el contrario los anexos aportados dan cuenta del inadecuado manejo de sus finanzas, prácticas que mal pueden cargarse al sistema pensional por la vía excepcionalísima de este amparo constitucional; recuérdese que el reconocimiento de derechos a la seguridad social implican el pago indefinido de una mesada pensional por parte del Estado, por lo tanto es necesario que ese tipo de peticiones se ventilen en el escenario ordinario ante el juez competente en asuntos laborales, de conformidad con el procedimiento establecido por el legislador. Este mecanismo sumario solo procede en situaciones muy especiales y que aquí no fueron probadas.

Así las cosas, como la tutela incumple con los presupuestos jurisprudenciales, la Sala confirmará el fallo opugnado, tal como se advirtió en precedencia.

No obstante, estima esta judicatura necesario hacer una aclaración metodológica sobre la parte resolutiva en cuanto que si se incumplían los presupuestos de procedibilidad, debió simplemente declararse improcedente la tutela y no negarse por improcedente. Así lo ha dicho la doctrina nacional[[14]](#footnote-14) y jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional[[15]](#footnote-15):

…en cuanto la decisión es declarar la improcedencia de la acción impetrada, más no negarla protección pedida. Nótese cómo establecer la procedencia de la acción antecede al análisis de la vulneración o no de un derecho fundamental, estudio que en este caso no se puede acometer, precisamente al determinarse que no procede…

Diferencia hay entre negar la acción y declararla improcedente, porque la primera hipótesis, impone analizar el fondo de la cuestión, mientras que la segunda es un estadio previo que impide tal estudio, lo que repercute en la cosa juzgada. Criterio ya muchas veces expuesto por esta Corporación[[16]](#footnote-16).

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado (i) se confirmará la decisión confutada; y, (ii) se modificará su numeral primero para declarar improcedente la acción de tutela, por carecer de subsidiariedad.

En mérito de lo razonado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de 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 24-10-2017, dictada por el Juzgado Tercero de Familia de Pereira.
2. MODIFICAR su numeral primero, para DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela propuesta por la señora María Cristina Cardona Cifuentes contra la Subdirección de

Determinación X (A) de Colpensiones, por carecer de subsidiariedad.

1. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
2. 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. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-456 de 2013. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-534 de 2001, T-1016 de 2001, T-620 de 2002 y T-1022 de 2002. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-189 de 2002, T-470 de 2002, T-634 de 2002 y T-1000 de 2002. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-049 de 2002 y T-620 de 2002. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-177 de 2015, T-189 de 2015, T-776 de 2005, T-1277 de 2005, T-083 de 2004, T-446 de 204, T-425 de 2004, T-904 de 2004 y T-1078 de 2004. [↑](#footnote-ref-13)
14. CORREA H., Néstor R. Derecho procesal de la acción de tutela, editorial Grupo editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2010, P.192. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. T-002 de 2009. [↑](#footnote-ref-15)
16. TS, Pereira, Civil-Familia. Sentencia del 27-07-2017; MP: Grisales H., 2017-00018-02, entre otras. [↑](#footnote-ref-16)