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.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante (s) : Jhon Jairo Tole Álvarez

Accionado (s) : Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones

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

Radicación : 66170-31-10-001-2018-00542-01

Temas : Procedibilidad – Subsidiaridad

Despacho de origen : Juzgado Único de Familia de Dosquebradas

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 470 de 28-11-2018

**TEMAS: DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO INVÁLIDO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.**

… respecto a la residualidad se tiene dicho que 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 carece de legitimación para impugnar los actos administrativos que los vulneran, o porque los medios o recursos judiciales son ineficaces, “atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”, esto es, que esté en una situación de vulnerabilidad que implique la protección definitiva en sede de tutela, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

El estado de vulnerabilidad del accionante, dirigida a determinar la eficacia del mecanismo judicial, supone considerar: “(i) la situación de riesgo del tutelante y (ii) su capacidad o incapacidad para resistir esa específica situación de riesgo, de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (resiliencia)”. (…)

Considera la Sala que en este caso concreto no se satisface el requisito de procedibilidad para solicitar por intermedio de este amparo constitucional el reconocimiento pensional, toda vez que el actor puede agotar el mecanismo ordinario legal ante la justicia laboral para ventilar este tipo de cuestionamientos.

Lo expuesto, en atención a que el interesado no se encuentra en una situación especial de riesgo, pues ninguno de los factores reseñados por la jurisprudencia constitucional fue demostrado; en efecto: (i) no pertenece a algún grupo especial de protección (tercera edad, víctima de desplazamiento, discapacitado o situación de debilidad manifiesta), pues tiene 51 años de edad; (ii) tampoco padece de enfermedad que le impida trabajar, ni se encuentra en situación de pobreza (Folio 79, cuaderno principal); y, (iii) menos se trata de un líder comunitario, trabajador social o defensor de derechos humanos en situación de riesgo.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

 DEPARTAMENTO DE RISARALDA

Pereira, R., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

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 el accionante ha cotizado a seguridad social un total de 1.326 semanas; y, reúne los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por tener una hija en situación de discapacidad, y su esposa estar en un estado de salud precario desde el año 2014 lo que le impide cumplir con sus obligaciones como madre. Solicitó a la accionada el reconocimiento pensional, pero le fue negado porque dejó de demostrar el abandono del hogar por parte de su pareja y sus responsabilidades como madre, por lo tanto, no se le puede catalogar como padre cabeza de familia (Folios 41 a 48, cuaderno No. 1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se invocan los derechos a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida y al mínimo vital (Folio 41, cuaderno No. 1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Que se tutelen los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia, se ordene a la accionada (i) Reconocer y pagar la pensión especial de vejez por hijo invalido; y, (ii) Pagar los intereses moratorios sobre las mesadas dejadas de percibir (Folios 46 y 48, cuaderno No. 1).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 04-10-2018 se admitió y se ordenó notificar a las partes (Folio 49, ibídem). El 08-10-2018 se hizo una vinculación (Folio 52, ibídem). Se profirió sentencia el 19-10-2018 (Folios 82 a 88, ibídem); posteriormente, con proveído del 26-10-2018 se concedió la impugnación formulada por la parte actora (Folio 104, ibídem).

Con el fallo se declaró improcedente el amparo constitucional por carecer de subsidiariedad, porque el actor cuenta con un medio de defensa judicial ordinario y no demostró que es ineficaz, ni inidóneo para proteger sus derechos fundamentales, además de que el plazo perentorio para decidir una acción de tutela es insuficiente para recaudar el material probarlo necesario para decidir de fondo (Folios 82 a 88, ib.).

El accionante recurrió y expuso que es padre de una joven con discapacidad producto de parálisis cerebral espástico que requiere de continuos cuidados y que su esposa cuenta con un precario estado de salud. Agregó que la situación actual de sus familiares le dificulta la obtención de recursos para su sostenimiento y el acceso al servicio de salud. También refirió que el trámite ordinario es demorado e inidóneo, así como que el amparo es procedente por cuanto se encuentran inmiscuidos derechos de una persona con discapacidad. Por último que la vida de su hija se encuentra en riesgo porque en algunas oportunidades queda sola en la casa porque su madre es hospitalizada o está siendo examinada o recibiendo algún tratamiento (Folios 93 a 101, 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 Único de Familia de Dosquebradas, según la impugnación de la parte actora?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque el señor Jhon Jairo Tole Álvarez presentó la solicitud de reconocimiento pensional. En el extremo pasivo la Subdirección de Determinación I y la Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones porque fueron las dependencias que dictaron los actos administrativos que resolvieron negativamente la solicitud del accionante (Folios 24 a 28 y 35 a 40, ib.).

* + 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 cinco (5) meses después de notificada la resolución que resolvió el recurso presentado (Folios 34, ib.). 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 carece de legitimación para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[3]](#footnote-3), o porque los medios o recursos judiciales son ineficaces, *“atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”,* esto es, que esté en una situación de vulnerabilidad que implique la protección definitiva en sede de tutela[[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).

El estado de vulnerabilidad del accionante, dirigida a determinar la eficacia del mecanismo judicial, supone considerar[[6]](#footnote-6): *“(i) la situación de riesgo del tutelante y (ii) su capacidad o incapacidad para resistir esa específica situación de riesgo, de tal forma que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto agota la vía judicial ordinaria (resiliencia)”.*

La primera implica ponderar los diferentes factores de riesgo que concurren en la situación del actor[[7]](#footnote-7): (i) Persona de especial protección constitucional, (ii) Estado de pobreza; (iii) Analfabetismo; (iv) Discapacidad física o mental; y, (v) Una situación que es resultado de sus actividades o funciones políticas, públicas, sociales y humanitarias, o (vi) que deriva de causas relativas a la violencia política, ideológica o del conflicto armado interno, entre otros.

Y la segunda supone verificar si la persona que se encuentre en situación de riesgo esté en capacidad de resistirla, es decir, que pueda satisfacer sus necesidades básicas hasta tanto se agote la vía ordinaria, de tal suerte que es inviable considerarla vulnerable. Hay que establecer el grado de autonomía para su satisfacción y la seguridad de hacerlo hasta que culmine el trámite judicial. Reunidos estos dos (2) presupuestos el amparo es procedente de forma definitiva[[8]](#footnote-8).

En defecto de lo anterior, debe entonces comprobarse si el actor se encuentra en una situación que configure un perjuicio irremediable, evento en el cual el amparo será de carácter transitorio. Este perjuicio 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[[9]](#footnote-9).

Por último, se relieva que el análisis de procedencia[[10]](#footnote-10): “*(…) 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 (…)”.*

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Considera la Sala que en este caso concreto no se satisface el requisito de procedibilidad para solicitar por intermedio de este amparo constitucional el reconocimiento pensional, toda vez que el actor puede agotar el mecanismo ordinario legal ante la justicia laboral para ventilar este tipo de cuestionamientos.

Lo expuesto, en atención a que el interesado no se encuentra en una situación especial de riesgo, pues ninguno de los factores reseñados por la jurisprudencia constitucional fue demostrado; en efecto: (i) no pertenece a algún grupo especial de protección (Tercera edad, víctima de desplazamiento, discapacitado o situación de debilidad manifiesta)[[11]](#footnote-11), pues tiene 51 años de edad; (ii) tampoco padece de enfermedad que le impida trabajar, ni se encuentra en situación de pobreza (Folio 79, cuaderno principal); y, (iii) menos se trata de un líder comunitario, trabajador social o defensor de derechos humanos en situación de riesgo.

Así las cosas, está en capacidad de resistir las dificultades que actualmente representan la asistencia y cuidado de su hija y esposa, mientras ejercita el mecanismo ordinario ante la justicia laboral.

En refuerzo de lo dicho, se tiene que su grupo familiar cuenta con servicio de salud bajo el régimen contributivo. Es cierto que su hija y esposa padecen de enfermedades especiales que ameritan un trato diferenciado y especial, sin embargo, esa condición por sí sola es insuficiente para dar por sentado que la EPS ha denegado el servicio de salud y que el actor haya tenido que asumir los gastos de forma particular, como lo afirma en la impugnación, por el contrario, las pruebas arrimadas al plenario dan cuenta de que la asistencia en salud siempre les ha sido brindada, sin obstáculo de índole alguna (Folios 4 a 16 y 20 a 22, ib.).

Vistas así las cosas, los argumentos esgrimidos, a la luz de la jurisprudencia acotada líneas atrás, son inadmisibles ya que el amparo solo es procedente ante la comprobación de una situación de vulnerabilidad irresistible o la amenaza inminente y grave de los derechos que haga impostergable la adopción de medidas que la prevengan; en ese orden de ideas, se torna insuperable el presupuesto de residualidad, por lo que se veda al juez constitucional un examen de fondo del asunto.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado se confirmará la decisión de primera instancia confutada por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a:

1. CONFIRMAR la sentencia dictada por el Único de Familia de Dosquebradas.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. 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

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-029 de 2018. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-225 de 1993. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-029 de 2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-029 de 2018, T-010 de 2017, T-0124 de 2015, T-398 de 2015, T-026 de 2010, T-728 de 2010 y T-149 de 2002. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-264 de 2018 y T-034 de 2018, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-265 de 2018. [↑](#footnote-ref-11)