

T-019-18

Sentencia T-019/18

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Regulación en la Ley 797 de 2003

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Requisitos

PADRE CABEZA DE FAMILIA-Desarrollo del concepto

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION ESPECIAL DE VEJEZ-Improcedencia
por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable

Para el análisis del caso en particular, aparte de poner de presente el hecho de que el actor no agotó los recursos encaminados a controvertir el acto administrativo expedido por Colpensiones. De las condiciones particulares que rodean al demandante y a su entorno familiar, no es posible determinar la urgencia que amerite la intervención del juez de amparo con la intención de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Referencia: Expediente T- 6378674

Acción de tutela interpuesta por Benjamín Chará contra Colpensiones.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada del 16 de marzo de 2017 y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán del 11 de mayo de 2017, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Benjamín Chará contra Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El señor Benjamín Chará, a través de apoderada, promovió acción de tutela en contra de Colpensiones, al considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y a la protección especial de las personas de la tercera edad, al negarle el reconocimiento de la pensión de vejez por hijo en condición de discapacidad, con ocasión de la patología que su hijo Víctor Alfonso presenta.

1. Hechos:

Manifestó la apoderada del señor Benjamín Chará, que su representado cuenta con 59 años de edad (nació el 31 de marzo de 1957) y 1.896 semanas cotizadas. Agregó que su hijo Víctor Alfonso Chará Mosquera fue calificado por Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral del 98.95%, tal y como consta en el dictamen expedido el 7 de diciembre de 2016[1], por presentar lesión cerebral, cuadriplejia y afección no especificada en período neonatal, estructurada desde el 19 de octubre de 1985.

Afirmó que debido a la condición de discapacidad que presenta el joven Víctor Alfonso, este no labora, siendo su señor padre la persona encargada del acompañamiento a las citas médicas, terapias y demás cuidados requeridos, situación que en la mayoría de las ocasiones se le dificulta, toda vez que labora en horarios de doce (12) horas.

Señaló que Víctor Alfonso es el único hijo que tiene el señor Chará con su esposa, y que por su condición especial requiere de unos cuidados específicos que implican fuerza, que no puede asumir sola su señora madre, sumado al comportamiento agresivo del joven.

Indicó que al acreditar los requisitos necesarios para acceder a la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de

la misma; empero, fue negada mediante Resolución GNR 41507 del 6 de febrero de 2017, aduciendo que el cotizante no cumplía con los requisitos exigidos en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, esto es,

- a. acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia, cuyos miembros dependan económicamente de él.
- b. acreditar que tiene un trabajo que le impide atender a su hijo inválido y que de dicho ingreso depende el sustento familiar. Y,
- c. haber cotizado el número mínimo de semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez.

Añadió que de forma incoherente, la accionada negó la prestación basada en conceptos propios y extraños a la legislación y a la jurisprudencia.

En tales condiciones, solicitó la protección de los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y a la protección especial de las personas de la tercera edad, reconociendo a su poderdante la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, por reunir los requisitos legales.

2. Trámite procesal

2.1 Mediante auto del 6 de marzo 2017, el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada, Cauca, admitió la acción de tutela y dispuso notificar a Colpensiones para que se pronunciara sobre los hechos y las pretensiones del actor[2].

2.2 La Gerente Nacional de la Administradora Colombiana de Pensiones, en respuesta a la demanda, manifestó que la acción de tutela es improcedente toda vez que el demandante dispone de otro mecanismo de defensa judicial para obtener el beneficio que implora, pues al tenor del artículo 6º del Decreto Estatutario 2591 de 1991, esta no será procedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y entidades administradoras, deberá ser conocida primero por la jurisdicción ordinaria laboral.

Refirió que en tal sentido, el accionante aun cuenta con la reclamación ante los jueces para dirimir su controversia y que por lo tanto, si presenta desacuerdo, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin.

Señaló, por último, que en este caso el actor intenta desnaturalizar este mecanismo constitucional, pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y la subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario[3].

3. Decisiones objeto de revisión

3.1 Primera instancia[4]

Mediante sentencia del 16 de marzo de 2017, el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada, Cauca, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por Benjamín Chará contra Colpensiones.

Lo anterior, al considerar que el actor no hizo uso de los recursos de reposición y apelación que la ley le otorga contra el acto administrativo que negó la pensión, para de esta manera dirimir las supuestas incoherencias que advierte en la actuación de la accionada.

3.2 Impugnación[5]

La representante del accionante presentó impugnación contra el fallo, entregando escrito similar a aquel con el que propuso la acción. Destacó así, la edad del accionante y el número de semanas cotizadas, la norma que regula la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, las particularidades del caso y la afirmación de que su representado acredita todos los requisitos necesarios para que se le reconozca la prestación.

Luego de referirse a los fundamentos de derecho, hizo hincapié en las sentencias T-389 de 2013, T-686 de 2012, C-1037 de 2003, C-227 de 2004 y C-989 de 2006 para concluir que la teleología de la norma es otorgarle de manera anticipada recursos económicos al progenitor a cuyo cargo se encuentre el niño o el adulto incapaz, con el fin de permitirle dedicar su tiempo a la adecuada rehabilitación de este.

3.3 Segunda instancia[6]

La Sala Laboral del Tribunal de Popayán, mediante sentencia del 11 de mayo de 2017, confirmó el fallo de primera instancia al encontrar que la situación aludida por el actor y el material probatorio allegado evidenciaban que no se cumplían los requisitos desarrollados jurisprudencialmente para que el a quo hubiese estudiado de fondo el presente asunto.

Luego de citar varias decisiones de esta Corporación[7], indicó que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela.

Consideró además que el juez de primer nivel acertó al considerar que la acción de amparo es improcedente para proteger los derechos fundamentales invocados por el actor como violentados, en tanto cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar su derecho pensional, bien sea ante la justicia ordinaria laboral o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Agregó que no existen elementos de juicio para establecer que los mecanismos judiciales de defensa con los que cuenta el actor para demandar el reconocimiento pensional no son idóneos ni eficaces y que tampoco se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Precisó que teniendo en consideración la calificación del estado de invalidez del hijo del accionante (98.95%), su fecha de estructuración (19 de octubre de 1985), que fue la misma fecha de nacimiento del agenciado, y el momento de la reclamación pensional (20 de enero de 2017), ello permite concluir que la situación ha sido sobrellevada por 31 años.

Destacó por último que el actor se encuentra vinculado a la Rama Judicial y convive con su esposa, por lo que al no aducirse que esta se encuentra en alguna situación personal especial que impida velar por sí misma y cuidar a su hijo, no resulta procedente tal reconocimiento. Tales consideraciones fueron suficientes para confirmar la sentencia de primer grado.

4. Pruebas obrantes en el expediente

Entre las pruebas aportadas en el trámite de la acción de tutela, esta Sala destaca las siguientes:

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor Benjamín Chará[8].
- Copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía del señor Víctor Alfonso Chará Mosquera[9].
- Copia de la declaración extra juicio del señor Benjamín Chará, en la que afirma que su estado civil es del unión libre, que es el padre del señor Víctor Alfonso Chará Mosquera, con quien convive, y que es el encargado de velar por su bienestar y subsistencia, suministrándole vivienda, alimentos y vestuario, entre otros[10].
- Copia del formulario de calificación de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del señor Chará Mosquera expedida por Colpensiones[11].
- Copia de la constancia de firmeza del dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Víctor Alfonso Chará Mosquera[12].
- Copia de solicitud de pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad presentada a Colpensiones el día 20 de enero de 2017[13].
- Copia de la Resolución GNR 41507 del 6 de febrero de 2017, por medio de la cual Colpensiones niega el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad al señor Benjamín Chará[14].
- Constancia de la Notificación 2017_2043120 de la resolución que resolvió la solicitud de la prestación económica solicitada por el señor Benjamin Chará[15].

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Conforme lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela es el medio idóneo para obtener la protección de los derechos invocados por el señor Benjamín Chará, y que presuntamente fueron vulnerados con la negativa del reconocimiento pensional de vejez por parte de su administradora de pensiones.

En tanto los jueces de instancia declararon improcedente el amparo por no acreditarse el requisito de subsidiariedad, la Sala deberá detenerse en el examen de la procedencia de la acción, de cara a esa especial característica. Solo si se supera dicho aspecto, entrará al fondo del asunto para determinar si hubo o no vulneración de garantías fundamentales en la actuación de la demandada.

Dentro del siguiente capítulo, con posterioridad a realizar ciertas precisiones relacionadas con el concepto de padre cabeza de familia, la Sala se referirá al cumplimiento de los requisitos de (i) legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) inmediatez y (iii) subsidiariedad.

3. Precisiones en cuanto al concepto de padre cabeza familia

Como la pretensión del señor Benjamín Chará consiste en el otorgamiento de la pensión de vejez por hijo en condición de discapacidad, la Sala estima oportuno precisar los requisitos necesarios para acceder a dicha prestación.

El artículo 9° de la Ley 797 de 2003[16] recoge las condiciones para acceder a la precitada pensión de vejez por hijo en condición de discapacidad, y así consagra la figura:

“Artículo 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Parágrafo 1°. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

(...)

La madre trabajadora cuyo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”.

Si bien el Congreso de la República al momento de la creación de dicha ley dispuso que únicamente la madre cabeza de familia tendría derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo situación de discapacidad, esta Corporación en la Sentencia C-989 de 2006, señaló:

“En conclusión, en el caso concreto del inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003–, la protección que allí se establece está encaminada en forma directa a beneficiar al niño o adulto discapacitado que por sus condiciones físicas o mentales no puede valerse por sí mismo, razón por la cual se torna en un sujeto de protección especialísima al cual Estado le debe brindar todas las garantías necesarias para el goce efectivo de sus derechos, de allí la necesidad de que indistintamente de que se trate de la madre o el padre, siempre que i) como lo dispone la norma la discapacidad del menor esté debidamente calificada y que ii) se hayan cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez, se deba conceder el beneficio

pensional allí previsto, de forma tal que, se pueda dar efectivo cumplimiento al propósito de la disposición legal ibídem, que no es otro que otorgarle de manera anticipada recursos económicos al progenitor a cuyo cargo se encuentre el niño o el adulto incapaz, con el fin de permitirle dedicar su tiempo a la adecuada rehabilitación de éste”.

La Corte, al considerar condicionalmente exequible el parágrafo 4.º de la ley en comento, adaptó la Ley 797 de 2003 a los precedentes constitucionales en los que se reconoció al padre cabeza de familia siempre y cuando se cumplan con los siguientes presupuestos:

“(i) Que sus hijos propios, menores o mayores discapacitados, estén a su cuidado, que vivan con él, dependan económicamente de él y que realmente sea una persona que les brinda el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento; que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas, pues se descarta todo tipo de procesos judiciales y demandas que se sigan contra los trabajadores por inasistencia de tales compromisos. (ii) Que no tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que en el evento de vivir con su esposa o compañera, ésta se encuentre incapacitada física, mentalmente o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, discapacitados o que médicamente requieran la presencia de la madre. (iii) Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste de acreditar los mismos requisitos formales que la Ley 82 de 1993 le impone a la madre cabeza de familia para demostrar tal condición.”

Así las cosas, si bien es cierto que tanto las leyes como la jurisprudencia han acogido el concepto de madre cabeza de familia atendiendo a las circunstancias sociales y culturales que rodean a la mujer y la ubican como la jefa del hogar, en pro de proteger a los niños, niñas y adolescentes, tanto el Legislador como la jurisdicción constitucional han reconocido que la misión de dirección, cuidado y sostenimiento del hogar también puede recaer en el padre siempre y cuando confluyan los presupuestos establecidos para tal fin[17].

En suma, que esta Corte reconozca al padre cabeza de familia, no exime a quien pretenda acreditar tal condición de cumplir con los requisitos anteriormente expuestos, los cuales resultan exigibles tanto para el hombre como para la mujer sin distinción alguna.

Hechas las anteriores precisiones, que pretenden dejar sentadas las bases para que pueda

otorgarse el beneficio, pasa esta Sala de Revisión a determinar si resulta procedente la tutela para el reconocimiento pensional.

4. Procedencia de la acción de tutela. Análisis del caso bajo estudio

4.1 Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor Benjamín Chará, mediante apoderada, y en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales, razón por cual se encuentra legitimado para actuar en esta causa, al igual que su abogada, pues en el poder conferido la facultó para ello[19].

4.2 Legitimación por pasiva

Colpensiones es una entidad pública, con la cual el actor tiene un vínculo, al ser esta la encargada de administrar sus aportes a pensión.

Por tanto, de conformidad con el numeral 4° del artículo 42 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales del actor.

4.3 Inmediatez

El requisito en mención exige que la acción de tutela sea interpuesta en un tiempo razonable y proporcional desde el supuesto hecho vulnerador, exigencia que se deriva de la finalidad de la acción constitucional, que pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces.

De igual manera, como lo ha dicho esta Corte, este requisito de procedencia tiene por objeto respetar o mantener la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos en un tiempo razonable, respecto de los cuales se presume la legalidad de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas.”[20].

Ahora bien, ante la ausencia de la precisión en los alcances del tiempo razonable, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que el requisito de inmediatez puede ser menos severo en atención a las condiciones particulares del caso objeto de estudio, en aplicación a los condicionamientos descritos en la Sentencia T -187 de 2012, esto es:

“(i) La existencia de razones válidas para la inactividad, como podría ser, por ejemplo, la ocurrencia de un suceso de fuerza mayor o caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad del actor para interponer la tutela en un término razonable, la ocurrencia de un hecho completamente nuevo y sorpresivo que hubiere cambiado drásticamente las circunstancias previas, entre otras.

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece, es decir, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual. Lo que adquiere sentido si se recuerda que la finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata.

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, lo que constituye un trato preferente autorizado por el artículo 13 de la Constitución que ordena que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

En este caso, se tiene que la Resolución GNR 41507 que negó la pensión especial al señor Chará fue expedida el 6 de febrero de 2017[21], y de acuerdo con las existencias procesales, notificada el 24 de febrero del mismo año a la abogada del accionante[22]. Por otra parte, la misma apoderada presentó la demanda el 3 de marzo de 2017[23].

Lo anterior significa que la acción de tutela fue presentada cinco (5) días hábiles después de notificada la precitada resolución, por lo que se estima un plazo prudente y razonable para demandar la presunta vulneración de garantías fundamentales.

4.4 Subsidiariedad

4.4.1 La acción de tutela ha sido diseñada para preservar las garantías fundamentales de los ciudadanos cuando se encuentren expuestas a un daño y en el sistema ordinario judicial no se prevea un mecanismo de defensa al que se pueda acudir, que goce de eficacia bastante, a la vista del evento que se dice vulnera derechos fundamentales.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, ella solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esa previsión corresponde al requisito de subsidiariedad que descarta la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”[24]. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuentan para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos, y el que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección.

Esta Corporación ha establecido que la precitada regla tiene una excepción, en tanto permite acudir a la acción constitucional, aunque exista otro procedimiento judicial, siempre y cuando el accionante demuestre unas circunstancias particulares que hagan que la vía ordinaria no sea la apropiada, en atención a la incuestionable amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, frente a lo cual surge la necesidad de adoptar medidas urgentes e

inmediatas con el fin de eludir el perjuicio ocasionado.[25]

En el mismo sentido ha indicado que el análisis de procedibilidad de la acción no puede hacerse de la misma manera respecto de aquellas personas que se encuentran en un grado superior de vulnerabilidad, ya que, por una parte, la subsidiariedad se verifica caso a caso y, por otra, en esos eventos el examen se flexibiliza atendiendo a las condiciones particulares del sujeto[26].

Bajo esas condiciones, “el operador judicial debe examinar la situación fáctica que define el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues, si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad o en condición de discapacidad, etc.) o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente”[27]. Por tanto, se hace imperioso verificar las características de los sujetos de especial protección constitucional, ya que no hacerlo se convierte en una medida constitucionalmente inadmisibile, dejando sin contenido el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

De igual forma, el análisis de subsidiariedad también determina los efectos del fallo que ha de emitir el juez constitucional. La Corte ha puntualizado que una vez realizado el examen se deben establecer los efectos del fallo, esto es, si las órdenes serán definitivas o transitorias[28].

En la primera de las hipótesis se tiene que el recurso no supera los estándares de idoneidad y eficacia, evento en el cual, debe resolver de fondo y definitivamente el asunto. En la segunda de las hipótesis, el recurso es idóneo y eficaz, pero existe un riesgo de que se cause un perjuicio irremediable sobre el derecho fundamental amenazado, de ahí entonces que las órdenes del juez deban ser transitorias hasta tanto y por máximo cuatro meses, la persona acuda a la vía adecuada y el juez ordinario decida el fondo del asunto[29].

El principio de subsidiariedad en el ámbito de la Seguridad Social implica que, por regla general, la acción de tutela no puede utilizarse para el reconocimiento y pago de derechos pensionales, ya que existen mecanismos judiciales ordinarios con los que pueden debatirse los asuntos derivados del litigio pensional.

Así las cosas, la labor del juez constitucional es la de estudiar el caso con base en el análisis del expediente, para, de esta manera, definir si existen razones para zanjar el problema jurídico y conceder el amparo siquiera transitoriamente. De no ser así, deberá declarar la improcedencia del amparo.

4.4.2 En el análisis de este asunto, lo primero que ha de destacar la Sala es que el señor Chará acudió a este mecanismo de amparo a través de apoderada judicial[30], que fue la misma a la que confirió poder para que hiciera la reclamación respectiva ante Colpensiones[31] y la que se notificó de la determinación adoptada por la entidad administradora de pensiones en febrero de 2017[32].

Es decir, no acudió por sí mismo a la reclamación de sus derechos, bien en la vía administrativa, ora en la constitucional, lo que implica que sobre su actuación se presenten exigencias más serias, en tanto se encuentra representado por una persona experta en derecho y que conoce las acciones y los recursos que proceden en contra de las decisiones que se adopten.

Por ello es que uno de los reparos que se encuentra en este asunto, tal como se definió en las instancias, es que en lugar de proponer los recursos en la vía gubernativa, la apoderada del accionante decidió acudir a la acción de tutela de manera inmediata, una vez fue negada la prestación (a la siguiente semana de ser notificada), sin siquiera agotar los recursos propios de una decisión de esa naturaleza, ni acudir al proceso judicial que podía adelantarse con ocasión de la negativa.

En efecto, tal como se referenció en el acápite antecedente, la Resolución GNR 41507 del 6 de febrero de 2017 emitida por Colpensiones, le fue notificada a la abogada el viernes 24 de febrero siguiente. En el trámite de notificación consta su firma y la de la persona encargada del diligenciamiento[33].

No obstante la negativa y la salvedad de que contra lo resuelto procedían los recursos de reposición y en subsidio de apelación[34], la abogada no interpuso ninguno de ellos, sino que, más bien, a la siguiente semana, instauró la acción de tutela de que conoce la Corte[35].

Lo que ello denota en una profesional del derecho, como lo es la representante del señor

Chará, es que en lugar de acudir a los recursos que le otorgaba la misma ley, y de lo que fue expresamente informada, prefirió hacerlo ante la justicia constitucional, cuestión que no puede cohonestarse, pues está claro que la apoderada escogió entre los recursos en la vía ordinaria y la acción de tutela, saltándose entonces el procedimiento legalmente establecido.

Debió pues proponer los recursos que le confería la misma ley o acudir a la jurisdicción correspondiente para que se definiera en esas instancias la problemática planteada, pero no preferir la acción de amparo para reemplazar los mecanismos de defensa que la misma ley le otorga.

Si se permite el uso caprichoso de la acción de tutela, como lo tiene establecido esta Corporación[36], (i) se atentaría contra la tutela judicial efectiva, (ii) se transgrediría el derecho a un trato igualitario frente a quienes de manera diligente agotan los procesos comunes para la protección de sus derechos y, por último, (iii) se promovería la congestión judicial.

Debe reiterarse que el señor Chará, así como su abogada, no agotaron la vía gubernativa después de notificada la Resolución GNR 41507 del 6 de febrero de 2017, mediante la cual Colpensiones negó el reconocimiento de la prestación al considerar que el actor no cumplía con los requisitos establecidos en la ley para tal fin.

Si la queja del accionante es la existencia de supuestas incongruencias en la resolución que negó la prestación y que hoy pone de presente en el mecanismo constitucional, debió plantear el debate en esa instancia, a efectos de que a través del recurso de reposición se modificara la postura asumida por el funcionario encargado del trámite, o que fuera revisada por el superior, para determinar si existían las falencias alegadas.

Entonces, no puede preferirse la acción de tutela cuando se cuenta con los mecanismos ordinarios de defensa, porque es con estos que el ciudadano ejerce la facultad de disentir de las decisiones de la administración. Una vez que los ha agotado e igualmente ha acudido a la jurisdicción correspondiente, surge la acción de amparo como remedio procesal para asegurar la defensa de sus derechos.

4.4.3 Ahora, la norma[37] del Decreto Estatutario 2591 es clara en determinar que se

puede acudir a la acción de tutela si existe un perjuicio irremediable que debe ser conjurado y si se debe proteger el derecho de modo transitorio o definitivo.

En este sentido, debe indicarse que al juez constitucional le corresponde valorar la existencia de los requisitos que jurisprudencialmente ha señalado esta Corte para determinar si resulta necesario amparar y reconocer, de manera transitoria o definitiva, un derecho prestacional propio que debe ser definido por la jurisdicción ordinaria laboral a quien por este mecanismo lo requiere[38].

Frente a la estructuración del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional, desde la Sentencia T-225 de 1993, indicó como elementos configurativos del mismo, la inminencia, la urgencia, la gravedad, y la impostergerabilidad, amén de que se estableció que es el perjudicado quien debe proponerlo y probarlo.

En este escenario, la protección es temporal y exige que el accionante dé cuenta de: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergerable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo.

Bajo estas condiciones, para determinar la procedencia de la acción de tutela en aplicación al principio de subsidiariedad, es deber del juez constitucional prever situaciones que puedan eventualmente causar un daño a personas que por sus calidades sean sujetos de especial protección constitucional.

Por este motivo, para el análisis del caso en particular, aparte de poner de presente el hecho de que el actor no agotó los recursos encaminados a controvertir el acto administrativo expedido por Colpensiones, ha de tenerse en cuenta si las condiciones económicas y personales en las que se encuentra el actor y su familia permiten concluir que la acción ante la jurisdicción ordinaria carece de idoneidad y que por tanto emerge la tutela, precisamente, para evitar un perjuicio del carácter del comentado.

En lo que a ello respecta, debe precisarse que no existe una justificación clara que lleve a considerar que era urgente e inminente la intervención del juez de tutela y que, por tanto, pudiera hacerse caso omiso de la necesidad de que se agotaran la vía gubernativa y las

instancias del proceso laboral, pues aparte de que el accionante acudió al trámite administrativo a través de abogada, como lo hizo también ante la justicia constitucional, no se evidencia una situación de tal gravedad que lleve a la protección invocada.

En este evento, los mecanismos ordinarios con los que cuenta el accionante guardan la idoneidad y la eficacia requerida, pues se encuentran establecidos para que a su interior se ventilen las circunstancias que ante el juez de tutela expone el señor Chará.

Si bien es cierto el hijo del actor es un sujeto de especial protección constitucional por los padecimientos que lo aquejan, de las condiciones particulares que rodean al demandante y a su entorno familiar, no es posible determinar la urgencia que amerite la intervención del juez de amparo con la intención de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En relación con las condiciones económicas, el actor tampoco indicó que afronta una situación financiera difícil, y más cuando de acuerdo con lo que se aportó al expediente, se encuentra laboralmente activo[39], situación de la cual es posible inferir que está en condiciones de atender las necesidades de su núcleo familiar, como lo ha venido haciendo hasta la fecha.

Quiere decir lo anterior que el hecho de que (i) el actor se encuentre laboralmente activo; (ii) conviva con la madre del agenciado; y (iii) la situación que expone haya permanecido en el tiempo, conllevan a que Sala afirme que no confluyen los elementos de juicio apropiados que evidencien la inminente materialización de un perjuicio irremediable.

Por otro lado, habrá de aclararse que el accionante no labora para la Rama Judicial.

En este sentido, la Sala precisa que aunque la sentencia de segunda instancia dio por sentado que el demandante se encontraba vinculado a la Rama Judicial[40], una vez revisado el expediente, se evidencia que el Tribunal infirió dicha situación equivocadamente, del formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional[41]. En efecto, en el apartado uno (1) de dicho formato, existen diferentes ítems que deben ser diligenciados por los profesionales encargados. Entre ellos, aparece el título de “Rama Judicial” que no fue llenado, como sí ocurrió con la fecha, el número del dictamen, el motivo de la solicitud, la información de la entidad calificadora y los datos personales de la persona calificada.

Así, el Tribunal interpretó de manera equivocada el formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional obrante en el dossier. Adviértase que en el apartado uno (1) del referido formulario, se registran los siguientes ítems:

“Fecha dictamen: miércoles, 07 diciembre 2016 Dictamen No: 2016192928II

Motivo solicitud: Primera oportunidad: X Primera Instancia: Segunda Instancia:

Solicitante: EPS: AFP: ARL: Empleador: Rama Judicial: Otro:

Afiliado: Pensionado:

(...)" .

Es decir, el formulario cuenta con unos ítems que debían ser diligenciados, como claramente se advierte en lo que acaba de transcribir la Sala, y que no lo fueron, pues donde se colocó la única equis (X) de tal apartado, fue en el de “Primera oportunidad” como motivo de la solicitud, de donde se infiere que el referenciado como “Rama Judicial” solo hacía parte de las entidades que aparecen allí como las que pueden solicitar la calificación.

Además, el formato de donde se desprende la afirmación de la segunda instancia, se refiere a la calificación hecha a Víctor Alfonso Chará Mosquera, hijo del actor, quien fue dictaminado con una pérdida de capacidad laboral del 98,95%, originada desde su nacimiento[42] y quien, por lo tanto, no ha laborado a lo largo de su vida. Es decir que Víctor Alfonso tampoco estuvo vinculado a la Rama Judicial, ni a ninguna otra entidad.

De manera que es un desacierto de la segunda instancia afirmar que el accionante trabaja en la Rama Judicial, cuando, como se indicó en la demanda[43] y la declaración extraproceso[44], labora en oficios varios.

Pero si se quiere ahondar un poco más, la Resolución GNR 41507 de Colpensiones[45], a través de la cual se negó el reconocimiento pensional, destacó que el peticionario había prestado sus servicios a diferentes entidades, iniciando el 10 de octubre de 1978 con “Cultivos Ingenios del Cauca”, continuando con “Viáfara Bravo Cía. Ltda.”, siguiendo con

“Martínez y Ortiz Ltda.”, y haciéndolo finalmente en el “Ingenio La Cabaña S. A.” desde el 1º de junio de 1998 hasta el 1º de diciembre de 2016, según indica el reporte presentado por la Administradora de Pensiones.

Lo anterior significa que el accionante no ha trabajado en la Rama Judicial, como se aseguró en la sentencia de segunda instancia, sino que ha estado desempeñando oficios varios en el Cauca, donde, según se relacionó en el escrito de tutela, ha laborado 12 horas diarias.

Por consiguiente importa destacar que el accionante labora, no para la Rama Judicial, sino que lo ha hecho en oficios varios en diferentes entidades del Cauca, de lo que se infiere que está en condiciones de atender las necesidades de su familia, tal como se expuso.

De otro lado, puede decirse que al tener una pareja, con la que convive en unión libre[46], se entiende que existe otra persona que también puede velar por las condiciones particulares de Víctor Alfonso, por lo que menos se configura el perjuicio irremediable que lleve a que la acción de tutela supla el trámite administrativo que debió agotarse o el proceso ordinario ante la justicia laboral.

Por tanto, la Sala no advierte la configuración de un perjuicio de la índole señalada, que torne procedente la acción de forma transitoria, pues de las circunstancias acreditadas en el diligenciamiento, no se colige que la falta del reconocimiento pensional tenga una repercusión grave e inminente en los derechos fundamentales del actor o en las condiciones de su núcleo familiar, que amerite la intervención urgente del juez de tutela.

De forma particular, se reitera que en el presente caso no se demostró que la ausencia del ingreso reclamado por el accionante tenga incidencia en los derechos fundamentales del actor o en la satisfacción de sus necesidades básicas. Por el contrario, las circunstancias referidas evidencian que la discusión que plantea, relacionada con el reconocimiento pensional, puede ser discutida a través de las vías ordinarias.

Así las cosas, tal como se determinó en las instancias, el actor debió proponer los recursos procedentes en sede administrativa, o acudir a la jurisdicción ordinaria, encargada de zanjar las controversias en materia pensional, para que sea esta la que se pronuncie de fondo sobre el particular y no el juez constitucional, impedido para invadir tales competencias, por lo que se confirmarán las decisiones de instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Popayán del 11 de mayo de 2017, que a su vez confirmó la del Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada del 16 de marzo de 2017, que declaró improcedente la tutela de los derechos al debido proceso, a la seguridad social, a la igualdad y a la protección especial de las personas de la tercera edad del señor Benjamín Chará.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno 1, folio 21.

[2] Cuaderno 1, folio 36 y 34.

[3] Cuaderno 1, folios 41 al 43.

[4] Cuaderno 1, folios 56 a 60.

[5] Cuaderno 1, folio 65 al 69.

[6] Cuaderno 2, folios 3 a 12.

[7] Citó las Sentencias T-373 de 2016, T-326 de 2015 y T-142 de 2013.

[8] Cuaderno 1, folio 15.

[9] Cuaderno 1, folios 23 y 25.

[10] Cuaderno 1, folio 16.

[11] Cuaderno 1, folios 18 a 22.

[12] Cuaderno 1, folio 24.

[13] Cuaderno 1, folios 10 al 14.

[14] Cuaderno 1, folios 28 a 33.

[15] Cuaderno 1, folio 27.

[16] “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”

[17] Consultar las Sentencias C 184 de 2003, SU 389 de 2005, T - 534 de 2017, entre otras.

[18] Decreto Estatutario 2591 de 1991: “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.”.

[19] Cuaderno 1, folios 1 y 2.

[20] Sentencia T-106 de 2017.

[21] Cuaderno 1, folio 28.

[22] Cuaderno 1, folio 27.

[23] Cuaderno 1, folio 35 vuelto.

[24] Sentencia T-580 del 26 de julio de 2006.

[25] Ver Sentencias T 662 de 2013, T - 398 de 2015, T - 679 de 2015, entre otras.

[26] Sentencia T-679 de 2015.

[27] Sentencia T-589 de 2011.

[28] Sentencia T-662 de 2013.

[29] Decreto 2591 de 1991.

[30] Cuaderno 1, folios 1 y 2.

[32] Cuaderno 1, folio 27.

[33] Cuaderno 1, folio 27.

[34] Así se lee en el formato de notificación: “Enterado de su contenido, se informa que contra la presente SI X NO __ procede los recursos de reposición y subsidio de apelación, los cuales deben ser interpuestos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 76 de la ley 1437 del 2011” (Cuaderno 1, folio 27)”

[35] Cuaderno 1, folio 35 vuelto.

[36] Sentencia SU - 337 de 2017.

[37] El Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece: “Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante. (...)”.

El Artículo 8º, de su lado, precisa: “La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”.

[38] Sentencias T-291 y T-012 de 2017.

[39] En el expediente se indicó: En la demanda, que labora en horarios de doce horas, lo que le impide prestar una mejor ayuda a su hijo (fl. 4-1), y en la declaración extrajuicio, que se dedica a oficios varios (fl. 18-1).

[40] Cuaderno 2, folio 11.

[41] Cuaderno 1, folio 18.

[42] 19 de octubre de 1985.

[43] Cuaderno 1, folio 4.

[44] Cuaderno 1, folio 16.

[45] Cuaderno 1, folios 28 a 33.

[46] Así se expresó en la demanda (fl. 4-1) y aparece en la declaración extrajuicio (fl. 16-1).