

T-412-18

Sentencia T-412/18

ACCION DE TUTELA PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia por no cumplir requisitos de subsidiariedad e inmediatez

Referencia: Expediente T-6.703.692

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela de segunda instancia proferido el 14 de diciembre del año 2017, por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, mediante el cual se confirmó la providencia emitida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali que “negó por improcedente” la acción de tutela promovida por el señor Antidio Chilito Chilito en contra de Colpensiones.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión mediante Auto del 27 de abril de 2018, proferido por la Sala de Selección Número Cuatro (4)[1].

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos probados

1. Antidio Chilito Chilito nació el 30 de julio de 1946. Para la fecha de entrada en vigencia

de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994), tenía 47 años[2] (actualmente tiene 72) y, como tal, era beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 ibídem. Para esa misma fecha, Antidio Chilito Chilito tenía, aproximadamente, 153 semanas de cotización al sistema pensional[3].

2. Para el 22 de julio de 2005, cuando entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, el señor Chilito Chilito no tenía cotizadas las 750 semanas que, según el parágrafo transitorio 4º de dicha reforma de orden constitucional, se requerían para que el régimen de transición se extendiera hasta el año 2014. Es, por tanto, que el régimen de transición, para el caso del demandante, se extendió hasta el 31 de julio de 2010.

3. Según lo que se probó durante el proceso de amparo, especialmente con la historia clínica obrante a folio 38A del cuaderno No. 1 del expediente de tutela de la referencia, el ciudadano Chilito Chilito padece de las siguientes afecciones: (i) glaucoma bilateral; (ii) HTA controlada, e (iii) hipotiroidismo[4].

4. Agotado el trámite de rigor que corresponde, el accionante le solicitó a Colpensiones que gestionara la calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL). El 30 de julio del año 2014, el Grupo Médico Laboral de esta última entidad determinó una pérdida de capacidad laboral del 54.84%, de origen “enfermedad” y de riesgo “común”[5]. Se determinó como fecha de estructuración de la incapacidad el día 19 de julio de 2014[6].

5. Para el momento de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, Antidio Chilito Chilito había realizado aportes por un total de 855,14 semanas, discriminadas así[7]:

ENTIDAD LABORÓ

DESDE

HASTA

NOVEDAD

DÍAS

PIZARRO B RAFAEL

1968/02/08

1968/04/18

TIEMPO SERVICIOS

71

AMP PLANTA RÍO CAUCA

1968/04/08

1968/07/22

TIEMPO SERVICIOS

106

AMP PLANTA RÍO CAUCA

1969/02/20

1969/04/28

TIEMPO SERVICIOS

CONURBANAS

1969/09/18

1970/01/21

TIEMPO SERVICIOS

126

1 CONURBANAS

1970/01/22

1970/07/02

TIEMPO SERVICIOS

162

SASTRERÍA MODERNA

1971/03/25

1971/11/23

TIEMPO SERVICIOS

244

GOODYEAR DE COL SA

1974/03/27

1974/05/25

TIEMPO SERVICIOS

60

1 E MURRLE Y L RODAS

1975/02/24

1975/04/09

TIEMPO SERVICIOS

45

PINSKI Y ASOCIADOS SA

1975/04/10

1975/10/15

TIEMPO SERVICIOS

189

ANTIDIO CHILITO      CHILITO

1997/10/01

1999/11/30

TIEMPO SERVICIOS

780

ANTIDIO CHILITO      CHILITO

2000/01/01

2001/02/26

TIEMPO SERVICIOS

416

2001/03/01

2002/02/27

TIEMPO SERVICIOS

357

ANTIDIO CHILITO      CHILITO

2002/03/01

2009/11/13

TIEMPO SERVICIOS

2773

ANTIDIO CHILITO          CHILITO

2009/12/01

2011/07/31

TIEMPO SERVICIOS

600

ANTIDIO CHILITO          CHILITO

2011/02/01

2012/01/31

TIEMPO SERVICIOS

210

6. Con fundamento en la calificación de pérdida de capacidad laboral, el accionante, mediante petición del 12 de agosto del año 2014[8], solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Colpensiones, por medio de la Resolución GNR 255263 del 23 de agosto de 2015, negó la solicitud. Esa decisión quedó en firme luego de que el actor no interpusiera ningún recurso en su contra. La entidad estatal accionada, para adoptar dicha decisión, tuvo en cuenta la fecha de estructuración de la invalidez y el hecho que el actor no acreditó haber cotizado, al menos, cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha determinada para la estructuración de la invalidez[9].

7. El señor Chilito Chilito inició el proceso ordinario ante los jueces laborales. Por reparto, el proceso fue asignado al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, que, en sentencia del 26 de enero de 2016[10], negó las pretensiones de la demanda. Para tales

fines, el juez laboral expuso las siguientes consideraciones:

9. (ii) El accionante no acreditó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez que contempla el parágrafo 2º del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en la medida en que, a la fecha de estructuración de la invalidez, no tenía cotizadas, al menos, el setenta y cinco (75) % de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez.

10. (iii) El tutelante tampoco cumplió con los requisitos dispuestos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (sin la modificación de que trata el numeral anterior), norma que se consideró aplicable en atención al principio de condición más beneficiosa, según la interpretación que del mismo ha tenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

11. El apoderado interpuso el recurso de apelación contra la sentencia antes referida. Sin embargo, no sustentó en debida forma el recurso[11]. Por esta razón, mediante auto del 26 de enero (dictado en audiencia), se declaró desierto el recurso de apelación. Con todo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral, el expediente ordinario fue remitido al juez ad quem para que procediera a tramitar el respectivo grado jurisdiccional de consulta.

12. La decisión del a quo fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, mediante sentencia dictada el 18 de mayo del año 2016[12]. La decisión reiteró los argumentos en que se fundamentó el fallo consultado y fue notificada ese mismo día durante la audiencia en la que fue proferida.

## 2. Pretensiones y fundamentos

13. El 2 de noviembre de 2017, el señor Chilito Chilito, por intermedio de apoderada judicial, presentó acción de tutela en contra de Colpensiones, con el fin de que se protegieran sus derechos al debido proceso, al mínimo vital móvil y a la seguridad social. En consecuencia, solicitó que se reconociera y pagara la pensión de invalidez a la que consideró tener derecho. Subsidiariamente, solicitó que “[...] se orden[ara] a COLPENSIONES realizar un estudio de la pensión de invalidez del señor CHILITO a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 parágrafo 2 en el sentido de exigir 25 semanas de

cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez por contar con el 75% de las semanas (...) exigidas para pensión de vejez con régimen de transición como lo ha interpretado la [S]ala de [C]asación [L]aboral de la [C]orte [S]uprema de [J]usticia[13] (negritas propias).

14. En criterio de la parte tutelante, si bien es cierto que no se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, también lo es que sí se encontraban acreditados los requisitos del párrafo 2º de esa misma norma[14], ya que se cotizaron veinticinco (25) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. La aplicación de esa norma, en criterio de la parte actora, era posible porque el accionante fue beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 y, especialmente, porque se probaron cotizaciones por el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez. Esta hipótesis, según lo planteó, fue dispuesta por el citado párrafo para que se reconociera la pensión de invalidez con solo acreditar veinticinco (25) semanas de cotización y no cincuenta (50).

15. La apoderada del accionante solicitó que se tuvieran en cuenta las particularidades médicas registradas en la historia clínica de su mandante y la difícil situación económica que afrontaba y, especialmente, el hecho de que, actualmente, asumía el pago de un canon de arrendamiento, servicios públicos y alimentación[15] y no tenía una fuente estable de ingresos para asumir dichas obligaciones.

### 3. Respuesta de la parte accionada e interesados

16. En el auto admisorio de la acción de tutela, del 3 de noviembre de 2017[16], se ordenó notificar de la solicitud de amparo a Colpensiones. Igualmente se dispuso vincular al proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali y a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali.

17. Colpensiones, por intermedio de la Gerencia de Defensa Judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción. Argumentó, por un lado, que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, porque la parte actora contaba con “[...] los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para [hacer valer sus pretensiones]”[17] y, por otra, porque el señor Chilito Chilito no aportó pruebas que

permitieran tener probado un perjuicio irremediable[18]. Puso de presente, además, que en los archivos de la entidad no se reportaba alguna solicitud en trámite o alguna petición que no hubiere sido resuelta de fondo.

18. Las autoridades judiciales vinculadas al trámite de amparo, pese a haber sido notificadas en debida forma[19], guardaron silencio.

#### 4. Decisiones objeto de revisión

19. El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, en sentencia del 20 de noviembre de 2017, “negó por improcedente” la acción de tutela, por no cumplir el requisito de inmediatez[20]. En criterio del juez de primera instancia, la demanda de amparo no fue interpuesta en un término razonable, en la medida en que “[...] la providencia que confirmó la sentencia de primera instancia en grado de consulta fue proferida el 18 de mayo de 2016 (fl. 7 c:2), y (...) [la acción de tutela fue] radicada (...) el 03 de noviembre de 2017 [...]”[21], esto es, porque transcurrieron más de diecisiete (17) meses entre uno y otro momento.

20. Igualmente, el a quo consideró que el accionante no era un sujeto de especial protección constitucional y, además, que las pruebas del expediente no daban cuenta de que estuviera en una condición de pobreza o debilidad manifiesta.

21. El día 27 de noviembre de 2017, la apoderada del accionante impugnó la decisión adoptada en primera instancia[22]. Señaló, por una parte, que la acción de tutela “[...] no se inició (...) mucho antes por desconocimiento del señor CHILITO e indebida representación por parte de su abogado [...]”[23] y, por la otra, que el actor sí era un sujeto de especial protección constitucional, al tener 71 años y dada su condición de invalidez. Adicionalmente, la parte impugnante insistió en los argumentos de la demanda de tutela, especialmente, en que el señor Chilito Chilito tenía derecho a la pensión de invalidez que demandaba, debido a que cumplía los requisitos legales.

22. La Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, en fallo del 14 de diciembre de 2017[24], confirmó la decisión impugnada en sede de tutela, pero con fundamento en que la parte actora no interpuso el recurso extraordinario de casación en contra de la decisión adoptada en el proceso ordinario laboral[25]. El juez ad quem no se pronunció acerca del requisito de

inmediatez, como tampoco ante la presunta condición de sujeto de especial protección constitucional del accionante.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

23. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico de procedibilidad

24. Le corresponde a la Sala establecer si la acción de tutela es procedente, por satisfacer los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. En caso de que lo sea, luego, le corresponde a la Sala formular y resolver los problemas jurídicos sustanciales del caso en concreto.

25. La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, ya fuera por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por esta Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de legitimación en la causa, un ejercicio subsidiario y un ejercicio oportuno (inmediatez).

#### 2.1. Legitimación en la causa

26. Con relación al requisito de legitimación en la causa por activa[26], esta se acredita, dado que la ejerce, por conducto de apoderada judicial, el señor Antidio Chilito Chilito[27], que considera vulnerados sus derechos al debido proceso, al mínimo vital móvil y a la seguridad social, como consecuencia de la decisión adoptada en la Resolución GNR 255263 del 23 de agosto de 2015[28], proferida por Colpensiones que le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

27. La legitimación por pasiva se cumple en la medida en que es Colpensiones la autoridad pública a la cual se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital móvil y a la seguridad social, al negarse a reconocer al señor Chilito Chilito la pensión de invalidez.

28. Resulta del caso precisar que aunque al proceso se vincularon[29] al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali y al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, lo cierto es que el problema jurídico planteado en el trámite de tutela, así como el debate que llevaron a cabo los jueces de primera y segunda instancia, no guardan relación con las decisiones judiciales adoptadas por dichas autoridades. De esto dan cuenta, de un lado, el análisis del expediente y especialmente el de la demanda de tutela, en la que no se hizo referencia a dichas autoridades en lo que tiene que ver con las pretensiones o argumentos sustantivos, y, del otro, los problemas jurídicos formulados en los fallos de primera[30] y segunda instancia[31].

## 2.2. Subsidiariedad

29. La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. Con fundamento en la obligación que el artículo 2 de la Constitución impone a las autoridades de la República, de proteger a todas las personas en sus derechos y libertades, los distintos mecanismos judiciales previstos en la ley han sido establecidos para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como un mecanismo subsidiario frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son, entonces, los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr la protección de sus derechos, tal como disponen el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1 del artículo 6 y el inciso 1º del artículo 8 del Decreto 2591 de 1991[32].

30. De las disposiciones en comento se infieren, al menos, los siguientes cuatro postulados, en relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela:

31. (i) La acción de tutela debe proceder de forma directa y definitiva cuando no exista otro medio o recurso de defensa judicial que garantice la protección de los derechos constitucionales fundamentales. De existir otro medio o recurso de defensa judicial, primero, se debe determinar si fue interpuesto y resuelto por la autoridad judicial

competente o, segundo, en caso de que no se hubiese agotado, determinar su existencia formal en el caso sub examine[33].

32. (ii) En caso de ineficacia[34], la tutela debe proceder de manera definitiva. El juez de tutela debe determinar la eficacia en concreto (y no meramente formal o abstracta) de los otros medios o recursos de defensa, tal como dispone el apartado final del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991[35], en la medida en que el lenguaje constitucional apunta a valorar la efectividad del medio de defensa en relación con las condiciones del individuo.

33. (iii) La tutela debe proceder de manera transitoria siempre que se acredite un supuesto de perjuicio irremediable.

34. (iv) En caso de no acreditarse una situación de vulnerabilidad o un supuesto de perjuicio irremediable la acción de tutela debe declararse improcedente[36], dada la eficacia en concreto del medio judicial principal y la inexistencia de una situación inminente, urgente, grave e impostergable[37] que amerite su otorgamiento transitorio.

35. En relación con el caso en concreto, advierte la Sala que la acción de tutela de la referencia se orienta a controvertir la decisión adoptada por Colpensiones, por medio de la Resolución del 23 de agosto de 2015. Sin embargo, el accionante pasa por alto que esa decisión fue sometida al control judicial de las autoridades competentes y, sobre todo, que estas analizaron y descartaron los argumentos que se plantean ante el juez de tutela, esto es, (i) que los beneficios del régimen de transición, para el caso del señor Chilito Chilito, estuvieron vigentes hasta el 31 de julio del año 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005[38]; (ii) que, teniendo en cuenta lo anterior, el actor no cumplió con los requisitos dispuestos en el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003[39], para el reconocimiento de la pensión de invalidez; (iii) que no cotizó las cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (19 de julio de 2014), de que trata el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003[40], y (iv) que no era procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez acudiendo al principio de condición más beneficiosa, según el entendimiento que del mismo había tenido la jurisdicción ordinaria, debido a que el señor Chilito Chilito no había cumplido los requisitos de la legislación inmediatamente anterior a la vigente.

36. En el presente asunto, para la Sala, se trata de un caso en el que se acude la acción de tutela como un medio judicial adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, para el caso, del proceso ordinario laboral, pues con esta -la tutela- lo que se pretende es la corrección del criterio interpretativo de los jueces naturales de la causa y, con esto, desconocer los mecanismos dispuestos por el legislador para controvertir la resolución objeto del este proceso de amparo. Una conclusión contraria vaciaría de contenido la competencia del juez laboral, en el sentido de que la finalidad específica del procedimiento ordinario es, precisamente, la de revisar si se cumplen o no los requisitos legales para el reconocimiento de aquellas prestaciones económicas que reconoce el Sistema General de Seguridad Social (SGSS).

37. Es del caso insistir en que, durante el trámite de instancia, las decisiones judiciales adoptadas no fueron cuestionadas de forma concreta y, en consecuencia, el análisis jurídico en el presente caso debe circunscribirse a la decisión adoptada por Colpensiones consistente en negar el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Chilito Chilito. Esta precisión es de la mayor importancia porque si bien la Sala no desconoce que, como juez de tutela, tiene competencia para estudiar las posibles violaciones de los derechos fundamentales que hubieran podido presentarse con ocasión de las sentencias dictadas dentro del proceso ordinario iniciado por el ahora tutelante, lo cierto es que en el presente caso, dadas las circunstancias en las que se surtió el proceso de amparo, en las dos instancias, y lo que pretendió la parte actora, no resultaría posible hacerlo sin modificar la litis del proceso y, con ello, afectar el debido proceso de las partes y terceros intervinientes, especialmente el derecho de contradicción y defensa que les asiste.

38. La Sala advierte, entonces, el incumplimiento del requisito de subsidiariedad en el caso concreto, en los términos previamente expuestos y en el contexto señalado. Si bien, la argumentación anterior pudiera considerarse suficiente para declarar improcedente la acción de tutela, es relevante hacer referencia al cumplimiento del requisito de inmediatez, dadas las particularidades de las pretensiones en sede de tutela y los antecedentes del caso.

### 2.3. Inmediatez

39. La definición acerca de cuál es el término “razonable” que debe mediar entre la

fecha de ocurrencia de la presunta afectación de los derechos fundamentales y su cuestionamiento en sede de tutela no ha sido pacífica en la jurisprudencia. Por tal razón, de manera abstracta y previa, este solo puede catalogarse como prima facie, pues su valoración concreta está sujeta a las circunstancias específicas del caso, a las condiciones del tutelante (en especial a su situación concreta de vulnerabilidad), a los intereses jurídicos creados a favor de terceros por la actuación que se cuestiona y a la jurisprudencia constitucional en casos análogos. La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática en afirmar que la acción de tutela debe presentarse dentro de un término oportuno, justo y razonable[41]. Asimismo, ha indicado que en algunos casos 6 meses podría ser el término razonable y que, en otros, 2 años puede ser el plazo límite para su ejercicio[42]. La sentencia SU-439 de 2017 reiteró el precedente señalado en la sentencia SU-961 de 1999, según el cual el término prudencial de interposición de la tutela implica: “cierta proximidad y consecuencia de los hechos que se dicen violatorios de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional”. De manera reciente, también, en la sentencia SU-427 de 2016, al hacer referencia, de manera general al alcance que la jurisprudencia constitucional le ha otorgado al requisito de inmediatez, indicó:

“7.6. Ahora, si bien la Constitución y la ley no establecen un término expreso de caducidad, en la medida en que lo pretendido con el amparo es la protección concreta y actual de un derecho fundamental, este Tribunal, en varias providencias, ha sostenido que ante la inexistencia de un término definido, en algunos casos se ha considerado que el plazo oportuno es de seis meses, luego de lo cual podría declararse la improcedencia de la tutela, a menos que, atendiendo a las particularidades del caso sometido a revisión, se encuentren circunstancias que justifiquen la inactividad del accionante<sup>107</sup>. En esas hipótesis, por ejemplo, se ha llegado a considerar que, bajo ciertos supuestos, un término de dos años puede llegar a ser considerado razonable<sup>108</sup>”[43].

40. En el presente caso, dado que los jueces de instancia declararon la improcedencia de la acción de tutela por no cumplir con el requisito de inmediatez, resulta necesario establecer si la acción de tutela se ejerció oportunamente o no. Para tales efectos, esto es, para establecer si la demanda se presentó en un término razonable, oportuno y justo, la Corte ha propuesto diferentes criterios.

41. En primer lugar, ha considerado como relevantes, los siguientes[44]: “(i) si el ejercicio inoportuno de la acción implica una eventual violación de los derechos de terceros; (ii) cuánto tiempo transcurrió entre la expedición de una sentencia de unificación novedosa de esta Corte sobre una materia discutida y la presentación del amparo; (iii) cuánto tiempo pasó entre el momento en el cual surgió el fundamento de la acción de tutela y la interposición de esta última; o (iv) cuál ha sido el lapso que la jurisprudencia de esta Corte ha juzgado irrazonable en casos similares al que está por resolverse”[45].

42. En segundo lugar, para los mismos fines, también ha considerado como relevantes, estos otros: “(i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado; (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición”[46].

43. En tercer lugar, ha considerado, también, como relevantes, estos: “i) la pertenencia del actor a un grupo vulnerable; ii) las situaciones personales o coyunturales que le hayan impedido acudir de forma inmediata ante la jurisdicción constitucional; iii) el aislamiento geográfico; iv) la vulnerabilidad económica, además de la persistencia o agravación de la situación del actor; v) la eventual vulneración de derechos de terceros; vi) la ausencia absoluta de diligencia por parte del afectado; y vii) la posibilidad de que el amparo represente una seria afectación a la seguridad jurídica”[47].

44. En cuarto lugar, ha considerado como relevantes, igualmente, los siguientes criterios: “(i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual[;] y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”[48].

45. En cuanto al primer grupo de criterios (supra f.j. 41), la Sala encuentra probado que, entre la fecha en la que se profirió la sentencia dictada en grado jurisdiccional de consulta, (18 de mayo de 2016) y la fecha de presentación del escrito de amparo (2 de noviembre de 2017), transcurrió un lapso de algo más de un año y cinco meses. Adicionalmente, se tiene que en ese periodo no se profirió alguna sentencia de unificación novedosa a la que pueda atribuírsele la tardanza en acudir ante el juez de amparo, al menos, en las temáticas jurídicas expuestas en la demanda de tutela para sustentar las pretensiones de amparo[49]. Por lo demás, se debe precisar que las pruebas del plenario no dan cuenta de la vulneración de los derechos de terceros, así mismo que dicho lapso resulta ser superior al que la Sala ha avalado en casos como el presente, en los que se pide el reconocimiento de una pensión de invalidez, tal y como se analiza más adelante, en la medida en que “el lapso que la jurisprudencia (...) ha juzgado irrazonable en casos similares al que está por resolverse”, ha sido fijado acudiendo a los criterios para flexibilizar el requisito de inmediatez (infra f.j. 48)[50].

46. En cuanto al segundo grupo de criterios (supra f.j. 42), es cierto que las pruebas del expediente no dan cuenta de la vulneración de derechos de terceros, sin embargo, también lo es que: (i) no existe un vínculo causal entre la tardanza en el ejercicio de los derechos y los hechos y omisiones en los que se fundamenta la demanda de amparo, simplemente, porque lo que se alega en la demanda de tutela es que la entidad accionada no tuvo en cuenta que el accionante pertenecía al régimen de transición al momento de verificar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, esto es, cuestiones de índole jurídica, de cuyo análisis no dependía la posibilidad de presentar la acción. (ii) El fundamento del amparo surgió en el mismo momento en el que se profirió la resolución a la que se imputa la vulneración de los derechos fundamentales y no en un momento posterior “no muy alejado de la fecha de interposición” de la demanda. Finalmente, (iii) no existe un motivo válido que justifique la inactividad del señor Chilito Chilito. Frente a este último aspecto, la Sala resalta que no puede tenerse como justificante la “deficiente” defensa de los derechos del accionante en la que habrían incurrido los profesionales del derecho que este contrató[51], primero, porque no existe prueba de algún tipo de queja o sanción disciplinaria por ello y, segundo, porque, de todas formas, la tutela no requiere del derecho de postulación, esto es, pudo haberse ejercido de forma directa por el accionante.

48. En relación con el cuarto grupo de criterios (supra f.j. 44), la Sala considera que no

se presenta alguno de los supuestos fijados en la jurisprudencia constitucional para flexibilizar el requisito de inmediatez debido a que no se configura un supuesto de vulneración permanente de derechos fundamentales. Si bien es cierto que la “inconformidad” del accionante persiste y es actual respecto de la decisión que cuestiona mediante el amparo, precisamente, porque no le ha sido reconocida la pensión de invalidez a la que considera tener derecho, también lo es que los hechos a los que este atribuye la vulneración de sus garantías se concretaron en unos momentos determinados y no se ejecutaron en diferentes momentos. Por ende, prima facie, la Sala considera que no resulta procedente reconocer la existencia de una afectación de derechos continua o permanente en el tiempo como tal.

49. El estudio de la permanencia en el tiempo, como regla de verificación del requisito de inmediatez, no puede hacerse a partir de la verificación material de las pretensiones de la demanda. El análisis del juez de tutela debe fundarse en el derecho en cuestión y, específicamente, en los hechos u omisiones a los que la parte actora atribuye la vulneración de sus derechos, en el sentido de determinar si se trata de hechos u omisiones cuya ejecución se extiende en el tiempo, pero no en la determinación de la pretensión de la demanda de tutela, esto es, si ya se reconoció o no la petición objeto de la demanda de amparo. En ese sentido, enunciados como “aún no se ha reconocido la pensión pedida por el accionante” o “el actor aún no disfruta de la prestación deprecada” no son fundamento suficiente para entender que “la vulneración es permanente en el tiempo” o, mejor, para relevar al juez de analizar el principio de inmediatez en casos como el presente. Una interpretación diferente de la regla en comento haría nugatorios los efectos del requisito de inmediatez debido a que en la mayoría de los casos pensionales, si no es que en todos, los demandantes no gozan de la prestación, de hecho, de no ser así, incluso, no se verían en la necesidad de acudir a la tutela.

50. Resulta del caso precisar que en aquellos asuntos que ya fueron sometidos al escrutinio del juez ordinario de la causa y este ya se pronunció al respecto negando el reconocimiento del derecho, tal y como ocurre en el presente caso, no es procedente hablar de un evento de permanencia del daño, básicamente, porque el mismo ya fue descartado por el juez natural y competente para tales fines, salvo, claro está, en aquellos casos en los que la decisión ordinaria no hubiese cobrado ejecutoria o siempre que se pruebe una flagrante vulneración de derechos fundamentales, hipótesis que, en todo caso, no se

probaron en el expediente de tutela de la referencia.

51. Igualmente, la Sala encuentra necesario aclarar que una cosa es que los derechos objeto del litigio sean imprescriptibles y otra, diferente, que la acción de tutela para reclamar dichos derechos también tenga tal naturaleza, o que pueda ser ejercida en cualquier tiempo; ya que no es correcto “afirmar que la garantía de reclamar derechos laborales en cualquier tiempo, es igual a la posibilidad de hacerlo mediante acción de tutela en cualquier tiempo”[54]. Del carácter imprescriptible de la prestación se sigue que el titular del derecho o sus causahabientes, según el caso, pueden pedir que se les reconozcan los derechos en cualquier tiempo y, eventualmente, demandar la decisión de negarle dicho reconocimiento ante los jueces ordinarios, pero lo que no se deriva de allí es que la tutela pueda ejercerse en cualquier momento si es que lo que se persigue es el reconocimiento de una prestación de esa naturaleza, menos cuando se cuestiona la decisión de no conceder la pensión como tal, bien sea la del juez competente o la de la administradora del fondo pensional -sin agotar el proceso judicial-.

52. A juicio de la Sala, la inexistencia de un término de caducidad de la acción de tutela no implica per se que esta pueda interponerse en cualquier momento[55], por una parte, porque una de sus características definitorias es su ejercicio oportuno[56] y, por la otra, debido a que la inmediatez impone a los actores un deber correlativo de presentación oportuna y justa de la acción[57]; en otras palabras, un deber consistente en evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó el hecho o la omisión a la que se atribuye la vulneración de derechos fundamentales y la presentación de la solicitud de amparo ante el juez constitucional[58].

53. Lo dicho antes no desconoce lo señalado en las sentencias SU-428 de 2016 y SU-654 de 2017, según las cuales, eventualmente es procedente flexibilizar el requisito de inmediatez ante circunstancias personales especiales de los accionantes. En casos como el de la referencia, en los que no se presentan las circunstancias acreditadas en aquellas sentencias de unificación[59], no se puede flexibilizar el requisito de inmediatez con fundamento en el criterio del “daño actual y permanente” por la sola consideración relativa a la imprescriptibilidad del derecho pensional, así como tampoco por el hecho de que el demandante continúe sin obtener la prestación económica que pretende.

54. A juicio de la Sala, una vez en firme la decisión del juez ordinario en el sentido de no reconocer la prestación social reclamada por el no cumplimiento de los requisitos legales correspondientes, la misma debe ser impugnada oportunamente ante el juez de tutela, dada la naturaleza especial del amparo como mecanismo de protección inmediata de derechos fundamentales. De esta forma, ejecutoriada la decisión, no cabría hablar de la actualidad del daño de cara a la flexibilización del requisito de inmediatez, primero, por los efectos de cosa juzgada de la providencia judicial y, segundo, porque, de todas formas, ya se habría definido la inexistencia del derecho cuya afectación es reclamada.

55. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de los casos en los que el juez de tutela advierta, por un lado, una anomalía de tal entidad que implique la afectación palmaria o la vulneración grave del derecho en cuestión y, por el otro, que la parte actora se encuentre en condiciones de vulnerabilidad. Lo que corresponde en estos eventos, entonces, es valorar las circunstancias especiales del caso según las pruebas obrantes en el expediente, y determinar si se puede o no flexibilizar el requisito de inmediatez, ante la presencia de un daño “actual y permanente”.

56. En relación con el segundo presupuesto de que trata este cuarto grupo de criterios, por otro lado, encuentra esta Sala que el señor Chilito Chilito no acredita alguna condición especial frente a la cual pueda resultar desproporcionada la exigencia de tener que acudir al juez constitucional dentro de un término razonable. Si bien, podría hablarse de una eventual condición de discapacidad, precisamente, porque lo que se busca es el reconocimiento de una pensión de invalidez, lo cierto es que dicha condición resulta necesaria pero no suficiente para el análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, de no ser así, se insiste, se vaciaría de competencias al juez ordinario y se habilitaría indefinidamente la acción de tutela para resolver casos análogos al presente.

57. En suma, encuentra la Sala que la acción de tutela no fue ejercida de forma oportuna, en los términos de la jurisprudencia constitucional. Como resultado de lo anterior, se tiene que en este caso no se acredita, tampoco, el requisito de inmediatez.

58. Corolario del análisis de procedencia de los numerales 2.2. y 2.3 supra, la Sala declarará improcedente la acción de tutela de la referencia y, por ende, no planteará ni desarrollará los problemas jurídicos sustanciales del caso concreto. En consecuencia, se

confirmarán las providencias de instancia, en el sentido de que los jueces de tutela debieron declarar improcedente la tutela y no “negarla por improcedente”.

### 3. Conclusión

59. La acción de tutela es improcedente por no acreditarse su ejercicio subsidiario ni oportuno, en los términos del precedente constitucional referido en los numerales 2.2 y 2.3 supra, y, por ende, se confirman las decisiones de instancia.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, proferida el 14 de diciembre de 2017 que, a su vez, confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, en el sentido de declarar IMPROCEDENTE la acción, pero en el entendido de que no se acreditó su ejercicio subsidiario y tampoco el requisito de inmediatez.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

ACCION DE TUTELA PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ-Se erró al considerar que no es posible interponer acción de tutela con el fin de lograr “la corrección de criterio interpretativo de los jueces naturales de la causa” (salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ-Sala actuó de modo equivocado al considerar que reglas de procedencia de tutela constituyen imperativos de aplicación rígida y automática (salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ-Sala se ocupó de razones encaminadas a un supuesto incumplimiento del requisito de subsidiariedad a partir de una asimilación irrazonable de las instituciones jurídico-procesales (salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ-Ejercicio material de la acción de tutela no corresponde únicamente a la satisfacción de la inmediatez (salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ-Sala incorporó consideración sobre la inmediatez que configura una indebida motivación de la decisión, por desconocer principio de coherencia (salvamento de voto)

(M.P. CARLOS BERNAL PULIDO)

1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, salvo mi voto frente a la Sentencia T-412 de 2018 porque, contrario a lo sostenido por la mayoría, considero que el caso de la referencia cumplía los requisitos generales de procedencia de la

acción de tutela, y por tanto exigía un estudio de fondo en sede de revisión.

2. Reseña de los hechos: en esta ocasión, la Sala Primera estudió la acción de tutela promovida por Antidio Chilito Chilito, un ciudadano de 72 años de edad, a quien se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral correspondiente al 54.84%, con fecha de estructuración el 19 de julio de 2014. Al solicitar la pensión de invalidez, Colpensiones profirió resolución en la que se negó a acceder a la prestación, por considerar que no se cumplía el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003[60], vigente para ese momento. Insatisfecho con la respuesta, el señor Chilito Chilito promovió demanda laboral ordinaria contra la Entidad pensional, la cual fue resuelta, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de negar la pensión de invalidez por incumplirse el requisito aludido por Colpensiones, y por ser inaplicable el principio de la condición más beneficiosa, al no superarse las condiciones establecidas en el artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, como norma inmediatamente anterior a la Ley 860 de 2003.[61] Esta decisión fue confirmada en grado jurisdiccional de consulta por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en decisión del 18 de mayo de 2016.

3. La acción de tutela: con base en lo anterior, el 2 de noviembre de 2017, el señor Chilito Chilito promovió la tutela de la referencia, buscando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, que estimaba vulnerados por Colpensiones al no tener en cuenta que, según él, le era aplicable el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pese a que disponía de 25 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, exigibles en su caso porque contaba en su historia laboral con el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez.

4. La decisión de la cual disiento: la mayoría de la Sala consideró que el asunto no satisfacía los requisitos generales de procedencia del mecanismo constitucional. Específicamente, sostuvo, por un lado, que se incumple la subsidiariedad porque el actor “acude a la acción de tutela como un medio judicial adicional o complementario de los establecidos por la ley

para la defensa de sus derechos (...), pues con esta -la tutela- lo que se pretende es la corrección del criterio interpretativo de los jueces naturales de la causa”; y por otro lado, que no se supera la inmediatez, ya que entre la fecha en que se profirió la decisión en grado jurisdiccional de consulta (18 de mayo de 2016) y la fecha de interposición de la tutela (2 de noviembre de 2017) transcurrió un lapso prolongado. Disiento no sólo de esta determinación, sino de las razones usadas para llegar a ella, tal como a continuación explico.

i. La acción de tutela instaurada por el señor Antidio Chilito Chilito cumplía el requisito de subsidiariedad

5. Es presupuesto esencial del Estado constitucional la inexistencia de instituciones con soberanía interna o poder absoluto y autónomo. Todas las autoridades y funciones públicas están sujetas ineludiblemente a la Carta Política que, en su carácter democrático, impone la realización efectiva de los principios y derechos allí contenidos. Los órganos judiciales, por su puesto, son los primeros llamados a cumplir este mandato.

6. Por lo anterior, la mayoría de la Sala erró al considerar que no es posible interponer acción de tutela con el fin de lograr “la corrección del criterio interpretativo de los jueces naturales de la causa”. Claramente, el principio de subsidiariedad impide que el mecanismo de amparo sea ejercido con el fin de constituir una suerte de “tercera instancia” dentro de los procesos ordinarios. Eso es absolutamente pacífico en la jurisprudencia de esta Corporación, pero parte de la base de que los procesos judiciales siguen un curso ajustado al ordenamiento jurídico. Cuando ello no es así, porque se han desconocido garantías fundamentales por vía de, por ejemplo, interpretaciones o razonamientos contrarios a nuestro sistema normativo, el juez de tutela está necesariamente llamado a corregir el criterio inconstitucional de la autoridad judicial cuestionada, con el fin de preservar la supremacía de la Carta, lo cual exige un análisis de las circunstancias del asunto particular.

7. Justamente, la acción de tutela contra providencias judiciales tiene por propósito garantizar que las decisiones adoptadas en las distintas jurisdicciones atiendan no sólo al marco legal respectivo, sino principalmente a los contenidos de la Constitución Política. Esta Corporación ha sido clara en señalar que “el control de constitucionalidad de las

sentencias sirve para desplegar con fuerza la eficacia normativa de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de aplicación del derecho. En otras palabras, de lo que se trata es de asegurar el llamado “efecto irradiación” de los derechos fundamentales en jurisdicciones acostumbradas a seguir fielmente los mandatos del derecho legislado sin atender a las normas constitucionales que podrían resultar relevantes para resolver la respectiva cuestión”[62]. En ese sentido, admitir que por vía de la acción de tutela no es posible “corregir el criterio interpretativo legal de una autoridad judicial”, pese a que éste puede ser inconstitucional, desnaturaliza el mecanismo constitucional y desconoce el desarrollo jurisprudencial que este Tribunal ha adelantado sobre esta materia.

8. Ahora bien, como lo he señalado permanentemente, la Sala Primera de Revisión persiste en actuar de modo equivocado al considerar que las reglas de procedencia de la acción de tutela constituyen imperativos de aplicación rígida y automática. He insistido en que, de acuerdo con toda la jurisprudencia de esta Corporación, los presupuestos de procedencia son requisitos legales que exigen una valoración de acuerdo a las circunstancias de cada caso. En relación con el señor Chilito Chilito, la acción de tutela era procedente, bastaba sólo observar que las autoridades judiciales ordinarias avalaron el proceder de Colpensiones con base en un entendimiento de la condición más beneficiosa que es contrario al alcance que, desde la Sentencia SU-442 de 2016, esta Corporación le ha otorgado a dicho principio.

9. La mayoría de la Sala sostuvo que no era posible adelantar un juicio de constitucionalidad frente a las providencias ordinarias que impartieron legalidad a las actuaciones de la Entidad pensional, por el simple hecho de que éstas no fueron accionadas directamente en el recurso de amparo. Para la Sala, esto (i) implicaría una “modificación de la litis” y (ii) afectaría el derecho a la defensa y contradicción de las partes.

10. En relación con el primer aspecto, la Sala ignoró que los procesos de amparo no son equiparables a litigios ordinarios, sometidos a formalidades robustas de las cuales pueda depender su prosperidad. En sede de tutela, el juez está en el deber de identificar el objeto constitucionalmente relevante y procurar su resolución, guiado por el principio de justicia material. De ahí que le sea especialmente obligatoria la aplicación, por un lado, del principio “iura novit curia”, según el cual corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia de las fórmulas jurídicas invocadas por las partes; y por otro lado, del amplio

poder oficioso dentro de los trámites constitucionales (artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).

11. El segundo asunto es aún más inadmisibile. Estando autorizado el juez de tutela para corregir los problemas procesales que pueda presentar la integración del contradictorio, no es entendible cómo podría afectarse el derecho a la defensa de las partes o terceros con interés. Tanto las autoridades de instancia como las Salas de Revisión están facultadas para vincular a los sujetos que deberían hacer parte del proceso y garantizarles su efectiva participación dentro del mismo, con lo cual se supera la supuesta afectación señalada por la mayoría en esta ocasión. En el escenario más extremo, sería posible rehacer las actuaciones afectadas por la indebida integración del contradictorio, sin necesidad de obligar al actor a activar nuevamente el aparato de justicia, pues esto es un desgaste innecesario no sólo para las partes, sino para la institucionalidad.

12. Así, la Sala Primera de Revisión era consciente de que, materialmente, el actor no contaba con ningún mecanismo distinto a la acción de tutela para verificar la titularidad de la pensión de invalidez. Pese a ello, se ocupó de construir razones encaminadas únicamente a evidenciar un supuesto incumplimiento del requisito de subsidiariedad, a partir de una asimilación irrazonable de las instituciones jurídico-procesales.

## ii. Valoración indebida del requisito de inmediatez

13. De manera preliminar, advierto que el supuesto incumplimiento del requisito de subsidiariedad era suficiente para declarar la improcedencia de la acción de tutela. Sin embargo, al haber desarrollado la presunta insatisfacción de la inmediatez, debo pronunciarme también sobre este asunto.

14. También me separo del estudio del requisito de inmediatez de la mayoría de la Sala porque observo dos circunstancias problemáticas. La primera corresponde a una variación de la regla de “permanencia de la vulneración”; y la segunda refiere al prejuzgamiento que, al momento de valorar los presupuestos formales de procedencia, ya se ha vuelto usual en la Sala Primera de Revisión.[63]

15. Según la mayoría de la Sala, la regla de la “vulneración permanente en el tiempo” haría “nugatorios los efectos” del requisito de inmediatez en asuntos pensionales, e incluso el

ejercicio mismo de la acción de tutela. Lo primero que debo volver a advertir es que, en general, el ejercicio material de la acción de tutela no corresponde únicamente a la satisfacción de la inmediatez. Depende de la verificación de la totalidad de presupuestos formales y, posteriormente, de la afectación o amenaza de los derechos alegados. Por ello, es ciertamente inadecuado insinuar que la sola superación de la inmediatez daría lugar al amparo.

16. En los casos de presunta vulneración del derecho a la seguridad social, por negación de prestaciones pensionales, esta Corporación ha dicho que, además de las condiciones particulares de cada caso, debe observarse que el simple hecho de que el actor no se encuentre gozando de la prestación hace que la supuesta trasgresión se torne de ejecución permanente, por tanto actual, lo que conduce únicamente a la acreditación de este presupuesto temporal de procedencia. [64] Del mismo modo, no puede perderse de vista que, en materia de pensiones, la vulneración permanente de la seguridad social en el fondo se armoniza con la aplicación de la regla de prescripción contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que, de ninguna manera, se está reconociendo una regla jurídicamente irrazonable.

17. Ahora bien, la Sala incorporó una consideración final sobre la inmediatez que configura una indebida motivación de la decisión, por desconocer el principio de coherencia. Aunque la mayoría entendió incumplido el requisito de subsidiariedad por no haberse demandado las providencias que impartieron legalidad a las actuaciones de Colpensiones, al mismo tiempo estableció que no se satisfizo la inmediatez porque entre tales providencias y el momento en que se interpuso la acción de tutela transcurrió un lapso que no es razonable (consideración 54 de la Sentencia T-412 de 2018).

18. Se trata de una sustentación errada de la providencia, pues se usó una misma circunstancia para demostrar dos asuntos que son fácticamente incompatibles, ya que, desde la lógica, es imposible que concurren: se dijo que no se promovió la acción de tutela contra las providencias judiciales ordinarias, y que como consecuencia (i) no es posible estudiar la acción de tutela respecto de estas actuaciones; pero a la vez (ii) no se satisface la inmediatez por el tiempo que transcurrió desde la adopción de éstas hasta que se promovió el recurso de amparo.

19. Esta contradicción tiene incidencia en el derecho al debido proceso del actor, no sólo por la contradicción en sí misma considerada, sino porque podría constituir un prejuzgamiento sobre la procedencia de la tutela que, eventualmente, sea promovida en contra de las providencias judiciales ordinarias. Con todo, advierto que al no haber sido ese el objeto jurídico en el cual se centró la Sala, ciertamente no se trata de un asunto sobre el que se haya configurado la cosa juzgada constitucional.

En los anteriores términos, dejo planteadas las razones en las cuales baso mi salvamento de voto a la Sentencia T-412 de 2018.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] La Sala de Selección Número Cuatro (4) estuvo integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo (folios 3 a 11, Cdno. 3).

[2] Folio 3, Cuaderno 1.

[3] Es del caso precisar que, para abril de 1990, cuando entró en vigencia el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, el accionante tenía las mismas 153 semanas de cotización, aproximadamente.

[4] Folio 5, Cuaderno 1.

[5] Folio 4, Cuaderno 1.

[6] Ibíd.

[7] Folio 31, Cuaderno 1.

[8] Folio 12, Cuaderno 1.

[10] Folio 137, Cuaderno 1 (disco compacto contentivo de los videos de las respectivas audiencias).

[11] Ibíd.

[12] Ibíd.

[13] Folio 48, Cuaderno 1.

[14] “ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: (...) || PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

[15] Folio 43, Cuaderno 1.

[16] Folio 52, Cuaderno 1.

[17] Folio 66, Cuaderno 1.

[18] Folio 65 (vto.), Cuaderno 1.

[19] Folios 56 a 59, Cuaderno 1.

[20] Folios 73 a 79, Cuaderno 1.

[21] Folio 78 (vto.), Cuaderno 1.

[22] Folios 90 a 99, Cuaderno 1.

[23] Folio 91, Cuaderno 1.

[24] Folios 13 a 15, Cuaderno 2.

[25] Folio 14 (vto.), Cuaderno 2.

[26] Con relación a este requisito, el inciso 1º del artículo 1 (de manera general), los artículos 5 e inciso 1º del 13 (en cuanto a la legitimación por pasiva) y el artículo 10 (en cuanto a la legitimación por activa) del Decreto 2591 de 1991, respectivamente, disponen: “Artículo 1. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en

todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este Decreto”; “Artículo 5. Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”; “Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior”; “Artículo 10. Legitimidad e interés. 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”.

[27] Actúa por intermedio de apoderada judicial. Folio 1, Cuaderno 1.

[28] Folios 9 y 10, Cuaderno 1.

[29] Folio 52, Cuaderno 1.

[30] A folio 76 (vto), Cuaderno 1, se observa: “B. PROBLEMA JURÍDICO// Determinar si al señor ANTIDIO CHILITO CHILITO, le han sido vulnerados sus derechos fundamentales (...) por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez mediante Resolución GNR 255263 del 23 de agosto de 2015.”.

[31] En el folio 13 (vto.), Cuaderno 2, se lee lo siguiente: “[c]orresponderá a la Sala determinar si le asiste razón a la a-quo al denegar la protección solicitada o si por el contrario, como lo refiere la impugnante dicha decisión debe revocarse y en su lugar acceder al amparo ordenando el reconocimiento y pago de la prestación económica – pensión de invalidez – reclamada.”.

[32] Los artículos citados, respectivamente, disponen: “Artículo 86. [...] Esta acción 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”; “Artículo 6. 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” y “Artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. Aun 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” (resalto fuera de texto).

[33] El análisis de existencia formal del otro medio o recurso judicial supone considerar que el ordenamiento jurídico ha dispuesto de otros mecanismos para exigir la garantía o protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados. Este análisis puede considerarse equivalente al de idoneidad, que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional desde sus primeras decisiones. En todo caso, se precisa que el concepto de idoneidad no encuentra un respaldo normativo en las disposiciones que se citaron, dado que estas únicamente hacen referencia al de inexistencia o de no disposición que se consideran equivalentes.

[34] La eficacia hace referencia a la capacidad, en concreto, del medio o recurso judicial para dar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebida la tutela, atendiendo, tal como lo dispone el último apartado del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, a “las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

[35] De conformidad con este apartado, al que ya se ha hecho referencia, “[...] La existencia de dichos medios [otros recursos o medios de defensa judiciales] será apreciada

en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

[36] Esta consecuencia se deriva del distinto alcance de las nociones de vulnerabilidad y perjuicio irremediable. Si bien, nada obsta para que algunos de los elementos de vulnerabilidad del tutelante permitan valorar la existencia de un perjuicio irremediable, ambos conceptos son autónomos. En particular, la acreditación de un supuesto de perjuicio irremediable es una exigencia constitucional y reglamentaria, para efectos de valorar la procedencia transitoria de la acción de tutela, tal como se deriva de las disposiciones trascritas.

[37] La Corte Constitucional, a partir de la Sentencia T-225 de 1993, reiterada, entre otras, en las sentencias T-765 de 2010, T-293 de 2011, T-814 de 2011 y T-370 de 2016, ha considerado estas cuatro características como determinantes de un supuesto de perjuicio irremediable.

[38] Acto Legislativo 01 de 2005, Parágrafo 4º Transitorio: “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

[39] “Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”.

[40] “Artículo 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: // 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. // 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

[41] SU-499 de 2016

[42] Entre otras las sentencias T-328 de 2010, T-860 de 2011 y T-246 de 2015. La exigencia de razonabilidad, según la jurisprudencia constitucional, es más estricta en caso de que la actuación que se cuestione en sede de tutela sea una providencia judicial (cfr., sentencias C-590 de 2005, T-594 de 2008 y T-265 de 2015).

[43] En el primer pie de página de la providencia en cita, se hace referencia, además, a lo señalado en las sentencias T-328 de 2010 y T-1063 de 2012.

[44] SU-499 de 2016.

[45] SU-407 de 2013.

[46] Cfr. sentencias T-172 de 2013; T-743 de 2008; T-814 de 2004; SU-961 de 1999; T-043 de 2016; T-759 de 2015; y T-243 de 2008, entre otras.

[47] T-069 de 2015.

[48] SU-499 de 2016.

[49] Aunque es cierto que el 18 de agosto de 2016 se dictó la sentencia SU-442, relevante por las particularidades del caso del señor Chilito Chilito, también lo es, primero, que, en estricto sentido, allí la Corte unificó un tema ampliamente debatido por las Salas de Revisión -no novedoso- y, segundo, que, de todas formas, la demanda de tutela que aquí se resuelve se presentó alegando cuestiones diferentes a las que se unificaron en esa ocasión, esto es, distintas de la aplicación del principio de condición más beneficiosa al reconocer pensión de invalidez.

[50] Cfr. sentencias T-833 de 2011 y T-651 de 2016.

[51] Este fue un argumento propuesto en la demanda de tutela y en la impugnación de la sentencia de primera instancia (fl. 44 y 91, Cdno. 1).

[53] La obligación alimentaria surge del derecho de alimentos, el cual se entiende como aquel “que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos” (C-919 de 2001). La de los hijos frente a los padres tiene fundamento tanto en el

principio constitucional de solidaridad (T-492 de 2003), del cual se derivan obligaciones y cargas susceptibles de ser exigidas, como en los principios de equidad

(T-467 de 2015) y reciprocidad familiar (C-451 de 2016), en la medida en que los padres y los hijos son obligados y beneficiarios recíprocos, en los términos de los artículos 251 y 411 (num. 3) del Código Civil. Con relación a los sujetos obligados (alimentantes), en la sentencia C-156 de 2003, la Corte precisó lo siguiente: “en la actualidad los numerales 5º (sobre descendientes naturales) y 7º (sobre hijos adoptivos) del artículo 411 del estatuto civil se encuentran ahora incluidos dentro del 2º, que establece alimentos para todos los descendientes. Por su parte, los numerales 6º (sobre ascendientes naturales) y 8º (sobre padres adoptantes) se entienden incluidos dentro del numeral 3º, que otorga alimentos a todos los ascendientes[6]. Esto significa que actualmente están derogadas, para efectos de los alimentos, las distinciones entre legítimo, natural y adoptivo, pues todos los ascendientes o descendientes se encuentran en condiciones de igualdad para efectos del derecho de alimentos”.

[54] Cfr. sentencia T-158 de 2006

[55] Cfr. sentencia SU-499 de 2016.

[56] Cfr. sentencia SU-961 de 1999.

[57] Ibíd.

[58] Cfr. sentencia T-043 de 2016.

[59] En esos procesos se probaron graves afectaciones de salud y compromisos al mínimo vital de los accionantes.

[60] “ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: // Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: // 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. // 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente

anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. // Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. // PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

[61] La redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993: “ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: // a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. // b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. // PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley”.

[62] Sentencia C-590 de 2005. M.P. Jaime Córdova Triviño.

[63] Ver, por ejemplo, las sentencias T-029 de 2018 y T-248 de 2018 (M.P. Carlos Bernal Pulido), respecto de las cuales también encontré necesario apartarme del estudio de procedibilidad adelantado por la mayoría.

[64] Por ejemplo, en la sentencia SU-1073 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Sala Plena estudió un grupo de acciones de tutela en las que se buscaba la salvaguarda de, entre otros derechos, la seguridad social, presuntamente vulnerada por la negativa del fondo pensional respectivo a adelantar la indexación de la primera mesada pensional. Específicamente respecto del requisito de inmediatez, la Corte reiteró lo dicho en la Sentencia T-402 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, así: “la negativa a su reconocimiento [de la indexación] puede originar la vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho que implica una prestación periódica, por lo que su afectación, en caso de presentarse alguna, se habría mantenido durante todo el tiempo,

siendo soportada incluso hoy en día por los extrabajadores y ahora pensionados de la accionada. Son estas las razones que llevan a la Sala a concluir que la vulneración señalada, en caso de presentarse, tiene un carácter de actualidad, lo que confirma que en esta específica situación se cumple con el requisito de la inmediatez y, por consiguiente, se satisfacen los presupuestos exigidos para declarar procedente la acción”. Asimismo, en la sentencia SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, estudió la acción de tutela instaurada por una ciudadana, contra un fondo primado de pensiones, con el fin de obtener la salvaguarda del derecho a la seguridad social, vulnerado por la negativa de la accionada para reconocer la pensión de sobrevivientes de la que la demandante era titular. Al abordar el requisito de inmediatez, la Sala Plena dispuso lo siguiente: “la violación de los derechos ha permanecido en el tiempo, dado que la accionante no ha recibido la mesada mensual que le permita mantener unas condiciones de subsistencia con las garantías mínimas de vida digna, pues como quedó demostrado en la etapa probatoria de la jurisdicción ordinaria, la ciudadana dependía económicamente de su hija fallecida. Se trata pues de un caso en el que la satisfacción de las necesidades básicas depende de manera exclusiva de las mesadas pensionales; y, en consecuencia, la falta de estas amenaza el goce efectivo del derecho fundamental al mínimo vital. En otros términos, dado que la pensión es de tracto sucesivo, su carencia tiene como consecuencia una vulneración permanente; es decir, es continua y actual, dado que de mes a mes la accionante se encuentra en una situación en la que carece de las posibilidades de satisfacer, de manera mínima, condiciones de dignidad humana y, por ende, ve afectado su derecho al mínimo vital. En el presente caso se concluye que la accionante depende únicamente de la pensión de sobreviviente con base en la afirmación de la accionante, conforme con la que no tiene las condiciones necesarias para ser autosuficiente en términos económicos, toda vez que, como lo afirmó en el proceso ordinario y en el escrito de la acción de tutela, sus recursos provienen de la labor que desempeña esporádicamente como empleada del servicio doméstico. Las consideraciones anteriores, llevan concluir que la vulneración de derechos de la accionante es continua y actual”. En igual sentido, ver las recientes sentencias SU-069 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-090 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-199 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; entre otras. De igual modo, la Corte se ha referido a la necesidad de flexibilizar el requisito de inmediatez cuando ha transcurrido un lapso aparentemente prolongado entre el principal acto constitutivo de la vulneración y el momento en que se interpone la tutela. En estos casos, no sólo se ha tenido en cuenta la

condición de especial sujeción constitucional del demandante, sino la permanencia de la vulneración en el tiempo. Como ejemplos, las sentencias T-719 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-456 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-015 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-515A de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-700 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1088 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-953 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1042 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-352 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-225 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto; T-206 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-269 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; T-435 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera; entre otras.