

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, primero (01) de agosto de dos mil once (2011)

Proyecto aprobado por Acta No. 506

Hora: 3:30 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

1.1 Corresponde a la Sala resolver la impugnación interpuesta por la Señora **AMPARO LOAIZA PALACIO** contra el fallo del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira que no tuteló los derechos invocados por la actora.

2. ANTECEDENTES

2.1 La Señora **AMPARO LOAIZA PALACIO** interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales Seccional Risaralda, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a la vida.

2.2 El supuesto fáctico de la demanda de tutela se sintetiza así:

- Solicitó el pago de la pensión a que tiene derecho, teniendo en cuenta su edad y el tiempo cotizado.
- Elevó diversas peticiones ante el I.S.S. Seccional Risaralda con el fin de que se le pague el beneficio mencionado, sin embargo, le han dado respuesta en el sentido que requería completar mil semanas de cotización.
- Presenta problemas de salud, situación que le ocasiona dificultades para laborar.
- No cuenta con los recursos para seguir realizando los aportes.
- Aseguró que cada día aumenta el número de semanas y su pensión nunca le será pagada.

2.3 Solicitó el pago de la pensión a que tiene derecho, y que no se de aplicación a la nueva legislación, ya que tiene la edad y el número de semanas cotizadas para acceder a la prestación.

2.4 Anexó al escrito de tutela copia de los siguientes documentos: i) cédula de ciudadanía, ii) resumen de semanas cotizadas; iii) Resolución 101843 de 2011, a través de la cual se resuelve de manera negativa la solicitud de la prestación económica aludida.

2.3 Mediante auto del 8 de junio de 2011 la juez de primera instancia admitió la demanda y avocó el conocimiento. La entidad demandada no dio respuesta a las pretensiones de la actora en el tiempo concedido para ello.

3- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 17 de junio de 2011, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, se abstuvo de tutelar los derechos invocados por la accionante, al considerar que: i) su reclamación de amparo radica solamente en su inconformidad respecto de la negativa del I.S.S. en relación a su solicitud de pensión de vejez la cual se considera legal; ii) no existió trámite alguno por parte de la accionante, por medio del cual atacara el acto administrativo proferido por la entidad accionada; iii) existía un mecanismo ordinario para la protección de sus derechos ya que la tutela no fue diseñada como un medio judicial alternativo o adicional a los ya existentes, sino como un mecanismo de defensa residual, iv) no estaba demostrada la existencia de una situación de riesgo o de afectación de sus derechos fundamentales que causara un perjuicio irremediable.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

4.1 La señora Amparo Loaiza Palacio al momento de su notificación manifestó ante el despacho su inconformidad por la sentencia proferida e impugnó la decisión, sin hacer ninguna referencia a los motivos de su disenso frente al fallo de primer grado.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.2 En consecuencia se deben examinar las siguientes situaciones:

i) Si la acción de tutela resulta procedente para la protección de los derechos que la accionante considera vulnerados por el I.S.S., y ii) en caso de superarse el test de procedibilidad de la acción de amparo, se debe decidir si se presentó la afectación o puesta en peligro de los derechos invocados y en su caso proferir las órdenes consiguientes.

5.3 Frente al primer tema debe decirse que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han identificado seis causales específicas de improcedencia de la tutela, que son las siguientes:

- i) Existencia de otro medio de defensa judicial.¹
- ii) Existencia del Habeas Corpus²
- iii) Protección de derechos colectivos³
- iv) Casos de daño consumado ⁴
- v) Tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto⁵
- vi) A su vez se han considerado como causales de improcedencia de la tutela, el incumplimiento del principio de inmediatez⁶; la tutela contra sentencias de tutela⁷ y la tutela temeraria⁸

5.4 La acción de amparo se encuentra regida por el principio de *subsidiariedad*, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes⁹, lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela¹⁰

5.5 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha manifestado que la acción de tutela resulta procedente para proteger el derecho al mínimo vital de los pensionados, los trabajadores, las mujeres embarazadas y las personas en situación de debilidad manifiesta, en los casos de mora en el reconocimiento y pago oportuno de pensiones de vejez, jubilación o invalidez o de sustitución pensional.

5.6 La misma corporación ha expuesto que salvo el caso de los adultos mayores de la tercera edad, respecto de los cuales se presume la violación de ese derecho, en los demás casos el accionante debe allegar prueba siquiera sumaria de esa vulneración, como se expuso en la sentencia T- 158 de 2006, donde además se examinaron los temas de la mora para iniciar la acción ordinaria y el requisito del perjuicio irremediable así:

“...13.- Así pues, la excepcionalidad de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograr el reconocimiento de la pensión o atacar los actos que la reconocen, tiene como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin. La Corte “[h]a reiterado especialmente que en este tipo de controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento

¹ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-1

² Decreto 2591 de 1991, artículo 6-2

³ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-3

⁴ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-4

⁵ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-5

⁶ Sentencia T - 903 de 2008 entre otras

⁷ Sentencia T - 1219 de 2001

⁸ Decreto 2591 de 1991, artículo 38. Sentencia T-407 de 2005 entre otras.

⁹ Sentencia T-409 de 2008

¹⁰ Sentencia T-011 de 1997 entre otras.

jurídico ha diseñado los mecanismos judiciales y administrativos para ello¹¹. Particularmente, la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa, según sea el caso, son los ámbitos propicios para desplegar integralmente estos debates”.¹²

Así, la excepcionalidad se ha fundamentado entonces en las características especialísimas que se presentan en casos de erróneo reconocimiento o no reconocimiento de la pensión, en relación con otros derechos fundamentales. Ha dicho este Tribunal Constitucional que, “...dado que en las reclamaciones cuyo objeto de debate es una pensión de jubilación y quienes presentan la solicitud de amparo son, generalmente, personas de la tercera edad, debe tomarse en consideración al momento de analizar la posible vulneración de derechos fundamentales, la especial protección constitucional que las comprende. No obstante, el solo hecho de estar en esta categoría (tercera edad) no torna automáticamente procedente la protección, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o es susceptible de vulnerar los derechos a la dignidad humana¹³, a la salud¹⁴, al mínimo vital¹⁵ o que la morosidad de los procedimientos ordinarios previstos para el caso concreto hace ineficaz en el tiempo el amparo específico. Sólo en estos eventos la acción de tutela desplaza de manera transitoria el mecanismo ordinario de defensa, en tanto el mismo pierde eficacia frente a las particulares circunstancias del actor en el caso concreto”.¹⁶ [Énfasis fuera de texto]

5.7 En la misma sentencia la Corte Constitucional fijó las siguientes reglas para el reconocimiento o reajuste de pensiones:

(...)

14.- La correcta y eficaz utilización de la acción de tutela, al tenor de su configuración constitucional en el artículo 86 de la

¹¹ [Cita del aparte transcrito] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T.637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

¹² T-904 de 2004

¹³ [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-801 de 1998 y T-738 de 1998.

¹⁴ [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-443 de 2001, T-360 de 2001, T-518 de 2000 y T-288 de 2000.

¹⁵ [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997.

¹⁶ T-904 de 2004. Ver también la sentencia T-076 de 2003: “Tratándose del reconocimiento o reliquidación de la pensión, la jurisprudencia viene considerando que, bajo condiciones normales, las acciones laborales - ordinarias y contenciosas- constituyen medios de impugnación adecuados e idóneos para la protección de los derechos fundamentales que de ella se derivan. No obstante, también ha sostenido que, excepcionalmente, es posible que tales acciones pierdan toda eficacia jurídica para la consecución de los fines que buscan proteger, concretamente, cuando una evaluación de las circunstancias fácticas del caso o de la situación personal de quien solicita el amparo constitucional así lo determina. En estos eventos, la controversia planteada puede desbordar el marco meramente legal y pasar a convertirse en un problema de índole constitucional, “por lo que el juez de tutela estaría obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.”

Carta, ha llevado a la Corte Constitucional a establecer su procedencia para ordenar el reconocimiento o reajuste de las mesadas pensionales, únicamente en cumplimiento de cada uno de los siguientes requisitos:

1. Que la persona interesada haya adquirido el status de jubilado, o lo que es igual, que se le haya reconocido su pensión.¹⁷

2. Que el jubilado haya actuado en sede administrativa; es decir, que haya interpuesto los recursos de vía gubernativa contra el acto que reconoció la pensión, haya presentado la solicitud de reliquidación ante el respectivo fondo de pensiones o, en igual medida, requerido a la respectiva entidad para que certifique su salario real y ésta se hubiere negado.¹⁸

3. Que el jubilado haya acudido a las vías judiciales ordinarias para satisfacer sus pretensiones, se encuentre en tiempo de hacerlo o, en su defecto, demuestre que ello es imposible por razones ajenas a su voluntad¹⁹

5.8 En reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional se estableció un parámetro con el fin de implementar qué personas pertenecen a la tercera edad. En la sentencia T-138 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo, explicó:

“.. Esa distinción ha permitido a la Corte establecer que el criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez -regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela. Se trata, en consecuencia de un criterio objetivo y que, a diferencia de los otros criterios posibles, permite una distinción que atiende el carácter excepcional de la tutela.

¹⁷ Sentencias T-534 y T-1016 de 2001, T-620 y T-1022 de 2002

¹⁸ Sentencias T-189, T-470, T-634, T-1000 y T-1022 de 2002.

¹⁹ Sentencias T-634 y T-1022 de 2002

De conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007²⁰ -que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer, para el quinquenio 2010-2015, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años y para mujeres es de 78.5 años...”

5.9 Y en torno a la improcedencia de la tutela en los casos en que el accionante no ha hecho uso oportuno de las vías ordinarias, se manifestó lo siguiente en la sentencia antes referida:

“Adicionalmente, la jurisprudencia ha llamado la atención sobre el hecho de que “[s]i la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda.”²¹

5.10 Además se hizo una mención específica sobre la aplicación del principio de subsidiariedad en acciones de tutela, y sobre el concepto de “persona de la tercera edad” así:

“De otro lado, el actor cuenta en efecto con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos, para atacar la resolución de reliquidación con la cual no está conforme. Esta acción procede incluso en la actualidad, teniendo en cuenta que dicha resolución es de aquellos actos que reconocen una prestación periódica, frente a los cuales determina el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que la acción de restablecimiento procederá en cualquier tiempo²². Ahora bien, para efectos de lo que ha dispuesto esta

²⁰ Pg 37.

²¹ SU-961 de 1999

²² La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las expresiones “en cualquier tiempo” contenidas en el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, mediante la sentencia C-1049 de 2004. Sobre el alcance de dicha disposición en materia pensional se puede ver la sentencia del Consejo de Estado del 1º de diciembre de 2005, Sección Segunda - subsección “B” (M.P Tarsicio Cáceres Toro): “Respecto de impugnaciones de actos pensionales se encuentra variación normativa; entre otras, se encuentran disposiciones contenidas en el C. C. A. expedido en 1984, la reforma del D. L. 2304 de 1989 y la reforma pertinente de la Ley 446 de 1998.

(...)

[A] partir del 7 de octubre de 1989, vigencia de la reforma del D. Ley 2304/89, quedó en que la acusación de actos administrativos (cuando se invoca la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) caducará al cabo de cuatro meses a partir del día siguiente “... al de la publicación, notificación, o ejecución del acto, según el caso.” Y, en cuanto a los actos RECONOCEDORES de prestaciones periódicas (v. gr. pensiones) determinó claramente: “Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.” Se entendió -respecto de esta normatividad y para la época- que los actos que RECONOCÍAN pensiones eran demandados para extinguir la prestación o para disminuirla y de ahí la consecuencia advertida que no se podían “recuperar” valores pagados en caso de buena fé, por lo que la parte actora para bajo esa norma y para la época solo podía ser la entidad pensional. Los pensionados cuando reclamaban por aspectos “negativos” del acto pensional,

Corporación respecto de la procedencia de la tutela en estos casos, en el expediente no se demuestra que el actor haya iniciado el proceso referido por la vía contencioso-administrativa. Así como tampoco, que hayan existido causas externas de fuerza mayor que se lo hayan impedido. De igual manera, las condiciones materiales del accionante, reveladas tanto por sus escritos como por los supuestos de hecho que enmarcan su situación, no permiten concluir que se trate de una persona sujeto de especial protección. No está cercano a la tercera edad²³ (71 años), ni alega quebrantos de salud que hagan ineficaz los términos judiciales propios de la acción judicial idónea con la que cuenta.

Tal como se dijo más arriba, el que se diga que una situación sea susceptible de vulnerar los derechos fundamentales no hace procedente per se la acción de tutela. Se hace necesario también que no exista otro mecanismo para lograr la protección de los derechos, o que aún existiendo otro mecanismo jurídico se constituya un perjuicio tal que éste no resulte eficaz. De conformidad con lo explicado, el presente no es el caso.²⁴

5.11 En conclusión: i) la accionante cuenta con cincuenta y siete (57) años de edad, por ello, no se puede considerar como integrante del grupo de la tercera edad, por lo cual tenía la carga de probar que estaba afectado su derecho al mínimo vital y no lo hizo; ii) no existe prueba sobre la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de amparo ya que ni siquiera se discute la legalidad de la decisión de primera instancia que negó el amparo por no reunir las semanas mínimas de cotización, por lo cual la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en razón de la improcedencia del amparo solicitado; iii) aunado a lo precedente, se tiene que contra el acto que denegaron el traslado pretendido no se agotaron los recursos a que había lugar, a través de los cuales, la accionante hubiese plasmado su inconformidad en cuanto al reconocimiento de la pensión.

v. gr. por no haber tenido en cuenta factores en su liquidación, lo hacían dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto de reconocimiento prestacional; claro está que también tenían la opción de solicitar la "reliquidación" para lograr la "inclusión" de factores no tenidos en cuenta, sin que tuvieran que demandar el reconocimiento pensional original.

(...)

[A] partir de julio 08 /98, vigencia de la Ley 446/98, reformatoria parcial del C. C. A., la caducidad de las acciones (Art. 136 C.C.A) quedó en que la acusación de actos administrativos (cuando se invoca la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) caducará al cabo de cuatro meses a partir del día siguiente "... al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso." Y en el Num. 3º consagró que "La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo.", habiendo la Jurisprudencia de esta Corporación señalado que "igual" criterio se tendrá en cuenta respecto de los actos presuntos de "petición" que sean demandados. Y, en cuanto a los actos RECONOCEDORES de prestaciones periódicas (v. gr. pensiones) determinó claramente: "Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe." Nótese que, por comparación con la norma anterior, (Art. 136 del C. C. A., modificado por el D. L. 2304 /89) ésta sufrió una modificación parcial en cuanto a LA PARTE ACTORA de esta acción -respecto de esta clase de actos administrativos : RECONOCEDORES de prestaciones periódicas- debido a que ahora, al disponer que PODIAN DEMANDAR ESTOS ACTOS TANTO LA ADMINISTRACION O LOS INTERESADOS y conservando la consecuencia de la acción-en caso de que prospere- en el sentido que "... no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe." Entonces, el cambio del alcance de la norma (en cuanto a los actos de esta acción respecto de los ACTOS "RECONOCEDORES" DE PRESTACIONES PERIODICAS) sólo es aplicable a partir de julio 8/98 por la reforma legal del CCA".[Énfasis del texto]

²⁴ Sentencia T-158 de 2006

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Dual de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, dictada por la Juez Tercera Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por la Señora **AMPARO LOAIZA PALACIO** contra el ISS.

SEGUNDO: Se ordena el envío del expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Secretario