**TUTELA/ Improcedencia de la acción/ Derecho de petición en tema pensional/El accionante debió acudir a la vía ordinaria para buscar protección de sus derechos/ Debió alegarse la ineficacia de la vía ordinaria para proteger el derecho/ El accionante no es persona de la tercera edad/ No se demostró que el actor sufre o sufrirá un perjuicio irremediable/Revoca decisión del juez de primera instancia.**

*Encuentra la Sala que el señor JESÚS ENRIQUE VALENCIA CORREA, elevó diversas peticiones ante la administración departamental, con miras a que se reconociera su derecho a pensionarse, las cuales fueron resueltas en su oportunidad.*

*Así mismo, se encuentra acreditado que el actor hizo uso de los recursos de la vía administrativa frente a la negativa de reconocimiento pensional solicitado; pero no existe prueba en el expediente de que el accionante haya acudido a la vía ordinaria, ni tampoco expresó la dificultad de acceso a ella, ni alegó la ineficacia de estos medios para la defensa de sus derechos y mucho menos demuestra, que en su caso resulte desproporcionado esperar la decisión de su conflicto a través del proceso ordinario para obtener la protección de sus derechos;*

*Téngase en cuenta, además, que el señor Jesús Enrique Valencia Correa, no es una persona de la tercera edad, y tampoco demuestra las condiciones materiales que justifican la protección de los derechos fundamentales por vía de tutela. De manera que no existe suficiente prueba que permita afirmar que el actor sufre o sufrirá un perjuicio irremediable.*

*De este modo, para la Sala esta acción constitucional se torna improcedente para solicitar el reconocimiento de la pensión, toda vez que no se cumple con las reglas definidas para ello por la ley y la doctrina constitucional.*

*Además, claramente emerge que lo discutido tanto en el trámite administrativo como en sede de tutela corresponde a un conflicto eminentemente legal que debe ser dirimido por el Juez competente y a través de los mecanismos judiciales que la ley prevé para la solución de este tipo de controversias; las cuales –se insiste- no deben ser ventiladas a través de este mecanismo excepcional.*

*Entonces, frente al problema jurídico planteado, la respuesta es negativa y en consecuencia se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, declarar la improcedencia de este mecanismo constitucional, pues no puede accederse a lo solicitado.*



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

# TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

#### Popayán, trece (13) de Febrero de dos mil catorce (2014)

**Magistrado Ponente: DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO**

**EXPEDIENTE: 19001333100520130042401**

**DEMANDADO: DEPARTAMENTO DEL CAUCA**

**ACCIÓN: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA**

**ACTOR: JESÚS ENRIQUE VALENCIA CORREA**

**SENTENCIA No. 010**

**1.-  OBJETO DE LA DECISIÓN.**

Procede la Sala a decidir la impugnación formulada por el actor contra la Sentencia No. J7A- 0144 del 11 de diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán.

**2.- ANTECEDENTES.**

**2.1.- La demanda.**

El señor JESÚS ENRIQUE VALENCIA CORREA presentó acción de tutela en contra del Departamento del Cauca, con el objeto de que se le protejan los derechos fundamentales a la seguridad social, aplicación al principio de favorabilidad, debido proceso y mínimo vital.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, señaló que prestó sus servicios a órdenes de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Cauca y por ser despedido con motivo de la restructuración de la entidad el 15 de mayo de 1998, demandó ante el Juzgado Segundo Laboral.

Indica además que ingresó a laborar desde el 8 de agosto de 1986 y se prolongó su servicio hasta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, el 2 de febrero de 2004, por lo que acumulaba 17 años, 5 meses y 25 días, según certificado de tiempo de servicios No 403 del 29 de abril de 2013, más 221,7143 semanas según la historia laboral expedida por parte del Seguro Social, para un total de 21 años, 11 meses y 25 días.

En virtud de ello, presentó solicitud de reconocimiento de pensión de jubilación convencional, además con fundamento en el retén social previsto en la Ley 790 de 2002. Esa petición fue despachada desfavorablemente mediante Resolución 08827-09-2013 y confirmada mediante Resolución 09640 de octubre de 2013.

Manifestó que la negativa de la entidad al reconocimiento de su pensión se causa porque no tiene en cuenta el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 1998 hasta el 2 de febrero de 2004, fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia de segunda instancia, debido a una mala interpretación de esa providencia judicial.

Solicitó tutelar los derechos fundamentales invocados, ordenando al Departamento del Cauca resolver su solicitud de pensión de jubilación convencional y de no ser posible el reconocimiento pensional, se le ordene certificar el tiempo de servicio, emitir el bono pensional desde su ingreso (8 de agosto de 1986 hasta la ejecutoria de la sentencia -2 de febrero de 2004-) y trasladar los aportes a COLPENSIONES para continuar cotizado para su pensión de vejez.

**2.2.- El fallo de primera instancia.**

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán no tuteló los derechos fundamentales deprecados por el actor, al considerar que no se configuraba la vulneración a sus derechos fundamentales, por cuanto el DEPARTAMENTO DEL CAUCA había dado cumplimiento a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán -Sala Civil-Laboral.

Tangencialmente, abordó lo referente al carácter subsidiario de este mecanismo constitucional para el reconocimiento de pensiones y la existencia de otros mecanismos judiciales, de los que se indicó no se discutió su efectividad y eficacia.

**2.3.- Fundamento de la impugnación.**

La parte actora dentro del término legal impugnó la decisión de primera instancia[[1]](#footnote-1). Afirmó que en la acción de tutela incoada se alegó el perjuicio irremediable por la falta de reconocimiento del tiempo transcurrido desde el momento del despido injusto hasta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia y que tal desconocimiento haría nugatorio su derecho a la pensión, fuera de vulnerar su derecho a la igualdad, pues 214 trabajadores de la Secretaría de Obras Públicas demandaron y se encuentran gozando de su pensión de jubilación. Solicita se revoque la decisión y se conceda el amparo solicitado por violación a sus derechos fundamentales y al perjuicio irremediable que se le causa al no reconocerle el tiempo transcurrido entre el despido injusto y la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

**3.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.**

**3.1.- La competencia.**

Esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia la presente acción de tutela, de acuerdo con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

**3.2.- Problema jurídico planteado.**

Se formulan los siguientes interrogantes:

¿Se cumplen las reglas establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para acceder a una pensión de jubilación en sede de tutela, en este caso?

Para resolver el problema jurídico aquí planteado, se abordará el siguiente tema: (i) Reglas jurisprudenciales para el reconocimiento de pensión de jubilación y (ii) Caso concreto.

1. **Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones**

La Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente para el amparo de derechos pensionales, cuando la vulneración del mismo, pone en riesgo derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física, el libre desarrollo de la personalidad o el mínimo vital .

Así las cosas, es necesario precisar que la acción de tutela ha sido consagrada como un mecanismo excepcional, para la protección de derechos fundamentales. Ese carácter excepcional deriva de la existencia de medios judiciales ordinarios para la protección de dichos derechos.

En ese sentido, únicamente, la protección de derechos fundamentales que sean vulnerados es procedente en sede de tutela, cuando los mecanismos ordinarios establecidos sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable, en ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 062 de 2010, en la que se estableció:

*“(…) Esta acción constitucional fue instituida como un mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales vulnerados. Y es excepcional, por cuanto en un Estado de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios[[2]](#footnote-2) para la satisfacción de tal pretensión. De este modo, sólo en el evento en el que los derechos fundamentales resulten afectados o amenazados y los mecanismos ordinarios sean a) ineficaces, b) inexistentes, o c) se configure un perjuicio irremediable, la acción de tutela es procedente, conforme lo estableció el artículo 86 de la Constitución Política[[3]](#footnote-3) y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991[[4]](#footnote-4).*

Entonces, conforme a la jurisprudencia constitucional[[5]](#footnote-5) concluimos que su procedencia ***excepcional*** se presenta en ciertos casos, a saber: (i) la demostración sumaria de estar frente a un perjuicio irremediable o (ii) Demostrar la ineficacia del medio judicial ordinario y que con ello se produce la vulneración a un derecho fundamental.

Frente al primer evento, esto es, el perjuicio irremediable, el Juez de tutela deberá observar que el actor haya demostrado (i) que el perjuicio es inminente; (ii) la necesidad de adoptar medidas urgentes para evitar ese perjuicio; (iii) la amenaza inminente a un derecho fundamental y (iv) La impostergabilidad del amparo deprecado debido a la gravedad y a la urgencia del asunto.

En cuanto al requisito de la eficacia del medio judicial ordinario, señalaremos que es necesario precisar si el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial que cumpla con la misma finalidad y en un término semejante al que se establece en este tipo de acciones públicas.

Frente a este segundo requisito necesario para la procedencia de la acción de tutela, se debe tener en cuenta que se han determinado dos excepciones en las cuales existiendo un mecanismo judicial diferente a la tutela esta es procedente; esto es, cuando la acción constitucional se presenta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, como lo establece la norma constitucional, o cuando aún existiendo otro medio de defensa judicial, al ser éste ineficaz para el real amparo del derecho fundamental vulnerado, permite la procedencia del amparo vía tutela.

En cuanto a la eficacia del medio judicial diferente a la acción de tutela la Corte Constitucional ha manifestado que debe valorarse en relación al caso en concreto, así en la Sentencia C-162 de 1998, afirmó que *“la efectividad del medio alternativo de defensa frente a la acción de tutela debe ser examinada en concreto. En otras palabras, no basta que el otro medio de defensa se encuentre plasmado, en forma abstracta, en el ordenamiento jurídico, sino que debe, además, ofrecer la posibilidad de que, por su conducto, sea posible el restablecimiento cierto y actual de los derechos fundamentales que el demandante considera han sido amenazados o vulnerados.”*

Ahora bien, en materia de reconocimiento de pensiones a través de la acción de tutela, la jurisprudencia ha establecido una serie de reglas que deben cumplirse como requisito para acceder al amparo constitucional, y en ese sentido cuando no se cumplan dichas directrices, el juez de tutela debe declarar su improcedencia.

La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación -*189 de doce (12) de Marzo de 2012-*, estableció claramente las reglas antes mencionadas y los eventos en los cuales procede el reconocimiento de un derecho pensional vía tutela:

*“ … En lo que respecta al reconocimiento de una pensión por medio de la acción de tutela, esta Corporación ha señalado que por regla general ésta es improcedente, debido a la existencia de otro medio de defensa judicial. Sin embargo, constatada la afectación de un derecho fundamental y la irreparabilidad del perjuicio que se deriva de esta afectación, el conflicto que en principio podría ser resuelto por la jurisdicción ordinaria por ser de naturaleza legal, se torna en un conflicto constitucional[[6]](#footnote-6) al estar en juego la satisfacción de un derecho fundamental que hace imperiosa la intervención del juez constitucional, más aún cuando se trata de la afectación a un sujeto de especial protección.*

*Es así como excepcionalmente esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional en eventos en los que además de verificado que el amparo lo solicita un* ***(i) sujeto de especial protección constitucional, también se establece que “(ii) la falta de pago de la prestación genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) se ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) aparec[en] acreditadas siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados[[7]](#footnote-7)”[[8]](#footnote-8)***(resalta el Despacho).

*(…) Por ejemplo, esta Corte consideró en sentencia de tutela T-645-08 que para el reconocimiento de una mesada pensional a una persona de la tercera edad, el medio de defensa judicial ordinario no resulta ser idóneo, comoquiera que éste puede superar la expectativa de vida del actor. En otros términos, se señaló en esa oportunidad que “la jurisprudencia constitucional considera irrelevante la existencia de las acciones ordinaria laboral y de nulidad y restablecimiento, dada su dilación, alto costo y complejidad, para promover la asistencia, rehabilitación e integración social, a favor de grupos discriminados y marginados de la sociedad, como lo disponen los artículos 13, 46 y 47 constitucionales… ”.*

Así entonces, es claro que la acción de tutela es procedente en primer lugar cuando los mecanismos ordinarios -*sean ineficaces-*, -*inexistentes-* o se -*pretenda evitar un perjuicio irremediable-*, de igual forma habrá lugar al amparo constitucional de derechos pensionales cuando el amparo sea -*solicitado por un sujeto de especial protección constitucional-*, *cuando la falta -de pago de la prestación genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales-*, en particular del derecho al mínimo vital,cuandose haya -*desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos-* y cuando se acreditan las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Teniendo en cuenta los requisitos mencionados y en atención al precedente jurisprudencial[[9]](#footnote-9), la Sala los verificará en el caso en concreto.

1. **Caso concreto**

Encuentra la Sala que el señor JESÚS ENRIQUE VALENCIA CORREA, elevó diversas peticiones ante la administración departamental, con miras a que se reconociera su derecho a pensionarse, las cuales fueron resueltas[[10]](#footnote-10) en su oportunidad.

Así mismo, se encuentra acreditado que el actor hizo uso de los recursos de la vía administrativa frente a la negativa de reconocimiento pensional solicitado; pero no existe prueba en el expediente de que el accionante haya acudido a la vía ordinaria, ni tampoco expresó la dificultad de acceso a ella, ni alegó la ineficacia de estos medios para la defensa de sus derechos y mucho menos demuestra, que en su caso resulte desproporcionado esperar la decisión de su conflicto a través del proceso ordinario para obtener la protección de sus derechos;

Téngase en cuenta, además, que el señor Jesús Enrique Valencia Correa, no es una persona de la tercera edad[[11]](#footnote-11), y tampoco demuestra las condiciones materiales que justifican la protección de los derechos fundamentales por vía de tutela. De manera que no existe suficiente prueba que permita afirmar que el actor sufre o sufrirá un perjuicio irremediable.

De este modo, para la Sala esta acción constitucional se torna improcedente para solicitar el reconocimiento de la pensión, toda vez que no se cumple con las reglas definidas para ello por la ley y la doctrina constitucional.

Además, claramente emerge que lo discutido tanto en el trámite administrativo como en sede de tutela corresponde a un conflicto eminentemente legal que debe ser dirimido por el Juez competente y a través de los mecanismos judiciales que la ley prevé para la solución de este tipo de controversias; las cuales –se insiste- no deben ser ventiladas a través de este mecanismo excepcional.

Entonces, frente al problema jurídico planteado, la respuesta es negativa y en consecuencia se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, declarar la improcedencia de este mecanismo constitucional, pues no puede accederse a lo solicitado.

### 4.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia No. J7A-0144 del 11 de diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, por lo expuesto.

**SEGUNDO:** **DECLARAR** la improcedencia de la presente acción constitucional, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** esta providencia por el medio más expedito a los interesados, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO. ENVÍESE** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha según consta en Acta No.

Los Magistrados,

**DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO**

**CARLOS H. JARAMILLO DELGADO NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**

1. Folio 185 a 188 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. Respecto a la existencia de mecanismos judiciales ordinarios en sentencia de tutela T- 453-09 se señaló: *“Fue así como la Constitución Política dispuso un sistema jurídico al que todas las personas tienen derecho a acceder, con el fin de que, en el mismo, todos los conflictos jurídicos fueren resueltos en derecho en virtud de normas sustanciales y procesales preexistentes, erigiendo diversas jurisdicciones (ordinaria -artículo 234-, contencioso administrativa -artículo236-, constitucional –artículo 239-) y en cada una de éstas determinando la competencia material, las autoridades y las acciones y procedimientos para su acceso.*

   *De esta forma, el ordenamiento jurídico ofrece normas procesales y sustanciales ejecutadas por autoridades previamente instituidas, para que sean resueltos todos los conflictos que en él sucedan. (…)*

   *Así, la acción de tutela es un mecanismo efectivo para el amparo de los derechos fundamentales cuyo ejercicio ante la existencia de otros medios de defensa judicial, no significa el remplazo de éstos, sino el desarrollo mismo de su finalidad, esto es, que en interés de la salvaguarda de los derechos fundamentales afectados, la acción de tutela procederá de manera excepcional y subsidiaria ante la inexistencia de un medio de defensa judicial o ante la amenaza de configuración de un perjuicio irremediable”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Artículo 86: 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. (…) 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”* (Resalta la Sala). [↑](#footnote-ref-3)
4. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

   *“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 encuentra el solicitante”* (Resalta la Sala). [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver sentencias T-209 de 2010, T-438 de 2010; T-422 de 2010; T- 313 de 2011 entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. En dicho sentido esta Corporación señaló que: “*La controversia sobre el reconocimiento de los derechos pensionales adquiere la dimensión de un problema constitucional cuando su no reconocimiento viola o amenaza violar derechos fundamentales diversos entre ellos el derecho de igualdad ante la ley, el derecho a la familia o su protección especial y los derechos fundamentales de los niños, y los medios judiciales no son eficaces para su protección teniendo en cuenta las circunstancias particulares del actor, o la intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable”* (T-1083-01 reiterada en T-473-06, T-395-08, T-580-06, T- 517-06, T- 707-09. T-708-09). [↑](#footnote-ref-6)
7. Estos requisitos fueron sistematizados por la Corte en la Sentencia T-634-02, reiterada, entre otras, en la T-050-04 y T-159-05. [↑](#footnote-ref-7)
8. T-1046-07, T-597-09. [↑](#footnote-ref-8)
9. Como se estableció en la sentencia hito C-836 de 2001

   [↑](#footnote-ref-9)
10. Con la contestación de la acción de tutela, el Departamento del Cauca allegó la copia de las resoluciones 5904 del 26 de diciembre de 2007, 09965 del 19 de octubre de 2010, 08827 del 20 de septiembre de 2013 y la 09640 del 21 de octubre de 2013, actos administrativos por los cuales se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación del actor (ver folios 158-168) [↑](#footnote-ref-10)
11. La Corte Constitucional en sentencia T-073 de 2001, establece 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. (…)*

    *De conformidad con el documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007[[14]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-138-10.htm" \l "_ftn14#_ftn14" \o ") -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.”* [↑](#footnote-ref-11)