**Tema: PETICIÓN PENSIÓN DE SOBREVIENTES / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / NO SE PROBÓ PERJUICIO IRREMEDIABLE NI AFECTACIÓN AL MÍNIMO VITAL / DEBATE PROBATORIO Y CARGA D ELA PRUEBA EN TUTELA / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE / CONFIRMA / “**En el presente caso es claro que el libelista accionó primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, sin embargo, no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación al mínimo vital de su prohijada, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural. En ese orden de ideas, se hace palmario que lo que busca la parte accionante es saltarse el debido proceso para este tipo de asuntos, a pesar de que sabe que lo que debe hacer es acudir a la justicia ordinaria laboral a fin de que allí un juez especializado en temas laborales, defina si es viable o no la aplicación de una norma diferente a la vigente, para el reconocimiento de aquél derecho, que en su entender está consolidado

Debe decirse también que, si bien es cierto la señora María Bernarda es una persona que por su edad ya se encuentra dentro de ese grupo poblacional denominado “tercera edad”, y por tanto es un sujeto de especial protección constitucional, no hay nada que indique que para ella ser parte en un proceso ordinario laboral en contra de Colpensiones, sea una carga inllevable y que por tanto no pueda esperar los resultados del mismo.

En conclusión, la presente acción resulta improcedente toda vez que existe otro mecanismo judicial al cual puede acudir la parte accionante para buscar allí la resolución del problema jurídico aquí planteado.”

**Citación jurisprudencial:** sentencia T-177 de 2011. / Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006

------------------------------------------------------------------------------------------------------------

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA PENAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Hora: 3:40 p.m.

Aprobado por Acta No. 936

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación:  | 660013187002-2016-00044-01 |
| Accionante:  | Dr. César Augusto Agudelo Salazar, apoderado judicial de María Bernarda Mazo Villa  |
| Accionados:  | Colpensiones |
| Procedencia:  | Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Rda. |
| Decisión:  | Confirma improcedencia  |

**ASUNTO**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la señora **MARÍA BERNARDA MAZO VILLA**, accionante dentro del presente asunto, contra el fallo proferido por el Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de esta ciudad el 24 de agosto del presente año, mediante el cual se le negó el amparo de los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela promovida contra **COLPENSIONES.**

**ANTECEDENTES:**

El Dr. César Augusto Agudelo Salazar, en calidad de apoderado judicial de la señora María Bernarda Mazo Villa instauró acción de tutela en contra de Colpensiones al considerar vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social, con base en los hechos que a continuación se relacionan:

i) La señora María Bernarda tiene 70 años de edad, vivió en unión marital de hecho durante casi 40 años con el señor Israel Villalba, quien falleció el 24 de abril del año 2015.

ii) El señor Israel realizó aportes al ISS para cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte desde el año 1967 al 2001.

iii) Ante la muerte de su esposo, la señora María Bernarda presentó solicitud de pensión de sobrevivientes ante Colpensiones el 13 de enero de 2016, la cual fue resuelta desfavorablemente por esa entidad mediante Resolución No. GNR 75688 del 11 de marzo de 2016, argumentando que él recibió una indemnización sustitutiva de pensión de vejez en el 2001, por lo que con los aportes realizados no era procedente estudiar una nueva solicitud pensional. Señala el libelista que no es cierto lo dicho por la entidad, por cuanto la Corte Constitucional y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia han determinado que el hecho de recibir una indemnización de ese tipo, no es equivalente a renunciar a los riesgos de invalidez y sobrevivientes.

iv) El 16 de junio su prohijada presentó revocatoria directa ante Colpensiones, solicitando un nuevo estudio de pensión de sobrevivientes, pero esta se negó mediante Resolución No. GNR 206489 del 13 de julio.

v) Refirió que su representada tiene derecho a esa pensión conforme a los requisitos estipulados por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

v) Indicó que hay un desconocimiento del principio de progresividad y que el hecho de que el legislador expida nuevas normas que desmejoren las condiciones con que cuentan los trabajadores para acceder a las prestaciones del régimen pensional, atenta contra los principios fundamentales de la Constitución Política, como ocurre en este caso con la expedición de la Ley 797 de 2003, pues con esta se pasó a exigir 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la fecha del deceso, mientras que en la Ley 100 de 1993 sólo se requerían 26 semanas anteriores a la invalidez si el afiliado estaba cotizando antes de producirse tal estado, o 26 semanas en el último año anterior si no estaba cotizando.

vi) Conforme a lo enunciado en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia (de las cuales citó varias) acerca de los principios de progresividad y de la condición más beneficiosa, se le está causando a su representada un perjuicio irremediable que atenta contra su derecho fundamental al mínimo vital y a la igualdad al desconocer el precedente jurisprudencial.

vii) Manifestó que la acción de tutela es procedente para el reconocimiento de asuntos pensionales cuando se pretende evitar un perjuicio irremediable, además, a pesar de que la pensión de sobrevivientes sea catalogada como un derecho social, tiene relación con los derechos a la vida y a la dignidad humana. Para el presente caso, su prohijada no puede acceder a un trabajo que le ayude a cubrir su sustento diario por su avanzada edad y su estado de salud.

viii) Por último aclaró que no hay ningún otro beneficiario del señor Israel Villalba con igual o mayor derecho a la pensión pretendida.

En vista de los hechos narrados solicitó que se ordenara a Colpensiones reconocerle pensión de sobrevivientes a la señora María Bernarda Mazo Villa, aplicando el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

**Respuesta de la Administradora Colombiana de Pensiones:**

El Vicepresidente Jurídico y Secretario General (E)se pronunció frente a la presente acción señalando que la misma es improcedente, por cuanto para las pretensiones buscadas por el accionante existen otros mecanismos de defensa judicial, teniendo en cuenta que según el Código Procesal del trabajo, todas las controversias que se presenten entre afiliados, beneficiarios o usuarios del sistema general de seguridad social y las administradoras de pensiones se deberán resolver por la jurisdicción ordinaria laboral.

Resaltó que esa entidad ha dado respuesta a las solicitudes presentadas por la señora María Bernarda, en tanto que expidió Resolución No. GNR 75688 del 11 de marzo del presente año mediante la cual se le negó la pensión de sobrevivientes, frente a la cual se interpuso recurso de apelación, que también fue resuelto negativamente por ser extemporáneo mediante Resolución No. GNR 135555 del 6 de mayo; posteriormente, se resolvió la solicitud de revocatoria directa contra dicha resolución, en la que se persistió en la negativa de conceder la pensión de sobrevivientes, decisión que fue debidamente notificada y frente a la cual no se interpuso recurso alguno, a pesar de habérsele informado sobre su derecho a hacerlo.

Manifestó que en la actualidad no hay ninguna solicitud de su parte que esté pendiente por resolver, y que si la accionante presenta algún desacuerdo con las decisiones de la entidad, debe acudir a las vías judiciales ordinarias para tal fin.

En conclusión, solicitó que se declare la improcedencia de la presente acción de tutela.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el día 11 de agosto de 2016, y corrió traslado a la parte accionada en la forma indicada en la ley.

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió mediante providencia emitida el 24 de agosto, negar la tutela de los derechos reclamados por el apoderado judicial de la señora María Bernarda, al considerar que dicho estudio es improcedente por vía de tutela.

**IMPUGNACIÓN**

El 6 de septiembre del año en curso, el accionante presentó escrito por medio del cual impugnó la decisión tomada por el Juez de instancia, argumentando que en el presente asunto si es procedente la acción de tutela, porque su representada pertenece a la tercera edad y se encuentra atravesando una difícil situación económica y familiar, por lo que el hecho de no tener acceso a un derecho tan importante le causa un perjuicio irremediable.

Además hizo referencia a una reciente Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional en la que se menciona que ante la falta de transición entre las normas sobre pensiones de invalidez y de sobrevivientes se hace necesario aplicar la que resulte más favorable.

Solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y en consecuencia se cancele a favor de la señora María Bernarda la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

En el presente asunto, le corresponde a esta Corporación determinar si resulta procedente la acción de tutela para conceder a través de este mecanismo constitucional la pensión de sobrevivientes que reclama la señora María Bernarda Mazo Villa a través de su apoderado judicial, en aplicación a la Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; o si por el contrario le asiste razón al Juez de primera instancia al señalar que ello no es posible.

Conforme con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona, por ello, el reconocimiento de la primacía de los derechos y las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para la protección y aplicación de los mismos.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares (de manera excepcional), lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

El asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se concentra en el cuestionamiento que se le hace al fallo de primer nivel que negó el amparo a los derechos denunciados, al precisar que en el caso del accionante le asiste otro medio de defensa judicial que le permite buscar una solución a la controversia aquí planteada.

Para entrar a analizar el problema jurídico hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales; esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela solo procederá cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.* En consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

*“ARTICULO 6o. 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.*

*2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*

*3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

*4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

*5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de unos derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto, especialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo para determinar cuál es la norma a aplicar o inaplicar en cada caso concreto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.  De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales.  Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:****(i)****los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;****(ii)****se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,****(iii)****el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.”[[1]](#footnote-1)*

En ese orden, el juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos. Ha sido doctrina constitucional probable, la siguiente:

*“… cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii)* ***que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias****; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. No obstante la regla general de solución de controversias laborales por parte de la jurisdicción competente [ordinaria o contenciosa], paralelamente la jurisprudencia constitucional ha sostenido que de manera excepcional ante ciertas circunstancias, puede abrirse paso la acción de tutela para resolver ese tipo de conflictos,…”.[[2]](#footnote-2)*

Por manera que si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, es inviable estudiar de fondo las pretensiones del actor en sede constitucional.

**Deberes probatorios y carga de la prueba en sede de tutela:**

El Decreto 2591 de 1991, nada indica específicamente en cuanto a la formalidad probatoria en la acción de tutela, sin embargo en varios de sus apartes sí indica la necesidad de que se aporten para llevar al Juez al convencimiento de la realidad procesal, por ello es que tanto el accionante como el accionado están en el deber de allegar al proceso todo aquello que consideren pertinente y conducente para demostrar sus dichos, es por ello que el mencionado Decreto establece que si la autoridad o persona contra quien se dirige la tutela no presenta las pruebas que se le solicitan, ni controvierte las allegadas por la contraparte, el Juez tendrá por cierto lo dicho por el actor y como únicas pruebas las aportadas por este, y con base en ellas emitirá su decisión.

En cuanto al tema dijo la Corte Constitucional:

*“2.2 La carga de la prueba en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.*

*El artículo 3º del Decreto 2591 de 1991 establece como uno de los principios rectores de la acción de tutela “(…) la prevalencia del derecho sustancial (…)”. Por este motivo, una de las características de esta acción es su informalidad.*

*Así, en materia probatoria, es posible demostrar los hechos aludidos por ambas partes mediante cualquier medio que logre convencer a la autoridad judicial, ya que no existe tarifa legal. Esta informalidad probatoria llega hasta el punto de que la autoridad judicial, al momento de analizar los medios probatorios aportados al proceso, pueda - cuando llegue al convencimiento de la verdad procesal - dejar de practicar algunas de las pruebas solicitadas, tal como se dispone en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991.*

*De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba.”*

En conclusión, aunque en materia de tutela la carga de la prueba no sea tan rigurosa como en otras materias, ello no implica que el Juez pueda entrar a tutelar derechos sin que la afectación se demuestre mínimamente.

**El caso concreto:**

En el presente asunto, el accionante pretende que el juez de tutela parta de la postura jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, y en consecuencia se le conceda a la señora María Bernarda la pensión de sobrevivientes con ocasión de la muerte de su esposo, aplicando la norma que para ella es más favorable, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, aprobada por el Decreto 758 de ese mismo año, en vez de la Ley 797 de 2003.

A pesar de lo anterior, no puede perder de vista la Colegiatura que, como se dijo anteriormente, por regla general la acción de tutela no es la vía para que las personas obtengan el reconocimiento y pago de derechos prestacionales como lo es la pensión de sobrevivientes, ni acudir a esta suplantando o evadiendo medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, máxime cuando en el presente caso no existe prueba de esa urgencia y necesidad de que el juez constitucional se inmiscuya en asuntos que deben ser debatidos ante la justicia ordinaria dada la complejidad de los mismos, mucho menos cuando es evidente que en contra de la decisión adoptada por parte de la entidad accionada en principio se interpuso un recurso de apelación que fue extemporáneo, y posteriormente se acudió a la figura de revocatoria directa, que a pesar de ser igualmente negada, no se interpuso recurso alguno, permitiéndole de esa manera a esa decisión cobrar firmeza.

En el presente caso es claro que el libelista accionó primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, sin embargo, no se evidencia una situación de riesgo que demuestre la afectación al mínimo vital de su prohijada, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural. En ese orden de ideas, se hace palmario que lo que busca la parte accionante es saltarse el debido proceso para este tipo de asuntos, a pesar de que sabe que lo que debe hacer es acudir a la justicia ordinaria laboral a fin de que allí un juez especializado en temas laborales, defina si es viable o no la aplicación de una norma diferente a la vigente, para el reconocimiento de aquél derecho, que en su entender está consolidado

Debe decirse también que, si bien es cierto la señora María Bernarda es una persona que por su edad ya se encuentra dentro de ese grupo poblacional denominado “tercera edad”, y por tanto es un sujeto de especial protección constitucional, no hay nada que indique que para ella ser parte en un proceso ordinario laboral en contra de Colpensiones, sea una carga inllevable y que por tanto no pueda esperar los resultados del mismo.

En conclusión, la presente acción resulta improcedente toda vez que existe otro mecanismo judicial al cual puede acudir la parte accionante para buscar allí la resolución del problema jurídico aquí planteado.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Dual de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido el 24 de agosto de 2016 por el Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

Secretaria

1. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-2)