El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 2a Instancia - 02 de febrero de 2017

Radicación Nro. : 66001-31-03-001-2016-00132-01

Accionante: JULIO SIMÓN VÁSQUEZ OSPINA

Accionado:       COLPENSIONES

Proceso:                 Acción de Tutela – Modifica decisión del a quo y declara improcedente la acción

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.**“[L]a Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, aun cuando ya ha sido negada por la misma entidad, por carecer del cumplimiento de los requisitos legales. Al valorar las condiciones personales del accionante para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión (…) En segundo lugar, en lo referente a la situación de salud del accionante, el mismo no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave que le impida desarrollar una actividad económica para obtener ingresos para su sostenimiento, contrario a ello se limitó a anotar brevemente que por su edad y sus problemas de salud ya no puede trabajar, pero ello se queda en manifestación sin soporte probatorio, pues situación como esa no puede deducirse de la historia clínica aportada. En cuanto a la afectación del mínimo vital, esa situación tampoco fue demostrada, porque no ahondó en material probatorio para establecer que el accionante carezca de recursos que le permitan subvenir sus necesidades mientras se adelanta el trámite ante la justicia ordinaria para hacer efectiva la reclamada pensión de sobreviviente; tampoco se acreditó que tuviera personas a cargo, especialmente hijos menores de edad o en condición de discapacidad. (…) [N]o acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para el reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados. (…) Por lo anterior, ha de confirmarse la decisión de primera instancia, por las razones expuestas en precedencia, pero estima esta judicatura necesaria hacer una aclaración sobre la parte resolutiva, en cuanto a que la acción de tutela es improcedente por incumplirse el citado presupuesto de subsidiariedad y no, como resolvió la a quo, “NEGAR el amparo”, por lo que se modificará en ese sentido el fallo.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dos (2) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 048 de 02-02-2017

Referencia: 66001-31-03-001-**2016-00132**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor JULIO SIMÓN VÁSQUEZ OSPINA, contra la sentencia proferida el día 2 de diciembre de 2016, mediante la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió el opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

**II. ANTECEDENTES**

1. El accionante promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, debido proceso, seguridad social y mínimo vital.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Fue esposo de la señora MARÍA MAGDALENA ZAPATA RENDÓN, desde el 7 de enero de 1984, cuando contrajeron matrimonio, hasta el 25 de noviembre de 2011 que falleció. Pese a que después de diez u once años de haberse casado, se separaron de hecho, esa unión siempre estuvo vigente hasta su muerte, dado que nunca se divorciaron, como se deduce de la copia del registro civil de matrimonio.

2.2. Colpensiones, mediante las resoluciones GNR 264664 del 23 de octubre de 2013, GNR 407558 del 15 de diciembre de 2015 y GNR 150694 del 24 de mayo de 2016, le negó la solicitud de sustitución pensional, con el argumento de no haber demostrado convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento de la causante de manera constante e ininterrumpida.

2.3. Como no estuvo de acuerdo con esa decisión, la recurrió invocando la figura de la revocatoria directa, la cual fue negada por medio de la resolución GNR 150694 del 24 de mayo de 2016, que precisamente es la base de esta acción constitucional.

2.4. Afirma ser un hombre de extracción campesina, que escasamente firma y lee con mucha dificultad, además es una persona de la tercera edad, pues cumplió 71 años, con serios quebrantos de salud propios de la vejez, entre ellos deficiencia auditiva y otros más. No cuenta con bienes de fortuna y su situación económica es bastante precaria, dado que siempre se desempeñó como agricultor y ahora ya no puede trabajar. En vida de su esposa, en parte dependió de ella, quien era pensionada por los servicios prestados en el hospital San Vicente de Paúl de Anserma, Caldas. Actualmente reside en la casa de una prima, quien le provee la alimentación.

2.5. No hay prueba de que su difunta esposa, luego de su separación de hecho y antes de su fallecimiento, hubiese hecho vida marital con alguna otra persona, por lo que es el único beneficiario de la prestación que reclama.

2.6. Indica que por falta de recursos económicos no ha podido acudir a los servicios de un abogado para demandar administrativa o laboralmente a Colpensiones por la negativa a concederle la sustitución pensional que ha reclamado en su condición de cónyuge sobreviviente.

3. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 111 C. Ppal.). Fueron notificados el Gerente Nacional de Reconocimiento y la Vicepresidente de Beneficios y Prestaciones de la entidad accionada, (fls. 113-115 C. Ppal.).

3.1. Se pronunció el Vicepresidente de Financiamiento e Inversiones, asignado temporalmente al cargo de Vicepresidente Jurídico y Secretario General de Colpensiones, quien expuso que esa entidad ya resolvió la petición del accionante mediante las resoluciones GNR 264664 de 23 de octubre de 2013, GNR 407558 de 15 de diciembre de 2015 y GNR 150694 de 24 de mayo de 2016, por lo que solicita se declare improcedente la acción de tutela, puesto que no es la vía adecuada para la reclamación de la pensión de sobrevivientes que pretende, teniendo en cuenta el principio de subsidiaridad que la caracteriza, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin.

Señala que frente al principio de inmediatez, la acción de tutela ha perdido eficacia, toda vez que la inconformidad que se pudo presentar ante la resolución GNR 264664 del 23 de octubre de 2013 que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el accionante guardó silencio. Tampoco se demostró la amenaza de un eventual perjuicio irremediable. Solicita se declare improcedente el amparo constitucional.

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, que negó el amparo deprecado, con base en que “…*lo pretendido por el actor en sede de tutela es improcedente, toda vez que las pretensiones incoadas como derechos vulnerados, no pueden ser protegidas por la Acción Constitucional, por cuanto no es posible hablar de una transgresión a derechos fundamentales dado que lo que se persigue con esta prerrogativa es la modificación o revocatoria del acto administrativo proferido por COLPENSIONES mediante las Resoluciones No. GNR 264664 del 23 de octubre de 2013, GNR 407558 de diciembre 15 de 2015 y GNR 150694 de mayo 24 del corriente año, decisiones sobre las que el accionante no interpuso los recursos de ley dentro de los términos que tenía para hacerlo tal como quedó consignado en el artículo 2º de las citadas Resoluciones. Tampoco es suficiente las explicaciones dadas frente al perjuicio irremediable o inminente para dar una orden en ese sentido aunque sea de manera provisional.”* Además que el accionante cuenta con las acciones judiciales pertinentes, y de no contar con los recursos para pagar un abogado, como lo afirma, “*puede acudir a la figura del amparo de pobre para que por intermedio de un Juzgado se le designe un apoderado o a la Defensoría del Pueblo.”* (fls. 132-136 Ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el accionante con similares argumentos a los planteados en el escrito de tutela, exponiendo que la decisión de la a quo desconoce que reúne todas las condiciones para el reconocimiento de la sustitución pensional, además de ser una persona de la tercera edad o adulto mayor y de sus quebrantos de salud que le impiden trabajar para proveer su subsistencia, por lo que se le debió dar trato preferencial; que si bien no acudió a los recursos de reposición y apelación en relación con las citadas resoluciones, si utilizó otro medio legal y alternativo como lo es la solicitud de revocatoria directa. Que el perjuicio irremediable se encuentra demostrado, pues acreditó su edad, su condición de desempleado, su precaria situación económica y sus serios quebrantos de salud. Además citó la falta de eficacia del medio judicial ordinario para atender prontamente su caso, dada su reducida expectativa de vida en razón de su avanzada edad, por último, solicita se revoque el fallo de primera sede y se conceda la acción constitucional (fls. 140-149 Ib. y 4-10 del cuaderno No. 2).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por el accionante, al negar la pensión de sobreviviente solicitada por ausencia del cumplimiento de los requisitos para ello, al no haber demostrado convivencia continua durante los cinco años anteriores al fallecimiento de la causante.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. De otro lado, con fundamento en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional precisó:

*“Conforme con lo antes expuesto, se puede concluir en primera instancia que siempre que haya controversia sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional, en razón a que el (la) cónyuge y (el) la compañera (o) permanente, o las (los) dos compañeras (os) permanentes del causante han demostrado convivir con este en periodos de tiempo diferentes o de forma simultánea, quien debe dirimir el asunto es la jurisdicción competente, a no ser que concurran los requisitos que hacen procedente la acción de tutela, caso en el cual los otros mecanismos de defensa pueden ser desplazados por esta.*

*En segunda instancia, la controversia por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del derecho a la sustitución pensional también se puede presentar entre cónyuge y compañera (o) permanente del causante, o entre dos compañeras (os) permanentes. En tales casos, ambos reclamantes deben demostrar la convivencia simultánea con el causante en sus últimos años de vida, para que la pensión de sobrevivientes o la respectiva sustitución pensional, pueda ser reconocida a los dos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido o, pueda ser reconocida a ambas (os) en partes iguales con base en criterios de justicia y equidad.* (Sentencias T-128 de 2016).

5. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

5.1. En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone dentro de los seis (6) meses siguientes, después de notificada la última de las resoluciones atacadas, esto es, el 27 de mayo de 2016 (fl. 55 C. Ppal.), que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional que nos enseña: “(…) *en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción*”.

5.2. Ahora, respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general : (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

6. En tal sentido, sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta que “…*Es la ponderación de todos los factores relevantes presentes en el caso concreto –no la aplicación de una regla rígida que impediría responder a las especificidades de cada caso donde los derechos fundamentales estén siendo vulnerados o gravemente amenazados– la que hace procedente la acción de tutela. Tales factores en la ponderación son los siguientes, según la jurisprudencia de esta Corte: 1) edad para ser considerado sujeto de especial protección; 2) situación física, principalmente de salud; 3) grado de afectación de los derechos fundamentales, en especial el mínimo vital; 4) carga de la argumentación o de la prueba de dicha afectación; 5) actividad procesal mínima desplegada por el interesado…*”.[[1]](#footnote-1)

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, el señor JULIO SIMÓN VÁSQUEZ OSPINA, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, debido proceso, seguridad social y mínimo vital, al negar mediante actos administrativos el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, bajo el argumento que no demostró convivencia continua durante los cinco años anteriores al fallecimiento de la causante. (fls. 60-109 Ib.).

2. El accionante afirmó cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente de conformidad con lo previsto en el inciso 3º “in fine” del literal b) del artículo 13 de la ley 797 de 2003, además de precedentes jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, sin embargo, mediante resoluciones GNR 264664 del 23 de octubre de 2013, GNR 407558 del 15 de diciembre de 2015 y GNR 150694 de 24 de mayo de 2016[[2]](#footnote-2), la Administradora Colombiana de Pensiones negó el reconocimiento de su derecho pensional, en las cuales se le indica al accionante que no demostró convivencia continua durante los cinco años anteriores al fallecimiento de la causante.

3. En su conocimiento, la Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de sobreviviente, aun cuando ya ha sido negada por la misma entidad, por carecer del cumplimiento de los requisitos legales.

4. Al valorar las condiciones personales del accionante para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión porque, primero, no se trata de una persona de la tercera edad, toda vez que tiene 71 años edad y conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia T-138 de 2010, “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” añadiendo que conforme al documento de proyecciones de población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007 y que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer, “para el quinquenio 2015-2020, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 73.08 años y para mujeres es de 79.39 años”. Si bien la alta Corporación ha precisado que la tercera edad no es medible en años, si deben tenerse en cuenta características específicas de la población como la arriba manifestada.

En segundo lugar, en lo referente a la situación de salud del accionante, el mismo no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave que le impida desarrollar una actividad económica para obtener ingresos para su sostenimiento, contrario a ello se limitó a anotar brevemente que por su edad y sus problemas de salud ya no puede trabajar, pero ello se queda en manifestación sin soporte probatorio, pues situación como esa no puede deducirse de la historia clínica aportada.

En cuanto a la afectación del mínimo vital, esa situación tampoco fue demostrada, porque no ahondó en material probatorio para establecer que el accionante carezca de recursos que le permitan subvenir sus necesidades mientras se adelanta el trámite ante la justicia ordinaria para hacer efectiva la reclamada pensión de sobreviviente; tampoco se acreditó que tuviera personas a cargo, especialmente hijos menores de edad o en condición de discapacidad.

Ahora, la carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales la incumplió el demandante en el entendido que se limitó a enunciar un listado de derechos presuntamente vulnerados por COLPENSIONES, pero, como quedó visto, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para el reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados.

5. Encuentra la Sala que no le asiste razón al recurrente quien alega que sí demostró el perjuicio irremediable, bajo el argumento de haber acreditado su edad, su condición de desempleado, su precaria situación económica, sus quebrantos de salud y la falta de eficacia del medio judicial ordinario para atender prontamente su caso, pues razones como esas son insuficientes para establecer la posible configuración de un perjuicio irremediable que hiciera excepcionalmente procedente el amparo de los derechos invocados.

6. Verificada la no ocurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela para reclamar prestaciones sociales económicas, esto es, que exista un perjuicio irremediable y que el accionante sea una persona de la tercera edad, no cabe a través de este medio examinar si en el asunto propuesto se cumplen o no los requisitos fijados para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, cuestión que sin lugar a dudas debe ser planteada ante la jurisdicción ordinaria.

Por lo anterior, ha de confirmarse la decisión de primera instancia, por las razones expuestas en precedencia, pero estima esta judicatura necesaria hacer una aclaración sobre la parte resolutiva, en cuanto a que la acción de tutela es improcedente por incumplirse el citado presupuesto de subsidiariedad y no, como resolvió la a quo, “NEGAR el amparo”, por lo que se modificará en ese sentido el fallo.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2016, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva, pero se MODIFICA el ordinal primero, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE la acción.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Corte Constitucional, Sentencia SU-975 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterada en fallo T-774 de 2015, M.P. Luis Fernando Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 121-128 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-2)