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 respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionantes : María Fabiola Estrada Valenzuela

Accionado : Colpensiones

Litisconsortes : Subdirección de Determinación de Colpensiones y otra

Despacho de origen : Juzgado 2º de Familia de Pereira

Radicación : 66001—31-10-002-2022-00132-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 245 de 08-06-2022

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / SOLICITUD PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / REQUISITOS GENERALES / SUBSIDIARIEDAD / REQUISITOS ESPECIALES / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN, AFECTACIÓN DERECHOS FUNDAMENTALES / CERTEZA SOBRE EXISTENCIA DEL DERECHO.**

Informa la actora que su padre, señor Manuel Salvador Estrada García, era beneficiario de una pensión de vejez, y falleció el 16-11-2016. Fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 51,05% y solicitó a Colpensiones el reconocimiento pensional como sobreviviente (Sustitución pensional), mas la desestimó porque se estructuró con posterioridad al deceso de su progenitor…

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial…

Empero, el análisis de este requisito: “(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos…

Empero, en tratándose del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, la CC, de vieja data y de forma reiterada, supeditó la procedencia de la acción al cumplimiento pleno de cuatro requisitos…:

“(i) se trate de un sujeto de especial protección constitucional; (ii) la falta de pago genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales…; (iii) se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado…; (iv) se acredite, sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz…; y (v) exista certeza en cuanto al cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho pensional reclamado…”

Se confirmará el fallo opugnado porque es clara la falta de subsidiariedad. La tutela incumple uno (1) de los cinco (5) presupuestos concomitantes para superar este presupuesto y basta para desestimarla. En síntesis, atañe a los requisitos legales de la sustitución pensional, específicamente, la dependencia económica del causante con ocasión de la invalidez calificada.

Revisado el segundo dictamen de PCL, expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se tiene que desestimó la modificación de la fecha de estructuración porque el diagnóstico del cuadro depresivo que acrecentó el porcentaje de invalidez, data del 28-12-2018 “(…) En consecuencia, no es posible modificar la fecha de estructuración para el año 2015 (…)”

Así las cosas, imposible es que el hipotético apoyo económico que recibía la actora, tuviera origen en disminución física que le impidiera laborar…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0177-2022**

**Ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022).**

1. El asunto a decidir

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. La síntesis fáctica relevante

Informa la actora que su padre, señor Manuel Salvador Estrada García, era beneficiario de una pensión de vejez, y falleció el 16-11-2016. Fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 51,05% y solicitó a Colpensiones el reconocimiento pensional como sobreviviente (Sustitución pensional), mas la desestimó porque se estructuró con posterioridad al deceso de su progenitor, sin tener en cuenta que de tiempo atrás padece las enfermedades crónicas calificadas. Agrega que carece de ingresos para su subsistencia (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. Los derechos invocados y su protección

El mínimo vital, la dignidad humana, la igualdad y la seguridad social. Solicitó ordenar a Colpensiones reconocer y pagar la sustitución pensional (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. La sinopsis de la crónica procesal

Con auto del 19-04-2022 se admitió la tutela y se decretaron pruebas (Cuaderno No.1, pdf No.03); el 02-05-2022 se falló (Ibidem, pdf No.07); y, el 09-05-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf No.10).

La sentencia declaró improcedente el amparo por carecer de subsidiariedad. Es inexistente la posible causación de un perjuicio irremediable, la accionante demoró siete (7) meses en reclamar la subvención y pretirió probar la dependencia económica (Ibidem, pdf No.07). La actora alega ineficacia del medio ordinario porque la justicia laboral no aplica el criterio jurisprudencia de la CC y advenimiento de perjuicio irremediable porque requiere de la pensión para su subsistencia (Ib., pdf No.09).

1. La fundamentación jurídica para resolver
   1. La competencia funcional. La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 2º de Familia de Pereira, según la impugnación de la autoridad?
   3. Los presupuestos de procedencia
      1. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Por activa, la actora porque reclamó la sustitución pensional. En el extremo pasivo, la **(i)** Subdirección de Determinación de Derechos y la **(ii)** Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones, por expedir los actos administrativos rebatidos (Ib., pdf No.02, folios 37-59).
      2. La inmediatez El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2). Criterio reiterado por la CC (2022)[[3]](#footnote-3).

Se satisface porque el amparo se presentó (18-04-2022) (Ib., pdf No.01) cuatro (4) meses después de expedido el último acto administrativo cuestionado - DPE11719 del 27-12-2021 - (Ib., pdf No.51-59), esto es, en el plazo de los seis (6) meses fijado como razonable por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4).

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[5]](#footnote-5). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Empero, el análisis de este requisito: *“(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos. De no serlo, el juez de tutela puede ordenar la protección de manera directa y definitiva o emitir órdenes transitorias para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (…)”*[[6]](#footnote-6)*.* Tesis reiterada por esa Corporación.[[7]](#footnote-7)

Empero, en tratándose del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, la CC, de vieja data y de forma reiterada, supeditó la procedencia de la acción al cumplimiento pleno de cuatro requisitos especiales concomitantes (2022)[[8]](#footnote-8), a saber:

(i) se trate de un sujeto de especial protección constitucional; (ii) la falta de pago genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular al mínimo vital; (iii) se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la salvaguarda de sus derechos; (iv) se acredite, sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr el amparo inmediato de los derechos fundamentales presuntamente afectados; **y (v) exista certeza en cuanto al cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho pensional reclamado** (Negrilla a propósito).

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos reseñados impide la intervención del juez constitucional.

* 1. La sustitución pensional

Esta prestación social tiene por finalidad que los familiares que dependían económicamente de una persona fallecida que gozaba de una pensión, puedan subrogarse en ese derecho, a efectos paliar la desmejora económica y evitar la afectación de su mínimo vital[[9]](#footnote-9). Está figura se contempla en el artículo 46-1º, Ley 100, modificado por el artículo 12, Ley 797: “*Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca (…)”.*

Y, el artículo 47, literal “c”, ibidem, establece que los hijos supérstites en situación de invalidez tienen derecho a la sustitución pensional **(i)** si dependían económicamente del causante y **(ii)** mientras subsistan las condiciones de invalidez.

1. El caso concreto analizado

Se confirmará el fallo opugnado porque es clara la falta de subsidiariedad. La tutela incumple uno (1) de los cinco (5) presupuestos concomitantes para superar este presupuesto y basta para desestimarla. En síntesis, atañe a los requisitos legales de la sustitución pensional, específicamente, la dependencia económica del causante con ocasión de la invalidez calificada.

Revisado el segundo dictamen de PCL, expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se tiene que desestimó la modificación de la fecha de estructuración porque el diagnóstico del cuadro depresivo que acrecentó el porcentaje de invalidez, data del 28-12-2018 *“(…) En consecuencia, no es posible modificar la fecha de estructuración para el año 2015 (…)”* (Ib., pdf No.02, folio 32).

Así las cosas, imposible es que el hipotético apoyo económico que recibía la actora, tuviera origen en disminución física que le impidiera laborar. No puede ser otra la conclusión de la Sala porque el episodio depresivo que aumentó el porcentaje de la PCL, se diagnosticó luego de la muerte del progenitor 19-11-2016 (Ib., pdf No.02, folio 20).

La opugnante alega que antes del fallecimiento ya padecía diabetes mellitus y, como es una enfermedad crónica, Colpensiones debió tomar el día del diagnóstico como data de estructuración de la PCL, según se desprende de su historia clínica, en lugar de la fecha fijada por la Junta Nacional de Calificación. Esta es la queja única y principal frente a las decisiones administrativas; no obstante, el acervo probatorio impide a la judicatura concluir que reúne los presupuestos de la subvención.

La jurisprudencia constitucional (2019)[[10]](#footnote-10), al desatar problemas jurídicos idénticos al presente, explicó que:

… tratándose de sustituciones pensionales a favor de hijos en situación de invalidez **cuando esta es negada con base en que la estructuración de la invalidez fue posterior al deceso del causante**, el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, *prima facie*, es el documento idóneo para valorar si esta ocurrió con anterioridad o posterioridad al fallecimiento del titular de la prestación. Sin embargo, hay ocasiones en las cuales no refleja cabalmente su surgimiento, por ejemplo, **frente a enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas**, (…), por lo cual también se debe valorar la historia clínica y los conceptos médicos que obren en el proceso, a efectos de determinar las primeras manifestaciones del padecimiento que imposibilitaron a quien solicita la sustitución pensional a llevar una vida con plena potencialidad de sus capacidades… (Negrilla y línea a propósito).

Tesis reiterada y vigente (2021)[[11]](#footnote-11); sin embargo, inaplicable para el caso en concreto, puesto que la diabetes mellitus, aun cuando es un padecimiento crónico, fue insuficiente para calificar la PCL del 50,05%. Así se extracta del resultado del primer dictamen, pues, asignó un 37,38% de PCL con base, exclusivamente, en la *“(…) diabetes mellitus (…), disminución (…) de la agudeza visual de ambos ojos, hipertensión esencial (…), otros estados posquirúrgicos – histerectomía y colecistectomía (…)”* (Ib., pdf No.02, folio 28).

Sin duda, la enfermedad adicional y posterior al deceso (Cuaderno depresivo), fue indispensable para acrecentar la PCL, por ende, la data de estructuración no puede ser otra distinta que la de su diagnóstico.

Por demás está decir que tampoco es viable cambiar la fecha de estructuración, por la potísima razón de que el cuadro depresivo no se subsume en las categorías de enfermedad crónica, degenerativa o congénita; y, en todo caso, el diagnóstico data del 09-03-2017 y 12-12-2017, es decir, meses después de la muerte del pensionado (19-11-2016), por lo tanto, la eventual modificación, en modo alguno implicaría cumplir el presupuesto de la invalidez previa.

Reconoce la Sala que la situación de invalidez y la afiliación al régimen subsidiado son circunstancias que flexibilizan el análisis de subsidiariedad, mas no lo vedan. Como se anotó, para superar la residualidad indispensable era que la promotora acreditara: (i) Ser sujeto de especial protección constitucional; (ii) La afectación de los derechos fundamentales, en particular al mínimo vital; (iii) La práctica de cierta actividad administrativa y judicial; (iv) La ineficacia del mecanismo laboral ordinario; **y (v) Los requisitos de reconocimiento del derecho pensional reclamado**, *aspecto último carente de demostración.*

Corolario, imposible que el juez de tutela realice el análisis de fondo deprecado y, de paso, se inmiscuya en asuntos exclusivos de la justicia laboral. Debe la interesada rebatir los actos administrativos desestimatorios ante la jurisdicción ordinaria competente, incluso, la calificación de la PCL respecto a la fecha de estructuración, como quiera que es la decisión que realmente impidió verificar el cumplimiento de uno de los requisitos pensionales (Art.2º, CPTSS).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 02-05-2022 por el Juzgado 2º de Familia de Pereira.
2. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-005 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-003 de 2022, T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC.T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-136 de 2019 y T-027 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-108 de 2022, T-080 de 2021, T-001-2020 y SU 005 de 2018. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-015 de 2017, T-190 de 1993, C-002 de 1999, T-213 de 2019 y C-071 de 2019 [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-213 de 2019. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-080 de 2021. [↑](#footnote-ref-11)