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 : Óscar Giraldo Giraldo

Accionado : Colpensiones

Litisconsorte : Subdirección de Determinación de Colpensiones

Despacho de origen : Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira

Radicación : 66001-31-03-001-2022-00500-01

Mag. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Aprobada en sesión : 15 de 23-01-2023

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXCEPCIONES / REQUISITOS ESPECIALES / SE CONCEDE EL AMPARO EN FORMA TRANSITORIA.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022). 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.

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC ha dicho: “(…) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto…”

Importa precisar que en tratándose del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, la CC supedita la procedibilidad de la acción al cumplimiento pleno de cuatro requisitos especiales concomitantes (2022), a saber:

a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional; b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada; y, d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Examinadas las pruebas, a diferencia de la postura de la jueza de conocimiento, para esta Colegiatura el accionante reúne los requisitos para superar la subsidiariedad, y habilitar el examen de fondo.

… por lo tanto, se ampararán lo derechos conculcados…, de forma transitoria, para precaver la causación de un perjuicio irremediable, por tratarse de una persona de especial protección constitucional…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**ST2-0009-2023**

**Veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023).**

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 el actor que su compañera permanente, señora María Ofir Osorio de Rivera, era beneficiaria de una pensión de vejez, según la Resolución No.1145 de 2003 y continuó laborando como empleada de servicio interna en la vivienda de sus empleadores, hasta el fallecimiento.

Solicitó el reconocimiento pensional como sobreviviente (Sustitución pensional) y fue desestimada porque no acreditó la convivencia de cinco (5) años; inconforme, recurrió y la accionada mantuvo intacta la decisión, sin analizar el material probatorio arrimado, ni considerar que los días de descanso, viernes, sábado y domingo, siempre los dedicaba a departir con el actor en su residencia.

Y, agrega que: (i) Tiene 84 años; (ii) Padece enfermedades, no las precisó; (iii) Dependía económicamente de su compañera; y, (iv) Carece de empleo, rentas o ayudas estatales y de familiares (Cuaderno No.1, pdf.08).

1. **Los derechos invocados y su protección**

El debido proceso, la seguridad social, la vida, la dignidad humana, el mínimo vital y la solidaridad. Se solicitó ordenar a Colpensiones: Reconocer y pagar la pensión de sobreviviente (Sustitución pensional) y el retroactivo dejado de percibir desde el fallecimiento de su compañera (Cuaderno No.1, pdf.08).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Con auto del 11-04-2022 se admitió la tutela (Cuaderno No.1, pdf.05); el 15-11-2022 se integró el litisconsorcio con una dependencia de Colpensiones (Ibidem, pdf.13); el 18-11-2022 se falló (Ibidem, pdf.15); y, el 28-11-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf.20).

El 17-01-2023 se decretaron pruebas en esta sede (Cuaderno No.02, pdf.07); el accionante resolvió el cuestionario de la Sala (Cuaderno No.02, pdf.10-16) y Colpensiones arrimó los documentos requeridos (Cuaderno No.2, pdf.18-20).

El fallo declaró improcedente el amparo por faltar la subsidiariedad. Su avanzada edad es insuficiente para descalificar la idoneidad y eficacia de la herramienta ordinaria ante los jueces laborales; y, tampoco es viable la protección transitoria, porque pretirió acreditar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, no padece enfermedades discapacitantes y está afiliado al sistema de salud como beneficiario, en el régimen contributivo (Cuaderno No.1, pdf.13).

El impugnante alega que cumple el presupuesto de la residualidad y, por ende, la tutela debe resolverse de fondo porque: **(i)** Ya superó la expectativa de vida y no puede esperar la resolución del litigio por el juez ordinario; **(ii)** Carece de ingresos y de patrimonio; y, **(iii)** La afiliación al sistema de salud no basta para tener una vida digna (Ibidem, pdf.17).

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 1º Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación del interesado?
	3. *Los presupuestos de procedencia*
		1. *La legitimación en la causa*. Por activa, el accionante porque suscribió la petición pensional como compañero supérstite de la señora Osorio de Rivera y recurrió las decisiones de la autoridad (Ib., pdf.03-07). En el extremo pasivo, la Subdirección de Determinación de Derechos y la Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones, por expedir los actos administrativos rebatidos (Acuerdo No.131/2018) (Ib., pdf.06 y 07).

5.3.2. 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 (03-22-2022) (ib., pdf.02) un (1) mes después de expedido el acto administrativo que desató la apelación (DPE12939 del 07-10-2022) (Ib., pdf.07), esto es, en el plazo de los seis (6) meses, fijado como razonable por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4).

5.3.3. 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.

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC[[6]](#footnote-6) ha dicho: *“(…) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”* (Resaltado de la Sala)*.* Criterio reiterado por la Alta Corporación[[7]](#footnote-7).

Además, según la jurisprudencia, es importante para el juez constitucional considerar que[[8]](#footnote-8): *“(…) 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 (…)”.* Tesis reiterada por esa Corporación.[[9]](#footnote-9)

Importa precisar que en tratándose del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, la CC supedita la procedibilidad de la acción al cumplimiento pleno de cuatro requisitos especiales concomitantes (2022)[[10]](#footnote-10), a saber:

a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional; b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada; y, d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

Examinadas las pruebas, a diferencia de la postura de la jueza de conocimiento, para esta Colegiatura el accionante reúne los requisitos para superar la subsidiariedad, y habilitar el examen de fondo:

(i) Es una persona de especial protección constitucional: a) *Tercera edad (84 años)* [[11]](#footnote-11) *, pues, ya superó, con diferencia, la expeditiva de vida estimada por el DANE en los 76 años* (Ib., pdf.03, folio 7).

(ii) Es notoria la afectación a su mínimo vital. Sus ingresos mensuales ascienden a $300.000; producto de una mesada de $250.000, enviada por su hijastro y $50.000 que recibe en un taller mecánico, por “*hacer* *mandados*”, apenas paga el arriendo y la alimentación, sin acceso a recreación ni vestido (Cuaderno No.2, pdf.10). Carece de bienes y es apenas natural comprender que su edad avanzada, le impide emplearse, solo puede realizar el oficio mencionado. Entonces, *la sustitución pensional representa la única opción de ingreso mínimo y suficiente para disfrutar de una vida digna durante su vejez.*

Y, (iii) Tuvo un mínimo de diligencia ante la administración. Presentó la reclamación, arrimó pruebas y recurrió en reposición y apelación el acto administrativo (Cuaderno No.1, pdf.03-07). Innecesario agotar la vía gubernativa para superar el presupuesto de la subsidiariedad por expresa disposición normativa (Art.9º, D.2591/1991); y, aun cuando pretirió acudir a la justicia laboral (Art.2º, CPTSS), para esta Sala el trámite ordinario es ineficaz para proteger sus derechos con celeridad, atendidas las circunstancias sobre el mínimo vital explicadas y probadas. Pudo la entidad desvirtuarla, sin embargo, guardó silencio.

Su situación económica actual es apremiante y amerita que el juez constitucional intervenga para precaver la causación de un perjuicio irremediable (Art.8, D.2591/1991)[[12]](#footnote-12). Superado el test de procedencia, prosigue el estudio de fondo.

Finalmente, como es dable la intervención de juez constitucional, desde ya se acota que, a efectos del amparo transitorio, según la CC (2020)[[13]](#footnote-13), necesario es verificar *“(…) en el trámite de la acción de tutela,* ***por lo menos sumariamente****, que se cumplen los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada (…)”*. Negrilla de esta Sala. Quinto requisito que se aúna los previamente citados.

* 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[[14]](#footnote-14). 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, es el artículo 47, literales “a y b”, ibidem, modificado por el artículo 13, Ley 797, el que establece los requisitos que los compañeros permanentes supérstites deben acreditar a efectos de acceder a la esa prestación social: (i) En forma vitalicia sin son mayores de 30 años, hicieron vida marital con el causante hasta su muerte y convivieron no menos de 5 años continuos; y, (ii) En forma temporal sin son menores de 30 años y no procreó hijos con el occiso; si tuvo decendencia aplicará el literal a). A partir de la Ley 33 de 1973 se reconoció la pensión de forma vitalicia para estos beneficiarios.

1. **El caso concreto analizado**

Acorde con los fundamentos jurisprudenciales y lo probado en el asunto, se revocará la sentencia opugnada y, en su lugar, se concederá de forma transitoria la tutela, a efectos de precaver un eventual perjuicio irremediable al accionante, porque es clara la trasgresión de sus derechos por la Subdirección de Determinación de Derechos y la Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones.

La autoridad mediante la Resolución SUB211859 del 09-08-2022 negó el reclamo pensional porque el accionado no acreditó el presupuesto de la convivencia. Para así decidir explicó (Cuaderno No.1, pdf.06):

(i) El interesado afirmó que la causante vivía en la casa de habitación de su empleador, señor Fidel Toro Rivas; que el señor Toro R., luego le dejó la casa y la pensión; y, que no compartían el mismo techo, pero mantenían comunicación frecuente y compartían los fines de semana;

(ii) Los familiares de la causante coincidieron en asegurar la existencia de la relación sentimental por más de treinta años;

(iii) Uno de los vecinos del actor dijo que él le comentó sobre su relación, pero nunca los vio en convivencia permanente;

(iv) Vecinos del sector donde habitaban los empleadores refirieron que la occisa empezó a trabajar allí hace catorce años y, luego de que el empleador le dio el apartamento, el accionante la visitaba de forma ocasional, mas no vivió en el inmueble; y,

(v) El interesado carece de registro fotográfico sobre la convivencia.

En síntesis, concluyó la ausencia de convivencia porque, según los dichos de los vecinos, nunca vivieron de forma permanente en la residencia del accionante, ni en el apartamento que, al parecer, los empleadores entregaron a la causante, y dejó de apreciar las pruebas del accionante, menos explicar por qué, a su juicio, era obligatorio que convivieran en el mismo lugar, pese a que en la reclamación pensional se argumentó que la actora tenía un trabajo que la obligaba a permanecer día y noche durante gran parte de la semana en un inmueble diferente al que habitaba el accionante.

El interesado recurrió la valoración probatoria y solicitó analizar todo el acervo; en esencia alegó que *“(…) el hecho de que (…) no hayan vivido bajo el mismo techo (…) no es una premisa justificable (…) no vivían juntos por (…) ya que la señora (…) trabajaba de enfermera interna (…)”*  (Cuaderno No.1, pdf.05).

Sin embargo, el punto central de la apelación no fue resuelto por la superiora, pues en la Resolución DPE12939 del 07-10-2022, confirmatoria de la rebatida, luego de aludir las normas aplicables y explicar el objeto de la investigación administrativa, se limitó a iterar que se incumplía el presupuesto de la convivencia, citando textualmente la valoración probatoria de la primera instancia, sin exponer su razonamiento particular sobre el aspecto, ninguna premisa ofreció (Cuaderno No.1, pdf.07)*.*

Así las cosas, es evidente la violación del debido proceso porque la autoridad vedó el acceso al beneficio pensional mediante una disposición carente de motivación*.* Pretirióresolver el reparo del recurso; tasar y confrontar las probanzas aportadas por el actor, con las recaudadas en el trámite; en síntesis, dejó de exponer las razones fácticas y jurídicas para desestimar, simplemente trasliteró lo dicho en la primigenia decisión.

Sería del caso amparar el derecho al debido proceso y disponer que la autoridad decida de nuevo y cabalmente la alzada formulada por el actor, sino fuera porque se encuentra en una situación económica apremiante que comporta la intervención excepcional de la Sala para precaver un eventual daño irreparable.

Ya se anotó que la existencia de prueba sumaria de los requisitos para acceder a la pensión, para el caso, la convivencia dentro de los últimos cinco (5) años, contados desde el deceso de la pensionada, basta para proteger transitoriamente los derechos al mínimo vital y a la seguridad y, en el plenario obra el material respectivo.

Como la prueba sumaria, según la doctrina patria[[15]](#footnote-15) y jurisprudencia[[16]](#footnote-16): *“(…) es aquella que lleva al juez la certeza del hecho que se quiere establecer, en idénticas condiciones de las que genera la plena prueba, pero, a diferencia de ésta,* ***no ha sido sometida al requisito de la contradicción de la parte contra quien se hace valer*** *(…)”* (Negrilla a propósito), para esta Colegiatura las declaraciones extrajuicio aportadas por el actor sirven, en principio, para entender que compartió con la señora María Ofir, aproximadamente, cincuenta (50) años, hasta el día de su deceso (Cuaderno No.1, pdf.05, folios 9-14).

Que no compartieran el mismo techo, producto del trabajo, premisa fundamental para desestimar el reclamo pensional, es criterio precario para concluir la inexistencia de convivencia. Son cuatro los supuestos axiales de la unión marital de hecho, entre ellos, la permanencia, explicado por la jurisprudencia de la CSJ (2016)[[17]](#footnote-17), y que en modo alguno: “*(…) implica residir constantemente bajo el mismo techo, dado que ello puede estar justificado por motivos de salud; o por causas económicas o laborales, entre otras, cual ocurre también en la vida matrimonial (artículo 178 del Código Civil); y la socialización o no de la relación simplemente facilita o dificulta la prueba de su existencia (…)”.* Criterio compartido por esta Magistratura, hace algún tiempo (2020)[[18]](#footnote-18)

Se discrepa del juicio de la autoridad, por lo tanto, se ampararán lo derechos conculcados, se itera, de forma transitoria, para precaver la causación de un perjuicio irremediable, por tratarse de una persona de especial protección constitucional (Art.8º, D.2591/1991). Ya en sede ordinaria, el funcionario competente, dirimirá el problema jurídico atinente al cumplimiento de la convivencia por cinco (5) años.

Finalmente, como el pago de la mesada bastará para garantizar el mínimo vital del actor, se negará del retroactivo también solicitado, pues, es una prestación adicional que podrá reclamar ante el juez laboral. Así doctrina la CC en casos relacionados con reconocimiento pensional de invalidez que esta Corporación, por su similitud, considera plausible aplicar para este caso[[19]](#footnote-19).

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. REVOCAR la sentencia proferida el 18-11-2022 por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pereira, para AMPARAR de forma TRANSITORIA los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, dignidad humana, seguridad social y debido proceso del accionante.
2. ORDENAR a la Directora de Prestaciones Económicas de Colpensiones, doctora Andrea Marcela Rincón Caicedo o quien haga sus veces, que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de este fallo, EXPIDA un nuevo acto administrativo que reconozca y ordene, el pago de la sustitución pensional a favor del señor Óscar Giraldo Giraldo.
3. ADVERTIR al señor Giraldo G. que dispone de cuatro (4) meses para formular la demanda laboral respectiva. **Esta decisión permanecerá vigente hasta tanto la autoridad judicial resuelva de fondo, siempre que acuda tempestivamente ante la jurisdicción laboral.**
4. NEGAR el retroactivo pensional, según lo expuesto.
5. 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-471 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-234 de 2022. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC.T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-136 de 2019 y T-027 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-234 de 2022, T-231 de 2022, T-184 de 2022, T-176 de 2022, T-001 de 2020 y SU-005 de 2018. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-015 de 2019 *“De considerarse que todos los* ***adultos mayores*** *requieren una especial protección constitucional y un análisis más flexible en relación con el principio de subsidiariedad, sería necesario concluir que todas las peticiones de vejez que ellos hagan a través de la acción de tutela son procedentes. Tal perspectiva, terminaría por hacer que las vías ordinarias de defensa judicial laboral en esa materia en particular queden inoperantes. Ello trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela y comprometería el sistema de distribución de las competencias judiciales y jurisdiccionales, pues implica indirectamente asumir que la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para reclamar pensiones de vejez de personas con más de 60 años”* (Sublínea y resaltado de la Sala) [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-082 de 2016, T-318 de 2017, T-001-2020 y T-234 de 2022 [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-290 de 2020. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-015 de 2017, T-190 de 1993, C-002 de 1999, T-213 de 2019 y C-071 de 2019 [↑](#footnote-ref-14)
15. LÓPEZ B., Hernán F. Código general del proceso, pruebas. Dupre Editores Ltda, Bogotá, 2017, p.127. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. C-253 de 2009. [↑](#footnote-ref-16)
17. CSJ. SC-15173-2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. TSP, Sala Civil – Familia. Fallo del 11-03-2020, MP: Grisales H., No.2016-00054-03. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. SU-556 de 2019. [↑](#footnote-ref-19)