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 – 15 de marzo de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma decisión del a quo que declaró improcedencia

Radicación Nro. : 66001-31-10-001-2017-00004-01

Accionante: MARÍA MARLENY SOTELO DE MARTÍNEZ

Accionado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Magistrado Ponente:  JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

Temas: **RECONOCIMIENTO PENSIONAL / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA. “**El Juzgado de primer grado, se dijo, declaró la improcedencia de la acción por cuanto no se demostraron situaciones flagrantes que condujeran a pretermitar las instancias judiciales ordinarias con las que cuenta la actora para hacer valer el derecho pensional por esta vía, luego de que fracasara la gestión administrativa adelantada con tal fin. La Sala comparte esa forma de ver las cosas, sin que haya mucho que agregar a lo plasmado en el fallo, toda vez que, en efecto, este especial mecanismo de protección tiene un linaje residual y subsidiario, en la medida que solo puede salir avante, previa verificación de violación de derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de un sendero alternativo de salvaguarda judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (…) La carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales quedó insatisfecha en el entendido que se limitó a enunciar un listado de derechos presuntamente vulnerados por la UGPP y a aludir a normas más favorables de aplicación para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, 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 y falto de idoneidad.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

 **SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, marzo quince de dos mil diecisiete

Expedientes: 66001-31-10-001-2017-00004-01 Acta N° 135 de marzo 15 de 2017

 Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la parte accionante contra la sentencia del 24 de enero último, proferida por el Juzgado Primero de Familia local, en esta acción de tutela que **María Marleny Sotelo de Martínez**, inició contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP,** a la que fueron vinculadas la **Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales** y la **Dirección de Pensiones** de la misma entidad.

 **ANTECEDENTES**

 Acudió la demandante, por intermedio de apoderada judicial, en procura de la protección de sus derechos fundamentales *“al Mínimo Vital, Dignidad Humana, Igualdad y Seguridad Social Integral*, que estima lesionados por la parte accionada.

 Expuso, en resumen, que nació el 25 de febrero de 1952; el 16 de febrero de 2005 falleció su cónyuge Gustavo Martínez Álvarez, quien había realizado cotizaciones a varias entidades con el fin de cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte; tras el deceso del mismo, el 26 de febrero de 2016 adelantó solicitud de pensión de sobrevivientes, la que finalmente fue negada, previo agotamiento de recursos interpuestos contra la primera decisión, y en donde se adujo que no se cumplían los requisitos exigidos por las Leyes 33 y 797 de 1985 y 2003, respectivamente. Sin embargo, sí llena los señalados en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, como quiera que cuenta con más de 300 semanas antes del 1º de abril de 1994, por lo que se atenta contra el principio de progresividad, y se le deja en condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, no obstante que merece especial protección por ser una persona de la tercera edad y con estado de salud desfavorable, lo que a la postre le causa un perjuicio irremediable.

 Pidió, por tanto, el amparo de los derechos reclamados y, por consiguiente, que se le ordene a la demandada reconocerle la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta la norma aplicable, esto es el Acuerdo 049 de 1990.

 Con la demanda, entre otros documentos, se aportaron copias de los registros civiles de defunción de Gustavo Martínez Álvarez, de nacimiento de la accionante y del matrimonio celebrado entre ambos; así como de los actos administrativos expedidos con motivo de la reclamación prestacional del caso.

 El Juzgado de primer grado admitió el libelo frente Unidad Administrativa Especial demandada, a la vez que vinculó a la Dirección de Pensiones y a la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales, a quienes corrió traslado por el término de 2 días. El subdirector jurídico de la Unidad señaló que de acuerdo con la legislación establecida sobre el particular, las cotizaciones certificadas fueron hechas en vigencia de la Ley 33 de 1985 que no preveía la figura desarrollada en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, adicional al hecho de que no cumple con los requisitos allí consignados, por cuanto el causante falleció el día 16 de febrero de 2005 y la última cotización fue el 13 de febrero de 1989, y no resultaba procedente la aplicación del Decreto 758, como quiera que el causante no cotizó al ISS, hoy Colpensiones, norma aplicable únicamente a dicha entidad; que no se demostró un perjuicio irremediable y un caso como el presente escapa a la órbita del juez constitucional. Pidió declarar la improcedencia de la acción.

 Sobrevino la sentencia que aceptó la improcedencia, toda vez que no se indicó en qué consiste el perjuicio irremediable alegado, lo que indica que debe acudir a la instancia ordinaria, máxime cuando han transcurrido más de 11 años desde el fallecimiento de su esposo y solo hasta ahora inició los trámites para el reconocimiento prestacional pertinente, y no puso en evidencia circunstancia alguna relacionada con la inactividad que se observa, de manera que no queda claro, cómo atendió sus necesidades básicas durante ese tiempo.

 Impugnó la interesada, apoyada en apartes jurisprudenciales sobre la aplicación de la condición más beneficiosa en materia pensional y alegó que no cuenta con recursos económicos, ni físicos para su sustento diario.

**CONSIDERACIONES**

 La Constitución de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

 Uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, tiene que ver con la subsidiariedad. Concretamente, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

 Tratándose de beneficios laborales, incluida la pensión, la regla general es que no se puede acudir a esta especialísima acción para su reconocimiento, pues ante una negativa de la entidad encargada de su otorgamiento, debe acudirse a los jueces laborales o administrativos, encargados de dirimir ese tipo de controversias. Aunque también ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales.

 El Juzgado de primer grado, se dijo, declaró la improcedencia de la acción por cuanto no se demostraron situaciones flagrantes que condujeran a pretermitar las instancias judiciales ordinarias con las que cuenta la actora para hacer valer el derecho pensional por esta vía, luego de que fracasara la gestión administrativa adelantada con tal fin.

 La Sala comparte esa forma de ver las cosas, sin que haya mucho que agregar a lo plasmado en el fallo, toda vez que, en efecto, este especial mecanismo de protección tiene un linaje residual y subsidiario, en la medida que solo puede salir avante, previa verificación de violación de derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de un sendero alternativo de salvaguarda judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De acuerdo con la vasta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez de tutela 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)

La parte actora, estima que en su puntual pedido ante la UGPP debe tener presente, en forma preponderante, como da cuenta la demanda de tutela pasando por el escrito de impugnación, el principio de progresividad y, en tal orden de ideas, aplicar la regla legal que se ajusta a la prescripción requerida conforme a las semanas de cotización existentes, sin que se pueda aplicar la normativa vigente que impone exigencias más gravosas.

Pues bien, al examinar las condiciones personales de la accionante para establecer si, en verdad, estamos frente a un sujeto de especial protección y por contera de protección reforzada, se tiene que, conforme a la orientación de la alta Corporación no se cumplen. Un primer aspecto, el de la edad que para ella es de 65 años, no alcanza un punto de fuerza suficiente para considerarla, en el caso concreto, como persona de la tercera edad, en cuanto atañe a solicitudes de orden pensional, ya que según lo ha sostenido la misma la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2): “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” y según lo deja ver el documento de proyecciones de población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística DANE 2007, que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida, “para el quinquenio 2015-2020, la esperanza de vida al nacer para … mujeres es de 79.39 años”.

Un segundo punto, referente a la situación de salud de la accionante, tiene que ver con que no se anunció, menos se demostró qué clase de enfermedad o dolencias es por las que atraviesa para obtener un rango de análisis que permitiera concluir que, en efecto, no habría margen de espera, por su especial condición, como para forzar un acto administrativo a su favor con el cual se garantizara su seguridad social en salud. Recuérdese que no por ser la acción de tutela un trámite breve y sumario, está alejado de las cargas mínimas que competen en cuanto a la carga probatoria.

En tercer lugar, como bien lo infirió el Juzgado de primera instancia, no se ve tampoco, se afecta el mínimo vital de la reclamante con la posición adoptada por la UGPP al momento de elevarse la respectiva solicitud en el año 2016, si ello solo se procuró pasados once (11) años después de la muerte de su cónyuge, sin que se indicara de qué manera es que se ha visto afectada con tal decisión, si durante ese lapso ha sobrellevado su vida en condiciones normales de subsistencia, pues nada se refiere en contrario. Con ello queda en entredicho la inminencia que reviste una demanda de este matiz.

Tampoco dijo, ni acreditó, qué le impidió durante tanto tiempo desplegar la acción ordinaria o administrativa respectiva, para el reconocimiento de la pensión, pues durante ese lapso, es obvio, ya se hubiera obtenido respuesta judicial.

 Finalmente, en cuanto a la afectación del mínimo vital, esa situación tampoco fue demostrada, porque no ahondó en material probatorio para establecer que carezca de recursos que le permitan subvenir sus necesidades básicas, como lo ha hecho desde el fallecimiento de su esposo, mientras se adelanta el trámite ante el juez natural para hacer valer sus derechos; tampoco se establece que tenga personas a cargo, especialmente hijos menores de edad o en condición de discapacidad.

La carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales quedó insatisfecha en el entendido que se limitó a enunciar un listado de derechos presuntamente vulnerados por la UGPP y a aludir a normas más favorables de aplicación para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, 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 y falto de idoneidad.

Argumentos suficientes para confirmar la sentencia de primer grado, como se hará.

**DECISIÓN**

 Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, **Sala de Decisión Civil Familia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia dictada el 24 de enero de 2017, por el Juzgado Primero de Familia local, en esta acción de tutela que **María Marleny Sotelo de Martínez**, inició contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP,** a la que fueron vinculadas la **Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales** y la **Dirección de Pensiones** de la misma entidad.

 Notifíquese esta decisión a los intervinientes por el medio más expedito y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A su regreso, archívese el expediente.

Los Magistrados,

 **JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

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. Sentencia T-138 de 2010 [↑](#footnote-ref-2)