El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia de segunda instancia

**Proceso:** Acción de Tutela – Confirma improcedencia de la acción

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-001-2017-00185-01

**Accionante:** Consuelo de Jesús Celis Gómez

**Accionado:** Administración Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Tema a Tratar: SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.** La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección. Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano de cierre constitucional ha determinado por regla general que la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes resulta improcedente por cuanto existen mecanismos judiciales ordinarios, sin embargo, su procedencia es excepcional, cuando “(i) su falta de reconocimiento y pago ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iii) aparece acreditado –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable.

Pereira, Risaralda, veintisiete (27) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 27-06-2017

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Consuelo de Jesús Celis Gómez identificada con cédula de ciudadanía No.25.244.917, quien actúa a través de apoderado judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección del derecho a la seguridad social, para lo cual solicita se ordene a Colpensiones reconozca y pague su pensión de sobrevivientes con el Acuerdo 049 de 1990.

Narra su apoderado que (i) mediante Resolución GNR 387114 de 21-12-2016 le fue negada por Colpensiones la pensión de sobrevivientes que había solicitado el 15-11-2016, al haber recibido el causante Luis Enrique Rodríguez Zapata indemnización sustitutiva de pensión de vejez en el año 2007, decisión que fue confirmada a través de la Resolución SUB 3382 de 08-03-2017 donde agregó que no era viable dar aplicación al principio de condición más beneficiosa; (ii) menciona que la accionante tiene 58 años, formó unión marital de hecho con el señor Rodríguez Zapata desde el 01-02-2000, éste último falleció el 08-09-2016, por causas naturales y cotizó con el Institutito de los Seguros Sociales entre 1969 a 1979; (iii) asimismo que el hecho de haber recibido indemnización sustitutiva de pensión de vejez, no significa que el afiliado esté renunciando a los riesgos de invalidez y sobrevivientes y que cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 al tener 511 semanas; (iv) igualmente añade que la actora tiene avanzada edad y por su estado de salud le impide acceder a un trabajo que le pueda brindar un sustento diario.

**2. Pronunciamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**

De manera extemporánea, después de la decisión de primera instancia, alegó que la acción de tutela es improcedente por cuanto toda controversia que se presente en el marco de la seguridad social debe ser conocida por la jurisdicción laboral. Que mediante resoluciones GNR 387114 de 21-12-2016 y SUB 3382 de 08-03-2017 negó la pensión de sobrevivientes, los que fueron debidamente notificados y donde se expuso las razones de por qué la prestación reclamada no era procedente.

**3. Sentencia impugnada**

La jueza de instancia decide negar por improcedente la acción de tutela; como fundamento, manifestó que la accionante no ha iniciado un proceso ordinario laboral por su avanzada edad (58 años) y su estado de salud, sin embargo, no tiene la edad de adulto mayor que corresponde a los 60 años de edad, ni tampoco hay fundamentos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona.

**4. Impugnación**

La accionante impugna el fallo al considerar que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por ser una persona de la tercera edad y su condición económica y familiar precaria, por lo que considera que se le debe reconocer dicha pensión al estar en debilidad manifiesta.

Igualmente por la sentencia de la Corte Constitucional SU 442 de 2016 que estableció la posibilidad de aplicar el principio constitucional de la condición más beneficiosa en sobrevivientes, según su parte considerativa.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por la accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que solicita la accionante?

(ii) De ser afirmativo lo anterior, ¿Se vulneró el derecho a la seguridad social de la accionante con la expedición de la resolución GNR 387114 de 21-12-2016 que negó la pensión de sobrevivientes por haber recibido el señor Rodríguez Zapata la indemnización sustitutiva de pensión de vejez?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa la señora Consuelo de Jesús Celis Gómez, a través de apoderado debidamente constituido, al ser la titular de su derecho a la seguridad social.

Así mismo, lo está por pasiva la Administradora de Pensiones Colpensiones, pues a ella se le endilga la presunta conducta violatoria del derecho a la seguridad social, cuya protección se reclama, por ser a quien profirió la resolución GNR 387114 de 21-12-2016, de la que se duele la accionante.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la seguridad social.

**3.3. Inmediatez**

Se encuentra también satisfecha por cuanto la fecha del acto administrativo es de 21-12-2016, el que quedó en firme el 08-03-2017 transcurriendo desde esta fecha hasta la presentación de la acción de amparo (24-04-2017), más de un (1) mes que se considera razonable para incoar dicha acción.

**3.4. Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano de cierre constitucional[[2]](#footnote-2) ha determinado por regla general que la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes resulta improcedente por cuanto existen mecanismos judiciales ordinarios, sin embargo, su procedencia es excepcional, cuando *“(i) su falta de reconocimiento y pago ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iii) aparece acreditado –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable. En todo caso, cuando el amparo se solicita por un sujeto de especial protección constitucional (persona de la tercera edad, madre o padre cabeza de familia, persona en situación de discapacidad), el juicio de procedencia de la acción de tutela debe hacerse menos riguroso”.*

En relación con el perjuicio irremediable ha dicho que debe estar acreditado, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que al Juez de tutela le está vedado, en términos de la Corte Constitucional[[3]](#footnote-3), estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto en el que ha ocurrido el presunto perjuicio.

Asimismo dicho perjuicio en los términos de la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) debe ser (i) inminente, esto es que amenaza o está por suceder; (ii) urgente, que es necesario realizar o ejecutar para dar respuesta con prontitud; (iii) grave, que equivale a la intensidad del daño en la persona y (iv) que sea la acción de tutela impostergable en virtud de la urgencia y gravedad.

Al respecto la Sala avizora que no se satisface el requisito de subsidiariedad como pasa a estudiarse, razón por la cual no entrará a estudiar de fondo el presente amparo y se confirmará la sentencia de primera instancia.

En primera medida es necesario señalar que la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que posee la accionante para la protección de su derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, a través de un proceso ordinario laboral, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama, siendo esto un mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar el derecho que considera conculcado, pues su pretensión puede ser tramitada y decidida de forma adecuada por esta vía, sin que su edad-58 años-impida que pueda acudir a la instancia judicial, teniendo en cuenta que para ser considerada como persona de la tercera edad debe tener 74 años, según lo esgrimió la Corte Constitucional en sentencia T-047-2015 y lo reiteró en la T-036-2016.

Por lo tanto se advierte que no se cumple con uno de los requisitos para la procedencia excepcional de la tutela, como es el de la ausencia de otros medios de defensa judicial o que teniéndolos no resultan idóneos y eficaces.

Ahora resulta pertinente abordar en segundo lugar el requisito, que es el impedir la causación de un perjuicio irremediable o que esté consumado, aun existiendo los mecanismos de protección judicial idóneos y eficaces que se mencionaron anteriormente.

En relación con el perjuicio irremediable y en aplicación a lo previamente esbozado, se evidencia su inexistencia, en la medida en que la simple exteriorización de la situación de salud de la accionante, no basta, para que se configure dicho perjuicio, pues a pesar de la informalidad del amparo constitucional, la actora debe sustentar y probar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, al menos sumariamente, situación que es ausente en el presente amparo y que se desconoce por cuando nada se sabe de la enfermedad que padece, de sus circunstancias personales y familiares que en últimas permita entrever que su mínimo vital se ha visto efectivamente afectado.

En estos términos lo ha dicho el máximo órgano de cierre en materia constitucional[[5]](#footnote-5):

 *“(…)si la persona no demuestra siquiera sumariamente la imposibilidad de acudir al procedimiento común soportado en las complejas circunstancias que padece y que lo exponen ante un perjuicio irremediable, su solicitud debe ser declarada improcedente pues no se puede proceder de modo caprichoso a aplicar la excepción habida cuenta que con ello se atentaría contra: (i) la tutela judicial efectiva, (ii) el derecho de aquellas personas que, de manera diligente, han agotado los procesos ordinarios procurando el amparo de sus derechos y, por último, (iii) la efectiva administración de justicia como quiera que promovería la congestión judicial”.*

En este orden de ideas, tampoco se tiene por configurado un perjuicio irremediable, por la falta de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en la medida en que esto haya generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales de la accionante, en particular de su derecho al mínimo vital, razón por la cual resulta improcedente esta acción de amparo aun como mecanismo transitorio.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, al no satisfacerse el requisito de subsidiariedad hay lugar a declarar improcedente la presente acción de tutela, en consecuencia se confirmará la decisión del 08-05-2017.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 08-05-2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la tutela presentada por la señora Consuelo de Jesús Celis Gómez identificada con cédula de ciudadanía No.25.244.917, quien actúa a través de apoderado judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-281 de 31-05-2016. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-122 de 08-03-2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-5)