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 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**

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-003-2017-00409-01

**Referencia:** Acción de Tutela

**Accionante:** Luz Danery Bolaños

**Accionado:** Administración Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Providencia**: Sentencia de segunda instancia

**Tema: PENSIÓN DE SOBREVINIENTES – RECONOCIMIENTO Y PAGO - SUBSIDIARIEDAD – IMPROCEDENTE – CONFIRMA** - 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 medio o instrumento de defensa judicial que establece el ordenamiento legal para la protección del derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta para ello está establecido la acción ordinaria en la jurisdicción ordinaria laboral, a la cual se puede acudir para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama, siendo este el 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.

Adicionalmente, porque es allí el escenario propicio para discutir la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, que es el punto álgido para la negativa del derecho pensional que reclama, con la práctica de pruebas necesarias para ello, que permitan el derecho de contradicción de la accionada.

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 y situación económica 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.

Pereira, Risaralda, treinta y uno (31) de Octubre de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 31-10-2017

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Luz Danery Bolaños identificada con cédula de ciudadanía No.42.019.470, quien actúa a nombre propio, 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 el reconocimiento y pago de su pensión de sobrevivientes.

Narra la accionante que (i) tiene 37 años de edad; (ii) dependía económicamente de su madre Carmen Lia Bolaños Castro, quien falleció en el año 2009; (ii) ésta cotizó al régimen de prima media de Colpensiones y contaba con 431 semanas cotizadas; (iii) laboró en Hilos Cadena con su progenitora del cual fue despedida; (iv) quedó embarazada a los 20 años de edad, y hoy su hijo cuenta con 17 años de edad; (v) tiene un retraso mental moderado desde los primeros meses de vida pero en septiembre del año 2014 fue calificada por la junta nacional de calificación de invalidez, donde se le diagnosticó retraso mental moderado, escoliosis idiopática, entre otros; (vi) en el mes de junio de 2014 se le dictaminó pérdida de la capacidad laboral con un porcentaje del 50.12%, con fecha de estructuración el día 15-03- 2014; (vii) con resolución GNR 79789 de 17-03-2015 la entidad negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes porque la fecha de estructuración fue posterior a la, fecha de fallecimiento de su madre, decisión que al ser recurrida se confirmó en su integridad mediante resolución GNR 788905 de junio de 2015; (viii) añade que se encuentra en un estado de abandonamiento, descuido, desamparo y que vive de la caridad de sus vecinos y de una amiga que la deja quedar en la casa.

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

Alega la improcedencia de esta acción, por cuanto, la accionante elevó petición ante esta entidad para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por hijo invalido y mediante resolución GNR 79789 17-03-2015 se negó la solicitud al no tener una fecha de estructuración de invalidez posterior al deceso del causante; lo que deviene que la actora no dependía económicamente de la causante; por lo tanto, si presenta inconformidad debió agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su prestación por la vía de la acción de tutela, ya que solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

**3. Sentencia impugnada**

La jueza de instancia negó por improcedente la acción de tutela; al disponer la legislación de los medios necesarios para la definición del derecho, que puede o no obtener la petente; como es la vía ordinaria laboral, además han transcurrido más de dos años desde que se generó la respuesta negativa y por consiguiente, el principio de inmediatez en este caso no se evidencia.

**4. Impugnación**

La accionante impugnó el fallo al considerar que la acción de tutela es el mecanismo idóneo frente a otros medios de defensa judicial para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por invalidez, por estar en un estado de vulnerabilidad su estado de salud y ser sujeto de especial protección, además la jurisdicción ordinaria laboral es ineficaz, tardía e inoperante.

Adicionalmente, porque no cuenta con los recursos mínimos para vivir, y estar a cargo de un menor de edad; frente al principio de inmediatez agrega que no cuenta con los recursos para costear un abogado que defienda sus derechos, que solo acude a la defensoría del pueblo y consultorio jurídico donde la ayuda es gratuita.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Tercero 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) ¿Se satisfacen el requisito de subsidiariedad?

(ii) De ser real la respuesta anterior ¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que solicita la accionante?

(iii) ¿Se vulneró el derecho a la seguridad social de la accionante con la expedición de la resolución GNR 79789 de 17-03-2015 que negó la pensión de sobrevivientes?

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 Luz Danery Bolaños, al ser la titular de su derecho a la seguridad social por ser quien pidió ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

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 79789 de 17-03-2015, de la que se duele la accionante.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la seguridad social.

**3.3. Inmediatez**

Se tiene que el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela podrá interponerse *“en todo momento y lugar”*, por ello la Corte Constitucional como máximo Órgano de cierre en materia constitucional ha entendido que por esa razón no es posible establecer un término de caducidad de la acción de tutela, pues ello sería contrario al artículo citado.

Pero también ha dicho que lo anterior no debe entenderse como una facultad para presentar la acción de tutela en cualquier momento, ya que ello sería contrario a la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción, concebida como un mecanismo expedito que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados.

Por lo anterior, a partir de una ponderación entre la prohibición de caducidad y la naturaleza de la acción, en los términos del máximo Tribunal Constitucional[[2]](#footnote-2), la tutela debe presentarse en un término razonable, pues de lo contrario podrá declararse improcedente, por lo que es al Juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable.

Además ha dicho que en aquellos casos en los que se demuestre que la vulneración del derecho es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, pero la situación es continua y  actual, el principio de inmediatez[[3]](#footnote-3) en la interposición de la tutela no es exigible de manera estricta, situación que se cumple en el caso en particular por cuanto la vulneración del derecho a la seguridad social ha persistido en el tiempo, es continua y actual al no obtener la pensión de sobrevivientes que reclama, derecho que es imprescriptible.

**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[[4]](#footnote-4) 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[[5]](#footnote-5), 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[[6]](#footnote-6) 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 medio o instrumento de defensa judicial que establece el ordenamiento legal para la protección del derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta para ello está establecido la acción ordinaria en la jurisdicción ordinaria laboral, a la cual se puede acudir para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama, siendo este el 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.

Adicionalmente, porque es allí el escenario propicio para discutir la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, que es el punto álgido para la negativa del derecho pensional que reclama, con la práctica de pruebas necesarias para ello, que permitan el derecho de contradicción de la accionada.

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 y situación económica 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.

En estos términos lo ha dicho el máximo órgano de cierre en materia constitucional[[7]](#footnote-7):

*“(…)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 cuanto desde el fallecimiento de su progenitora 12-02-2009 hasta la solicitud de la pensión de sobrevivientes, presuntamente en el 2015, teniendo en cuenta que hasta el 17-03-2015 Colpensiones la resolvió, han pasado 6 años, tiempo considerable que derruye la afectación a su mínimo vital y el perjuicio irremediable que alega; sin contar los 2 años que también transcurrieron para la interposición de esta acción, por lo tanto, no se avizora una necesidad apremiante y urgente que valide y amerite que vía tutela se reconozca la pensión que reclama.

**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 18-09-2017.

**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 18-09-2017 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la tutela presentada por la señora

Luz Danery Bolaños identificada con cédula de ciudadanía No.42.019.470, quien actúa a nombre propio, 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 SU 391 de 27-07-2016. M.P Alejandro Lineros Cantillo. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-584 de 27-07-2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-281 de 31-05-2016. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-122 de 08-03-2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-7)