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.

Radicación No.: 66001-31-05-005-2018-00456-01

Proceso: Tutela 2ª Instancia

Accionante: Fabiola Silva Orozco y Cristian David Pérez Silva

Accionado: Colpensiones

Providencia Segunda Instancia

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIONAL / SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REQUISITOS PARA APLICARLA POR EXCEPCIÓN.**

… en materia pensional, por ejemplo, la regla general es la improcedencia de la acción de tutela; sin embargo, de manera excepcional, puede concederse tal amparo, incluso, en forma definitiva, para lo cual la Corte Constitucional ha supeditado la procedencia de la tutela en estos casos, al cumplimiento de ciertos presupuestos: i) la excepcionalidad por afectación al mínimo vital, cuando la prestación laboral sea la única fuente de recursos económicos para la atención de las necesidades básicas, y ii) se demuestre el perjuicio de los derechos fundamentales de la persona, al punto que los mecanismos ordinarios se tornen insuficientes para la protección. Dicho perjuicio debe ser inminente, requerir medidas urgentes para ser conjurado, a partir de la implementación de medidas impostergables, y ser grave. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. (…)

De lo anterior se desprenden tres presupuestos esenciales para la prosperidad de la protección tutelar frente a prestaciones económicas de la seguridad social, a saber: (i) que se acredite una afectación inminente del mínimo vital; (ii) que los medios judiciales existentes se tornen insuficientes para contrarrestar esa amenaza y (iii) que resulte irrebatible la prestación, esto es, que no se tenga incertidumbre alguna, respecto al carácter exigible del derecho y a la correlativa obligación de la parte accionada. (…)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, dos de octubre de dos mil dieciocho

### Acta número \_\_\_ del \_\_\_ de octubre de 2018.

Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el 18 de septiembre de 2018, dentro de la acción de tutela promovida por ***Fabiola Silva Orozco,*** *en nombre propio y en representación de* ***Cristian David Pérez Silva*** contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones***, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, mínimo vital, salud e igualdad.

 El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado y corresponde a la siguiente,

***I. HECHOS JURIDÍCAMENTE RELEVANTES***

Relata la accionante que el 22 de abril de 2007 falleció su compañero permanente, con quien convivió durante 38 años y procreó 4 hijos, entre ellos 1 que aún es menor de edad; que el obitado dejó causado el derecho de sobrevivencia, porque al momento del fallecimiento había alcanzado los requisitos para pensionarse por vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, máxime que era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que contaba con 1.040 semanas de cotización y para el 29 de julio de 2005 tenía 1.023 septenarios, por lo que solo restaba para el afiliado el cumplimiento de la edad que ocurriría el 5 de febrero de 2012.

Así, relató que había solicitado por primera vez la pensión que fue negada mediante Resolución No. 9273 de 2007, porque el causante no sufragó 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, pero reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, que no fue cobrada por la accionante.

Narró que por segunda vez solicitó la pensión de sobrevivientes a la administradora pensional, que fue negada mediante la Resolución GNR 107714 de 2015, bajo el mismo argumento precedente.

Por tercera vez, solicitó infructuosamente el reconocimiento pensional, pues fue negado mediante la Resolución SUB 65856 de 2018; por lo que interpuso recurso de apelación bajo el argumento de que el causante había cotizado el número mínimo de semanas requerido, sin haber tramitado o recibido pensión de vejez; recurso que igualmente fue resuelto negativamente.

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales, y como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones a expedir la resolución de reconocimiento pensional a su favor y el de su menor hijo, a partir del 22 de abril de 2007.

La entidad accionada allegó respuesta solicitando se declare la improcedencia de la acción de tutela, por considerar que el juez constitucional no es el competente para realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento de la prestación reclamada, pues ello compete al juez ordinario.

*II.* SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Jueza del conocimiento negó el amparo solicitado, considerando que pese a que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados por el actor, lo cierto es que la ausencia del reconocimiento pensional, no afecta directamente sus necesidades básicas, en tanto la accionante se encuentra cotizando al sistema de seguridad social en salud y según las declaraciones extrajuicio allegadas, recibe ayuda de sus familiares, que evidencian la ausencia de un perjuicio inminente que permite la iniciación del proceso ordinario pertinente.

*III.* IMPUGNACIÓN.

La accionante impugnó la decisión, para lo cual argumentó que la decisión constitucional negativa somete a Fabiola Silva Orozco a continuar sobreviviendo de la caridad familiar, pese a que el obitado sí dejo causado el derecho pensional, por lo que la denegación de la administradora pensional aparece mezquina con la finalidad de supeditar el derecho de la accionante a un proceso de doble instancia y casación que superará su expectativa de vida.

*IV. CONSIDERACIONES.*

1. ***Competencia.***

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

1. ***Problema jurídico a resolver.***

*¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes acá pretendida?*

***Desarrollo de la problemática planteada***

A efectos de analizar el objetivo que tiene la acción de tutela dentro del ordenamiento nacional, es preciso señalar que la misma fue creada por el constituyente de 1991, con el objetivo primordial de darle una protección efectiva a los Derechos de Primera Generación, es decir, de garantizar el cumplimiento y la salvaguarda de aquellos derechos fundamentales (artículos del 11 al 41 de la Constitución Política o de aquellos que por el desarrollo jurisprudencial han adquirido este estatus) que hacen parte de la esencia del ser humano; generando en cabeza del juez constitucional la obligación de analizar la necesidad, proporcionalidad y racionalidad de los medios, para obtener la protección del derecho fundamental evaluado y de esta manera buscar siempre el fin más idóneo, altamente proporcional y que menos perjuicios genere para obtener su real protección.

 Sin embargo, de entrada puede afirmarse que jurisprudencialmente está decantado que es improcedente para lograr el reconocimiento de las prestaciones económicas otorgadas por el sistema de la seguridad social, pues para tales fines existen las distintas vías judiciales, entre ellas el procedimiento ordinario laboral, el tramite ejecutivo, el contencioso administrativo, entre otros.

 En este sentido, en materia pensional, por ejemplo, la regla general es la improcedencia de la acción de tutela; sin embargo, de manera excepcional, puede concederse tal amparo, incluso, en forma definitiva, para lo cual la Corte Constitucional ha supeditado la procedencia de la tutela en estos casos, al cumplimiento de ciertos presupuestos: *i)* la excepcionalidad por afectación al mínimo vital, cuando la prestación laboral sea la única fuente de recursos económicos para la atención de las necesidades básicas, y *ii)* se demuestre el perjuicio de los derechos fundamentales de la persona, al punto que los mecanismos ordinarios se tornen insuficientes para la protección. Dicho perjuicio debe ser inminente, requerir medidas urgentes para ser conjurado, a partir de la implementación de medidas impostergables, y ser grave. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad[[1]](#footnote-1).

Solo en esos eventos, frente a lo irrebatible de la prestación y las circunstancias de cada caso particular, la acción de tutela desplazará el mecanismo ordinario de defensa.[[2]](#footnote-2)

De lo anterior se desprenden tres presupuestos esenciales para la prosperidad de la protección tutelar frente a prestaciones económicas de la seguridad social, a saber: (i) que se acredite una afectación inminente del mínimo vital; (ii) que los medios judiciales existentes se tornen insuficientes para contrarrestar esa amenaza y (iii) que resulte irrebatible la prestación, esto es, que no se tenga incertidumbre alguna, respecto al carácter exigible del derecho y a la correlativa obligación de la parte accionada.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional[[3]](#footnote-3) ha establecido algunos factores que deben ser verificados por el juez de tutela para establecer si se cumple o no con el principio de inmediatez, a saber:

*“(i) La situación personal del peticionario: debe analizarse la situación personal del peticionario, pues en determinados casos esta hace desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve. A modo enunciativo, la jurisprudencia ha señalado que tal exigencia podría ser desproporcionada cuando el peticionario se encuentre en “estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad [o] incapacidad física”.*

*(ii) El momento en el que se produce la vulneración: pueden existir casos de vulneraciones permanentes a los derechos fundamentales. En estos casos, para analizar la inmediatez el juez de tutela no debe contar el término desde el momento en el que la vulneración o amenaza inició hasta la fecha de presentación de la tutela, sino que debe tomar en cuenta el tiempo por el que esta se prolongó.*

*(iii) La naturaleza de la vulneración: existen casos donde se presenta un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción de tutela y la vulneración de los derechos de los interesados. De acuerdo con este criterio, el juez debe analizar si la demora en la presentación de la tutela guarda relación con la situación de vulneración de derechos fundamentales que alega el peticionario.*

*(…)”* (Subrayas dentro del texto original).

**Caso concreto.**

La tutelante solicitó el amparo los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social, mínimo vital entre otros, que considera transgredidos por la entidad accionada por no haberle reconocido la pensión de sobrevivencia. Por consiguiente, la Sala emprenderá el análisis del cumplimiento de los requisitos exigidos para la procedencia excepcional de la presente acción constitucional.

Así, analizado en detalle las pruebas que aprovisionaron el expediente, la Sala observa que la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que posee la accionante para la protección de sus derechos fundamentales, porque puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para lograr el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que ahora por esta vía expedita reclama, pues adviértase que el derecho pensional pretendido se causó el 22 de abril de 2007 – fl. 16 c. 1 –, época en la que falleció el causante y desde dicha fecha hasta el 4 de septiembre de 2018 – fl. 42 vto. – apenas interpuso esta acción constitucional, es decir, dejó transcurrir más de 10 años sin que presentara mecanismo de amparo alguno, desidia que dejar ver que en realidad sus derechos fundamentales no se encontraban ni siquiera en riesgo, pues dicho lustro ninguna otra cosa evidencia, sino que la muerte de su compañero en manera alguna afectó las circunstancias particulares de su vida, máxime que en 3 ocasiones interpuso la reclamación administrativa correspondiente – fls. 3 a 5 – que abriría la puerta para iniciar el proceso ordinario laboral, pero pese a ello, dejó transcurrir el tiempo sin ejercitar el mecanismo principal e idóneo para salvaguardar ahora los derechos presuntamente vulnerados, máxime que ninguna condición especial de discapacidad allegó al expediente como para evidenciar que aquel fue un motivo desencadenante de su apatía para asistir a la jurisdicción ordinaria laboral y que ahora pretende evitar bajo el pretexto de encontrarse carente de recursos económicos.

Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que la accionante cuenta con 3 hijos mayores de edad – fl. 3 – que tienen el deber legal de brindarle alimentos, además obra en el expediente las declaraciones de Walter Echeverry Benitez y Agni Madislin Muñoz Rodríez que afirmaron que la accionante depende económicamente de sus hijos Alexander y Martha Cecilia Pérez Silva – fl. 38–, de lo que se colige que la demandante no ha sufrido afectación al mínimo vital, por la ausencia de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y si bien, la accionante anunció a un hijo menor de edad, como desencadenante también de la presentación de este medio constitucional, adviértase que el mismo en la actualidad es mayor de edad – fls. 17 y 18–, que al igual que su progenitora depende económicamente de sus hermanos – fl. 38 –.

En suma, el anterior derrotero fáctico evidencia que la accionante en realidad cuenta con otro medio oportuno y eficaz para salvaguardar los derechos pretendidos mediante esta acción constitucional, sin que la misma proceda como mecanismo transitorio, puesto que se omitió acreditar el perjuicio irremediable requerido para el efecto, conforme a lo anteriormente expuesto.

Por ende, se confirmará íntegramente la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto***, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira*** – ***Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

***RESUELVE***

***1º. Confirmar*** el fallo impugnado, proferido el 18 de septiembre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia.

***2. Notificar*** la decisión por el medio más eficaz.

***3. Remitir*** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

1. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-948 de 2007. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia SU 391 de 27-07-2016, Corte Constitucional. M.P Alejandro Lineros Cantillo. [↑](#footnote-ref-3)