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.

Radicación No.: 66001-31-05-003-2018-00525-01

Proceso: Tutela 2ª Instancia

Accionante: María Ismenia Tapasco Tapasco

Accionado: Colpensiones

Providencia Segunda Instancia

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / SUBSIDIARIEDAD / REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DEL AMPARO POR VÍA EXCEPCIONAL.**

… 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 (…)

… 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 DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, doce de diciembre de dos mil dieciocho

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

Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el 8 de noviembre de 2018, dentro de la acción de tutela promovida por ***María Ismenia Tapasco Tapasco,*** a través de apoderado judicial,contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones***, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, mínimo vital e igualdad.

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

***I. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES***

Relata la accionante que el 17 de septiembre de 2017 falleció su cónyuge, con quien contrajo matrimonio el 9 de enero de 1988; 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 300 semanas de cotización.

Relató que había solicitado la pensión, que fue negada mediante Resolución No. 179273 de 2018. Por último, que tiene una hija mayor de edad que carece de trabajo y, que la accionante cuenta con 75 años de edad, por lo que carece de recursos económicos para su manutención.

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales, y como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones que reconozca la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge, a partir del 17 de septiembre de 2017 y el retroactivo pensional a que haya lugar.

La entidad accionada allegó respuesta solicitando se declare la carencia actual de objeto por hecho superado, porque profirió la resolución SUB 179273 de 5 de julio de 2018 en la que negó el reconocimiento pensional, pero reconoció indemnización sustitutiva de pensión de vejez al causante en el año 2011.

*II.* SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Jueza del conocimiento denegó por improcedente el amparo solicitado, considerando que pese a que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados por la actora, lo cierto es que la ausencia del reconocimiento pensional, no afecta directamente sus necesidades básicas, en tanto el causante tampoco devengaba ingreso alguno, por lo que su muerte ninguna mella pudo generar en el mínimo vital de la accionante, máxime que, tampoco, acreditó que el obitado se encontrara en circunstancias que le imposibilitaran realizar las cotizaciones necesarias para acceder al beneficio pensional.

*III.* IMPUGNACIÓN.

La accionante impugnó la decisión, para lo cual argumentó que nunca ha laborado, por lo cual dependía económicamente del fallecido y que en la actualidad cuenta con 75 años de edad, por lo que su sostenimiento proviene de la caridad; además, argumentó que acreditó los requisitos contemplados en la sentencia SU 005 de 2018, resaltando que el causante cotizó más de 300 semanas antes de 1994; por lo que debía concederse la pensión de sobrevivientes como mecanismo definitivo.

*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.

 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.

**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 17 de septiembre de 2017 – fl. 37 c. 1 -, época en la que falleció el asegurado y el 15 de mayo de 2018 – fl. 27 c. 1 – presentó la reclamación administrativa, que fue resulta negativamente el 5 de julio de 2018 – fl. 41 c. 1 -, de manera tal que agotado tal requisito previo nada impide la presentación del proceso ordinario laboral, para que el juez natural de la pendencia resuelva la petición pensional.

Ahora, sino fuera suficiente lo anterior para dar al traste con la petición constitucional, adviértase que ninguna condición especial, aparte de la edad, allegó al expediente, para evidenciar un motivo desencadenante de su inacción para la promoción del proceso ordinario respectivo, ante la jurisdicción ordinaria laboral y, en cambio, suplirlo a través del presente trámite constitucional, so pretexto de encontrarse carente de recursos económicos, pues únicamente allegó la historia clínica de su cónyuge – fls. 45 a 59 c. 1 -, y si bien cuenta con 75 años de edad – fl. 24 c. 1 -, debe conjugar esta circunstancia con otros que den cuenta de la precaria situación de la accionante y que amerite desplazar el mecanismo ordinario de resolución de conflictos vía común u ordinaria.

Lo anterior cobra relevancia si se tiene en cuenta que la accionante cuenta con una hija mayor de edad– fl. 3 c. 1 – que tiene el deber legal de brindarle alimentos, pese a que se afirme que en la actualidad carece de trabajo alguno, pues ninguna condición de discapacidad acreditó, de lo que se colige que el mínimo vital de la accionante no estaría afectado, por la ausencia de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

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.

Para finalizar, frente a los requisitos de exigidos en la SU-005 de 2018 reiterase que con los argumentos atrás expuestos por lo menos fracasó en dos de ellos, es decir, carencia de mínimo vital y condición especial, sin tener en cuenta que ninguna explicación presentó para demostrar el motivo por el cual su cónyuge se marginó del sistema de seguridad social en pensiones, como para dejar de cotizar el 1º de octubre de 2010 – fl. 42 c. 1 -, cuando el primer rastro de la enfermedad padecida por el obitado, allegado al expediente, data del 5 de julio de 2013 – fl. 48 c. 1 -, y aun si en gracia de discusión fuera superado el *test de procedencia* por parte de la accionante, que no es así, lo cierto es que en tanto el causante tramitó y recibió una indemnización sustitutiva de pensión de vejez en vida – fl. 42 vto. c. 1 -, con ello agotaría los recursos necesarios para haber dejado causada la pensión de vejez, lo que ameritaría su definición a través de un proceso ordinario, con el despliegue suficiente que el mismo garantiza a favor de los sujetos procesales.

El anterior derrotero argumentativo permite entrever la improcedencia de la petición constitucional elevada y de contera implica la confirmación de 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 8 de noviembre de 2018 por el Juzgado Tercero 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 CALDERÓN**

 Magistrada Magistrada

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)