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.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA TUTELA PARA EL EFECTO / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / REQUISITOS PARA HACER VIABLE, POR EXCEPCIÓN EL AMPARO EN ESTOS CASOS / SE DENIEGA.**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. (…)

Respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos… y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio.

En tal sentido, sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales. (…)

… para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional 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…”.

Al valorar las condiciones personales de la accionante para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión porque, primero, no se trata de una persona de la tercera edad, toda vez que tiene 50 años edad…

En segundo lugar, en lo referente a la situación de salud de la accionante, la misma no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave.

Tampoco es posible determinar que se le esté afectando su mínimo vital, teniendo en cuenta que, si bien bajo juramento afirmó, dependía económicamente de su compañero, también se tiene que no acreditó que fuera cabeza de familia o tuviera personas a cargo, especialmente hijos menores de edad o en condición de discapacidad.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala No. 5 de Asuntos Penales para Adolescentes

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, cinco (5) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 406 de 05-09-2019

Referencia: 66001-31-18-001-**2019-00063**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora LUZ MARY HERRERA, contra la sentencia proferida el día 22 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, resolvió la acción de tutela que promovió la accionante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social y debido proceso.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Convivió con el señor GERMÁN LLANO AGUDELO por más de 15 años.

2.2. Mediante resolución No. 1145 del año 2004, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, reconoció al señor GERMÁN LLANO AGUDELO la pensión de vejez.

2.3. El 27 de enero de 2019, falleció el señor GERMÁN LLANO AGUDELO.

2.4. La señora LUZ MARY HERRERA, de 50 años de edad, dependía económicamente del señor GERMÁN LLANO AGUDELO, quien velaba por la satisfacción de sus necesidades básicas y le proveía el sustento diario, ya que no trabaja ni tiene renta alguna, tampoco percibe pensión.

2.5. El 5 de febrero de 2019 con radicado No. 2019-1529492, solicitó ante COLPENSIONES la pensión de sobrevivientes.

2.6. COLPENSIONES mediante la resolución SUB 67116 del 19 de marzo de 2019, niega la prestación, argumentando que no se logró acreditar la convivencia por más de cinco años.

2.7. Contra la anterior decisión no se presentaron los recursos de ley, sin embargo, el 17 de mayo de 2019, por intermedio de apoderado judicial, radicó solicitud de revocatoria directa de la resolución antes mencionada.

2.8. Por medio de la resolución SUB 151969, Colpensiones niega la solicitud de revocatoria directa.

3. Pide, conforme a lo relatado, la tutela de los derechos invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconocer la pensión de sobrevivientes a su favor, con ocasión del fallecimiento de su compañero permanente, señor GERMÁN LLANO AGUDELO.

4. Correspondió el conocimiento del amparo al Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, que le impartió el trámite legal (fl. 35 C. Ppal.).

5. Se pronunció la Directora (A) de Acciones Constitucionales de Colpensiones, quien expuso que mediante las Resoluciones SUB 67116 del 19 de marzo de 2019; y, SUB 151969 del 13 de junio de 2019, se resolvió la solicitud de la accionante, en donde se fundamentaron las razones jurídicas de la negación del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, al no acreditar el requisito de convivencia exigido por la ley 797 de 2003; y, no se accedió a la solicitud de revocatoria directa, respectivamente, las cuales fueron debidamente notificadas y se encuentran ejecutoriadas, quedando agotada la vía gubernativa ante esa entidad.

Resalta que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral, por lo tanto, la accionante, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, por su naturaleza excepcional y subsidiaria. Indicó además que es obligación del juez de tutela defender el patrimonio público de Colpensiones. Solicita se declare improcedente el amparo. (fls. 38-41 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, que declaró improcedente el amparo deprecado, al incumplirse el presupuesto de la subsidiariedad, al considerar que *“...la pretensión de pago que se reclama, debe ser tramitada en la Jurisdicción ordinaria, a través de un proceso laboral, pues la tutela no es una acción alternativa sino meramente residual; o sea que el actor no puede contar con otra vía jurídica para hacer valer su derecho. Si bien, en estos casos es posible de manera excepcional esta especial acción, no encuentra el Despacho reunidos los presupuestos jurídicos para su viabilidad. De las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que la accionante no es un sujeto de especial protección por parte del Estado, ya que no es persona adulta mayor, contando a la fecha con 50 años de edad, ni posee estado de invalidez, que haga imperiosa su protección por parte del Estado dada su vulnerabilidad manifiesta, tal como lo corrobora la Corte Constitucional, a través de reiteradas Sentencias. (...)*

*El carácter subsidiario de la acción de tutela, impide que el juez Constitucional se inmiscuya en competencias que para este tipo de pretensiones corresponden a la Justicia ordinaria, tal y como lo prevé la ley. Por lo visto, la peticionaria cuenta con otra vía, ya que es el Juez de dicha jurisdicción y no un Juez Constitucional el llamado a dirimir dicha controversia, por lo que la solicitud que fue formulada por la actora no resulta procedente para ser resuelta por la vía constitucional, sino como ya se dijo, debe ser por la vía ordinaria, competencia que no puede ser irrumpida por el juez de tutela, al que le está vedado hacerlo, pues ello sería, nada más, ni nada menos, que una intromisión en asuntos que le son ajenos a su competencia; excepto como se dijo anteriormente, que nos encontráramos ante un perjuicio irremediable no evitable de otra manera; cosa que no ocurre en nuestro caso.*

*En la presente acción brilla por su ausencia prueba de la que se puede establecer que la accionante se encuentra ante un perjuicio irremediable e inaplazable, pues en la demanda aparte del derecho que se considera conculcado por el actuar de la parte accionada, no se logra concretar de manera fehaciente el perjuicio insalvable que le ha ocasionado la actitud endilgada a la entidad accionada, y fuera de ello, esta cuenta con la posibilidad de acudir a la vía ordinaria, para hacer valer los derechos que considera se le están desconociendo por parte de COLPENSIONES; sin que se haya demostrado además, que la misma no resulta idónea y efectiva*”. (fls. 51-53 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la accionante, expuso que cuenta con 50 años de edad, además, es cabeza de familia, motivo por el cual es sujeto de especial protección. También que acreditó la vulneración al debido proceso por parte del fondo de pensiones, pues no le dio trámite a la solicitud de ampliación de la investigación administrativa y mucho menos le permitió aportar las pruebas necesarias para tomar la decisión de fondo. Afirma que ante la negativa del derecho a la pensión de sobreviviente ha tenido que acudir a la caridad de familiares y amigos. Solicita se conceda el amparo constitucional (fls. 56-61 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por la accionante, al negar la pensión de sobrevivientes solicitada, por ausencia del cumplimiento de los requisitos para ello, al no encontrar acreditada la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

4.1. En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone dentro de los seis (6) meses siguientes, después de notificada la resolución que negó la pensión reclamada, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional que nos enseña: “(…) *en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción*”.

4.2. Respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

5. En tal sentido, sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

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

6. Ahora bien, siguiendo de cerca las últimas orientaciones de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por este excepcional camino, en la sentencia de unificación SU-005 de 2018, expuso:

*“(...) la Sala Plena unificó su jurisprudencia en el siguiente sentido: la acción de tutela se debe considerar subsidiaria si se establece que el tutelante cumple con las siguientes condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del siguiente Test de Procedencia: (i) Debe establecerse que el accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo tales como analfabetismo, vejez, enfermedad, pobreza extrema, cabeza de familia o desplazamiento. (ii) Debe establecerse que la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que solicita el accionante afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. (iii) Debe establecerse que el accionante dependía económicamente del causante antes del fallecimiento de este, de tal manera que la pensión de sobreviviente sustituye el ingreso que aportaba el causante al tutelante-beneficiario. (iv) Debe establecerse que el causante se encontraba en circunstancias en las cuales no le fue posible cotizar las semanas previstas en el Sistema General de Pensiones para adquirir la pensión de sobrevivientes. Finalmente, (v) debe establecerse que el accionante tuvo una actuación diligente en adelantar las solicitudes administrativas o judiciales para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.”*

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora LUZ MARY HERRERA, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social y debido proceso, al negar mediante sendos actos administrativos, el reconocimiento de su pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de no encontrar acreditada la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento.

2. La accionante afirmó cumplir con los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes, dada su convivencia y dependencia económica con el causante; sin embargo, mediante resolución SUB 67116 del 19 de marzo de 2019[[2]](#footnote-2), la Administradora Colombiana de Pensiones negó el reconocimiento de su derecho pensional, acto administrativo que fue ratificado con la resolución SUB 151969 del 13 de junio de 2019[[3]](#footnote-3), que no accedió a su revocatoria directa.

3. En su conocimiento, la Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, aun cuando ya ha sido negada por la misma entidad, por supuestamente carecer del cumplimiento de los requisitos legales.

4. Al valorar las condiciones personales de la accionante para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión porque, primero, no se trata de una persona de la tercera edad, toda vez que tiene 50 años edad (fl. 15 id.) y conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia T-138 de 2010, “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” añadiendo que conforme al documento de proyecciones de población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007 y que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer, “para el quinquenio 2015-2020, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 73.08 años y para mujeres es de 79.39 años”. Si bien la alta Corporación ha precisado que la tercera edad no es medible en años, si deben tenerse en cuenta características específicas de la población como la arriba manifestada.

En segundo lugar, en lo referente a la situación de salud de la accionante, la misma no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave.

Tampoco es posible determinar que se le esté afectando su mínimo vital, teniendo en cuenta que, si bien bajo juramento afirmó, dependía económicamente de su compañero, también se tiene que no acreditó que fuera cabeza de familia o tuviera personas a cargo, especialmente hijos menores de edad o en condición de discapacidad.

Se comparten entonces los argumentos del juez de primera instancia, pues se tiene que, al realizar el test de procedibilidad descrito en la sentencia SU-005 de 2018, la accionante incumple con varias de las condiciones allí establecidas.

De este modo, no se sustentó ni se allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, esto es, el trámite ante la justicia ordinaria, resulta ineficaz e inidóneo para el reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados.

Finalmente, es cierto que la accionante agotó la vía gubernativa ante COLPENSIONES, solicitando la revocatoria directa de la resolución que negó el reconocimiento deprecado, sin embargo, el solo cumplimiento de esa actuación no da vía para que se resuelvan sus pretensiones por el mecanismo expedito de la tutela, de modo que la accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que allí se desate la controversia.

5. Encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente quien alega desconocimiento del precedente constitucional, porque sí es sujeto de especial protección, pues tiene 50 años de edad, además de ser cabeza de familia, aunado a la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, dada su precaria situación económica, ya que dependía económicamente del causante, puesto que, como ya se dijo precedentemente, estas razones, en este caso concreto, no alcanzan a tener por superado el test de procedibilidad descrito en la sentencia SU-005 de 2018, que hiciera excepcionalmente procedente el amparo por esta vía.

6. Verificada la ausencia de los requisitos de procedibilidad de la tutela para reclamar prestaciones sociales económicas, no cabe a través de este medio examinar si en el asunto propuesto se dan las condiciones para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada, cuestión que sin lugar a dudas debe ser planteada ante la jurisdicción ordinaria.

7. Por lo anterior, ha de confirmarse la decisión de primera instancia.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala No. 5 de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

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. Folios 22-24 y 42-44 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 31-33 y 48-50 Ibídem. [↑](#footnote-ref-3)