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.

Asunto Acción de tutela – Segunda instancia

Origen Juzgado Civil del Circuito de Dosquebradas

Accionante María Ruby Vásquez Ocampo

Accionado Colpensiones

Vinculados Subdirector de Determinación I, Director de Atención y Servicio y Director Seccional Manizales de Colpensiones

Radicación 66170310300120220035301

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXCEPCIONES / INEFICACIA DE LOS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA / QUE EXISTA UN PERJUICIO IRREMEDIABLE / CARGA PROBATORIA DEL ACCIONANTE.**

… la queja constitucional se plantea contra Colpensiones al haber negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente reclamada por la actora, a pesar de que, según dice, acredita los requisitos exigidos para ese efecto…

Según las pruebas allegadas mediante Resolución SUB No. 96141 del 04 de abril de 2022, el Subdirector de Determinación I de Colpensiones negó la pensión de sobreviviente reclamada por la actora…

El acto administrativo no fue recurrido, pero se solicitó su revocatoria directa. Para negarla se adujo: “Conforme a lo expuesto y estudiado en su integridad el acervo probatorio obrante en expediente administrativo y el allegado con el escrito de revocatoria se concluye que, la solicitante no acreditó haber convivido con el causante de forma ininterrumpida hasta la fecha de su fallecimiento…”

Ha sido consistente el criterio según el cual la acción de tutela no es un medio judicial capaz de sustituir aquellos creados para dirimir de manera directa las controversias que se presenten. En otras palabras, la acción de amparo es de naturaleza subsidiaria, es decir que solo procederá para debatir alguna cuestión, cuando esta no tenga diseñado otro mecanismo de defensa, cuando este sea ineficaz o cuando se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esa premisa no ha sido ajena a trámites pensionales toda vez que los conflictos entre un afiliado y las entidades que conforman el régimen de seguridad social en pensiones, cuentan con sendos mecanismos idóneos de resolución…

… no cabe duda de que la accionante cuenta con la posibilidad de formular el debate que ahora plantea ante la jurisdicción ordinaria laboral, es decir que tiene a disposición una herramienta principal para la protección de sus derechos, y que resulta idónea para satisfacer lo pretendido…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Sentencia ST2-0035-2023

Acta número 048 de 08-02-2023

**Ocho (08) de febrero de dos mil veintitrés (2023)**

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la parte demandante contra el fallo proferido el 29 de noviembre de 2022, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**ANTECEDENTES**

**1.** En el escrito de tutela se expuso que la accionante María Ruby Vásquez Ocampo contrajo nupcias con el señor José Alcides García Martínez el 19 de abril de 1971, vínculo que preservaron durante 50 años, en interrumpida convivencia, hasta el fallecimiento del último, ocurrido el 23 de septiembre de 2021.

Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes requerida por la actora, al no haberse logrado acreditar que los cónyuges convivieron durante todo aquel tiempo. Sin embargo, producto de aquella convivencia se procrearon cinco hijos en diferentes épocas “lo que verifica el vínculo (sic) afectivo y real por espacio superior a los 5 años”. De igual modo, el hecho de que la actora no recordara con exactitud los diferentes lugares donde vivió con el causante, olvido que es justificable por su avanzada edad, no desvirtúa aquella convivencia real y efectiva.

La demandante es una persona de especial protección ya que cuenta con 81 años de edad, dependía económicamente de su fallecido cónyuge y padece de EPOC, diabetes, hipertensión y artrosis, condiciones por las cuales no puede ser sometida a un proceso ordinario para debatir sobre el aludido reconocimiento pensional.

Para proteger los derechos a la vida, la seguridad social, a la salud, el debido proceso, el mínimo vital y la igualdad, de que es titular la accionante, se solicita ordenar a Colpensiones reconocer y pagar su pensión de sobrevivientes o en subsidio incluirla de manera provisional en nómina de pensionados, hasta que la controversia sea definida por la jurisdicción ordinaria laboral[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 16 de noviembre del año pasado, el despacho de primera instanciaadmitió el conocimiento de la acción.

Colpensiones alegó que la acción de tutela resulta improcedente en este caso, ya que las pretensiones que invoca cuentan en la justicia ordinaria laboral con el medio idóneo para ventilarlas, máxime que en este caso la reclamación se enfila hacia el reconocimiento de una prestación económica y no se acreditó un perjuicio irremediable. Agregó que los jueces de la República, incluidos los de tutela, deben salvaguardar el patrimonio público[[2]](#footnote-3).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 29 de noviembre de 2022 el juzgado de primera sede declaró la improcedencia de la queja constitucional, tras considerar que, si bien en los hechos de la demanda se afirmó que la actora tuvo una convivencia superior a la exigida por el ordenamiento jurídico para acceder a la pensión de sobrevivientes, ninguna prueba se allegó al respecto “es por esta razón que le fue negada la pensión y como se encuentra la jurisdicción ordinaria, es a través de dicho trámite donde podrá probar la convivencia”.

Tampoco se acreditó la concurrencia de un perjuicio irremediable, al contrario, en la demanda se manifestó que la accionante cuenta con cinco hijos, los cuales tienen para con ella obligación de cuidado y ayuda[[3]](#footnote-4).

**4. Impugnación:** La parte actora insistió en que, debido al fallecimiento del cónyuge de la demandante, esta quedó económicamente desprotegida, pues aquel le proveía lo necesario para su sostenimiento, sin que cuente con ingresos adicionales, rentas o pensiones. Así mismo requiere del reconocimiento pensional para continuar con el tratamiento médico de sus diagnósticos de EPOC, diabetes, hipertensión y artrosis, “patologías que ponen en riesgo la vida de mi representada y que en igual sentido impiden que la jurisdicción Ordinaria sea el mecanismo más idóneo y eficaz actualmente en razón a su actual estado de salud”.

Reiteró también que la demandante cumple con el presupuesto jurisprudencialmente establecido sobre el tiempo mínimo de convivencia de cinco años en cualquier tiempo, prueba de lo cual son las edades que tienen cada uno de sus hijos, que la actora no puede resultar perjudicada por el hecho de no recordar con exactitud los lugares en los cuales convivió con el causante, cuando se trata de una persona de avanzada edad.

No comparte el argumento de la primera instancia sobre la existencia de hijos que puedan socorrer económicamente a la actora, ya que ellos, además de ser personas también de escasos recursos, deben velar por el sostenimiento de sus respectivas familias[[4]](#footnote-5).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** En el caso concreto la queja constitucional se plantea contra Colpensiones al haber negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente reclamada por la actora, a pesar de que, según dice, acredita los requisitos exigidos para ese efecto. Frente a esa situación, la primera instancia dedujo que la tutela es improcedente para definir tal debate, en aplicación del principio de subsidiariedad. En su recurso la demandante alega que, por el contrario, la acción ordinaria no resulta idónea para tales fines, al considerarse una persona de especial protección dada su avanzada edad, su estado de salud y carecer de ingresos económicos.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico consiste en determinar si el amparo resulta o no procedente para resolver el debate planteado y, en caso positivo, si en efecto Colpensiones lesionó algún derecho fundamental con aquella determinación.

**3.** La señora María Ruby Vásquez Ocampo está legitimada en la causa por activa, al ser la persona quien formuló la reclamación pensional que a la postre fue negada. También está legitimada por pasiva Colpensiones, por intermedio de su Subdirector de Determinación I, como funcionario que adoptó las decisiones cuestionadas. Por el contrario, carecen de legitimación el Director de Atención y Servicio y Director Seccional Manizales de esa misma entidad, al no tener competencia alguna en el asunto bajo estudio.

**4.** Según las pruebas allegadas mediante Resolución SUB No. 96141 del 04 de abril de 2022, el Subdirector de Determinación I de Colpensiones negó la pensión de sobreviviente reclamada por la actora. Esgrimió como soporte que en este caso no se colma el presupuesto establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 pues aunque la citada señora alegó haber convivido con el causante desde el 19 de abril de 1971 hasta el 23 de septiembre de 2021, fecha del deceso, dejó de acreditar tal circunstancia.

También soportó esa negativa que en el informe realizado por la unidad investigativa de esa entidad se concluyó: “De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró confirmar que el señor José Alcides García Martínez y la señora María Ruby Vásquez Ocampo, convivieron por el periodo manifestado… No aportaron contacto de familiares del causante, para corroborar convivencia entre los implicados. No se realizó labores de campo, donde existió la convivencia… ya que la solicitante manifestó que fueron en varios lugares y no recuerda las direcciones”[[5]](#footnote-6).

El acto administrativo no fue recurrido, pero se solicitó su revocatoria directa. Para negarla se adujo: “Conforme a lo expuesto y estudiado en su integridad el acervo probatorio obrante en expediente administrativo y el allegado con el escrito de revocatoria se concluye que, la solicitante no acreditó haber convivido con el causante de forma ininterrumpida hasta la fecha de su fallecimiento, toda vez que, si bien es cierto la solicitante es una mujer de 80 años de edad también lo es que, de la relación con el causante existen hijos mayores de edad y sin ninguna discapacidad que se infiere deben conocer los lugares de residencia de convivencia de los implicados, así mismo verificado el aplicativo ADRES la solicitante registra ACTIVA como CABEZA DE FAMILIA en el Régimen SUBSIDIADO desde el 01/04/2013 y no era beneficiaria del causante como se indica en el escrito de revocatoria.” [[6]](#footnote-7)

**5.** Ha sido consistente el criterio según el cual la acción de tutela no es un medio judicial capaz de sustituir aquellos creados para dirimir de manera directa las controversias que se presenten. En otras palabras, la acción de amparo es de naturaleza subsidiaria, es decir que solo procederá para debatir alguna cuestión, cuando esta no tenga diseñado otro mecanismo de defensa, cuando este sea ineficaz o cuando se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esa premisa no ha sido ajena a trámites pensionales toda vez que los conflictos entre un afiliado y las entidades que conforman el régimen de seguridad social en pensiones, cuentan con sendos mecanismos idóneos de resolución, el primero en la vía administrativa ante la misma entidad y el segundo a cargo de la justicia, bien sea la ordinaria laboral o la contencioso administrativa.

**6.** De acuerdo a lo hasta ahora referido, la actora encuentra la lesión de sus derechos en la decisión por medio de la cual Colpensiones le negó el acceso a su pensión de sobreviviente, así como aquella donde se negó su revocatoria directa.

En estas condiciones, no cabe duda de que la accionante cuenta con la posibilidad de formular el debate que ahora plantea ante la jurisdicción ordinaria laboral, es decir que tiene a disposición una herramienta principal para la protección de sus derechos, y que resulta idónea para satisfacer lo pretendido, máxime cuando según arguye la accionante, su postura guarda simetría con la que sostiene la Corporación de cierre dentro de la justicia ordinaria laboral.

**7.** Ahora, aunque la regla de subsidiariedad no es infranqueable, pues existen casos que revisten una urgencia tal que convierten en ineficaces a los mecanismos ordinarios de defensa judicial, a juicio de la Sala ello no ocurre en el presente caso.

En efecto, aunque la accionante puso de presente su avanzada edad, de 81 años[[7]](#footnote-8), como elemento base para la procedencia excepcional del amparo, pues debido a esa circunstancia que la hace de especial protección, no le es posible aguardar las resultas de un proceso ordinario, dejó de acreditar otras condiciones que permitieran flexibilizar el citado presupuesto de procedibilidad de la tutela, a sabiendas de que aquel hecho no justifica por sí solo la prosperidad de este medio constitucional, tal como lo ha expuesto la jurisprudencia[[8]](#footnote-9).

Ahora, aunque la historia clínica aportada da cuenta de diversos diagnósticos que padece la actora (EPOC, hipertensión y artrosis), ella misma informa que su estado de salud es estable (“actualmente refiere sentirse bien” – valoración de abril 19 de 2022)[[9]](#footnote-10) y que se encuentra en tratamiento farmacológico para el manejo de esas enfermedades[[10]](#footnote-11), precisamente se consultó solamente para reformular los medicamentos. No se alegó, tampoco se puede inferir, que en la actualidad la ausencia del reconocimiento pensional impida el acceso al servicio de salud, o que la entidad a la cual se encuentra afiliada, se haya negado al suministro de algún servicio de salud requerido por ella.

No escapa a la Sala que en septiembre de 2021, época del deceso del pensionado, la actora presenta interrupción en el servicio de salud: en el certificado de periodos compensados expedido por el ADRES, aportado con la demanda, se observa que no compensó el último trimestre de 2021, y en la historia clínica se lee que los exámenes que se le ordenaron en septiembre de ese mismo año, no se los practicó por la muerte de su cónyuge. Sin embargo, lo cierto es que en la actualidad, y desde enero de 2022, tal situación se superó al retornar al sistema de salud como beneficiaria bajo la observación “Estado de emergencia”, y ahora como cabeza de familia en el régimen subsidiado, como consta en la consulta realizada en la página web del ADRES[[11]](#footnote-12).

Conforme a lo anterior, en la actualidad no hay elemento de juicio alguno a partir del cual se pueda evidenciar que la falta de reconocimiento pensional en sede administrativa, sea un obstáculo para acceder al servicio de salud.

La parte actora también adujo hallarse en precariedad económica ya que, afirma, dependía de su difunto cónyuge y carece de otras fuentes de ingreso, y critica la sentencia al no dar por demostrados tales hechos, siendo una negación indefinida, y por no haber practicado las pruebas testimoniales que ofreció.

Sobre esto último, es cierto que en la instancia anterior nada se dijo sobre los testimonios solicitados; sin embargo, tampoco reclamó sobre ello la accionante, ni aportó tales declaraciones, pudiendo hacerlo. En todo caso, las pruebas aportadas, en concreto la historia clínica, indica que la accionante vive con una de sus hijas, su yerno y nieto en el municipio de Dosquebradas, lo que descarta de entrada que se encuentre en circunstancias de afectación social o abandono tal que hagan ineficaz el medio ordinario de defensa judicial, o la coloquen frente a un perjuicio irremediable.

En igual sentido, la Sala comparte el argumento de la primera instancia relativo a que los hijos de la citada señora, en su calidad de mayores de edad, están obligados a garantizar los alimentos de su progenitora, y aunque frente a ello la recurrente alega que son personas de escasos recursos y deben sostener a sus respectivas familias, lo cierto es que ninguna prueba se aportó que permitiera inferir la existencia de esas otras obligaciones familiares que, a su vez, justifique la desatención de la situación de la progenitora.

**8.** En conclusión, el análisis de las circunstancias particulares del caso permite concluir que la sola edad de la actora, o su estado de salud, no son suficientes para entender superado el examen de subsidiariedad, pues no despunta la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario para definir la controversia que se plantea en torno al derecho pensional que reclama, ni la existencia de un perjuicio irremediables que autorice la intervención, siquiera transitoria, del juez de tutela.

En suma, se hacía improcedente la solicitud de amparo constitucional para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, tal como lo concluyó la primera instancia, lo que impone la confirmación del fallo impugnado.

Aunado a lo anterior, el juez de tutela carece de las herramientas necesarias para resolver la controversia de tipo legal que plantea la parte actora, pues en este escenario no es posible deducir con certeza si efectivamente cumplió con el término de convivencia exigido para acceder a aquella prestación, circunstancia que teniendo la oportunidad de demostrarla en el trámite de reclamación administrativa ante Colpensiones no lo hizo, ello, se repite, debe ser definido por juez laboral, quien está provisto de facultades y amplios periodos probatorias para poder definir esa cuestión.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS**

1. Archivo 02 de la carpeta 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 04 de la carpeta 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Archivo 09 de la carpeta 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
4. Archivo 11 de la carpeta 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivo 06 de la carpeta 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
6. Archivo 07 de la carpeta 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-7)
7. Según su documento de identidad, visible a folio 28 del archivo 02 de la carpeta 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-8)
8. Sentencia T-169 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo [↑](#footnote-ref-9)
9. Demanda de tutela, página 50. Archivo 02 carpeta remitido por competencia. [↑](#footnote-ref-10)
10. Folios 50 a 56 del archivo 02 de la carpeta 01 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-11)
11. <https://aplicaciones.adres.gov.co/bdua_internet/Pages/RespuestaConsulta.aspx?tokenId=TuCEdfKqX0Ru4YzANiGqZw>== Consulta realizada el 06/02/2023 a la 1:00 p.m. [↑](#footnote-ref-12)