Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	**TUTELA**
Radicado	**13001-33-33-001-2022-00372-01**
Accionante	**ELSA VALENCIA DE ELLES**
Accionado	**COLPENSIONES**
Vinculada	**SONIA MARTÍNEZ DE VÁLDES**
Tema	*Revoca – No se cumple el requisito de subsidiariedad, que determina la procedencia excepcional de la tutela, para obtener el reconocimiento y pago de la sustitución pensional.*
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

II. PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar decide la impugnación presentada por la entidad accionada, COLPENSIONES[1], contra la sentencia de fecha ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022)[2], proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió amparar los derechos fundamentales de la accionante.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones[3].

En ejercicio de la acción de tutela, la actora, elevó las siguientes pretensiones:

"PRETENSIONES:

1. *Tutela TRANSITORIAMENTE en favor de la accionante, sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida, seguridad social, debido proceso y dignidad humana.*

2. *Ordenar a la accionada COLPENSIONES, para que, dentro del término de las 48 horas a su notificación, efectúe el reconocimiento y pago del 50% de una sustitución pensional en su calidad de cónyuge de quien en vida se llamó: MANUEL ANTONIO ELLES MARTÍNEZ.*

3. *Ordenar a la accionada, COLPENSIONES, para que, dentro del término de 48 horas a su notificación, efectúe en favor de la accionante en su calidad de cónyuge, el reconocimiento y pago de los retroactivos como acreencia económica al mínimo*

[1]Archivo digital No. 15.
[2]Archivo Digital No. 13.
[3] Fol. 06 – 07, Archivo Digital No. 01.

vital de las mesadas pensionales desde el fallecimiento del causante hasta la fecha a su respectivo reconocimiento."

3.2 Hechos[4].

Como sustento de sus pretensiones, la parte accionante relató los supuestos facticos que se han de sintetizar así:

Alegó que, en la actualidad cuenta con 88 años, es madre cabeza de familia, se encuentra afiliada al sistema de salud subsidiado, no percibe ningún tipo de pensión, ni ostenta bienes, razón por la cual vive únicamente de la caridad de sus hijos mayores; de la misma forma, informó encontrarse en un estado de debilidad manifiesta dado su edad, pues supera la expectativa de vida, y sufre de graves problemas de salud, tales como la hipoacusia neurosensorial.

Expuso que, convivió con el señor Manuel Antonio Elles Martínez (Q.E.P.D), bajo el mismo techo y lecho, con dependencia económica y apoyo mutuo, desde el 01 de mayo de 1955, fecha de celebración de su matrimonio, hasta el día de su muerte; además, como producto de dicha relación matrimonial nacieron 8 hijos.

Explicó que, El ISS le reconoció pensión de vejez a su cónyuge, el 28 de agosto de 2000, y posteriormente Colpensiones, mediante Resolución No. SUB 98943 del 27 de abril de 2021, reconoció sustitución pensional a la señora Sonia Martínez de Valdés, vinculada al presente proceso, en un porcentaje del 50%, por valor de $454.263, en su calidad de presunta compañera permanente del causante; quedando reservado el otro 50%, al derecho que le podría pertenecer a los hijos del finado. No obstante, el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, en un fallo de tutela del 27 de octubre de 2021, amparó de manera transitoria los derechos fundamentales de la señora mencionada, ordenando a Colpensiones el reconocimiento y pago del 100% de la pensión, hasta que se resuelva su situación por medio de un juez natural.

Por lo anterior, mediante la Resolución No. SUB 290127 del 03 de noviembre de 2021, Colpensiones incrementó al 100% la sustitución pensional de la señora Sonia Martínez, en cumplimiento del fallo de tutela antes mencionado; sin embargo, esta última no presentó la demanda ordinaria laboral dentro de los 4 meses siguientes al fallo de tutela, tal como fue ordenado en el mismo, pues no allegó la comunicación previa de la demanda laboral conforme a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020.

Finalmente, precisó que, solicitó a la entidad accionada el reconocimiento de la sustitución pensional, en calidad de cónyuge del finado, empero, mediante

[4] Fols. 1 – 3, Archivo Digital No. 01.

Resolución No. SUB 20645 del 27 de enero de 2022, esta entidad no accedió a lo solicitado por considerar que no cumplía los requisitos mínimos para el efecto. Dicha decisión fue confirmada, a través de Resolución No. SUB 129447 del 12 de mayo de 2022, notificada el 27 del mismo mes, por no haber acreditado su convivencia con el causante, pues, aun cuando esta ostenta la calidad de cónyuge, no existe claridad sobre el tiempo convivido entre estos.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 COLPENSIONES [5]

Mediante informe allegado el día 31 de octubre de 2022, la entidad accionada solicitó que se denegaran las pretensiones, pues a su juicio, la acción de tutela no cumple con los requisitos de procedencia, ni se demostró la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante.

En primer lugar, determinó que, la tutela es un mecanismo subsidiario y residual el cual resulta improcedente cuando existan otros medios de defensa principales, especialmente, tratándose de controversias generadas en torno al Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiario o usuarios, empleadores y entidades administradoras, cuya resolución corresponden a la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social.

En ese sentido, expuso que, la actora debía agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos en el ordenamiento jurídico y no acudir a la acción de tutela como mecanismo principal, pues la condición de la tercera edad no es un factor relevante para admitir la procedencia de la acción de tutela, siendo necesario también un grado mínimo de diligencia de la actora, como haber agotado los recursos en sede administrativa y aun así, la entidad se niegue a reconocer el derecho, o que se hubiere acudido a la jurisdicción respectiva o esto fuere imposible por razones ajenos al actor; no obstante, la accionante no demostró el cumplimiento del requisito de subsidiariedad.

En segundo lugar, la entidad accionada determina que resolver de fondo la controversia planteada por la señora Elsa Valencia, vía tutela, invadiendo la órbita del juez ordinario y a su vez, excediendo las competencias del juez de tutela, teniendo en cuenta que no se demostró una vulneración a los derechos fundamentales de la demandante, ni la existencia de un perjuicio irremediable. En conclusión, todo lo anteriormente expuesto, junto al deber de proteger el patrimonio público como derecho colectivo, torna improcedente la presente acción.

[5] Archivo Digital No. 05.

3.3.2 Vinculada Sonia Martínez de Váldes

Pese a haberse notificado en debida forma[6], se abstuvo de pronunciarse al respecto.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[7]

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022), resolvió:

"FALLA

> ***Primero: AMPARAR*** *los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y al mínimo vital de la señora ELSA VALENCIA DE ELLES vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.*
>
> ***Segundo: Ordenar*** *a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la sentencia, con fundamento en ley, los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y el material probatorio a que se ha hecho referencia en esta providencia, emita un nuevo acto a través del cual resuelva la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente presentada por la señora ELSA VALENCIA DE ELLES, previo a lo cual deberá otorgar a la actual titular del derecho pensional, la señora SONIA MARTINEZ DE VALDES, el derecho a ejercer su defensa.*
>
> *Dentro del mismo término el acto administrativo deberá notificarse en debida forma a la señora ELSA VALENCIA DE ELLES"*

Como sustento de lo anterior, la A-quo realizó un estudió de la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto, según el cual, el medio constitucional resultó idóneo y pertinente, pues se satisfacen los presupuestos establecidos por la jurisprudencia que hacen procedente de manera transitoria el reconocimiento y pago de derechos pensionales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la accionante cuenta con 88 años de edad, lo cual permite afirmar que forma parte de la población de especial protección constitucional; la actora demostró una actitud diligente, pues solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, e interpuso recurso de reposición en contra del acto administrativo que negó el reconocimiento; la negativa de la entidad accionada podría afectar de manera grave el derecho fundamental de la accionante, ya que la misma cuenta con una avanzada edad y se encuentra afiliada al régimen subsidiado en salud, razón por la cual se encuentra en imposibilidad de proveer lo necesario para su sustento, lo que podría configurar un perjuicio irremediable; finalmente, los medios ordinarios no resultan idóneos

[6] Archivo Digital No. 08.
[7] Archivo Digital No. 13.

ni eficaces dado que la duración de un proceso declarativo, en comparación con la edad de la actora, permite inferir la posibilidad de que la accionante no pueda tener una protección oportuna de sus de sus derechos.

Ahora bien, con relación al fondo del asunto, se tiene que la entidad accionada por medio de la Resolución No. SUB 20645 del 27 de enero de 2022, la cual posteriormente fue confirmada por la Resolución No. SUB 129447 del 12 mayo de 2022, negó el reconocimiento de la sustitución pensional, argumentando que si bien la accionante es cónyuge supérstite, sin sociedad conyugal disuelta, no se acredita el tiempo de convivencia entre la señora Elsa Valencia de Elles y el señor Manuel Antonio Elles Martínez, durante los últimos 5 años de vida, ni en cualquier tiempo.

Sin embargo, dentro de las pruebas presentadas se encuentra una declaración extra juicio del año 1961, según la cual, la actora y el causante hacían vida conyugal desde el día en que contrajeron matrimonio, esto es, el 01 de mayo de 1956, hasta la fecha de realización de la declaratoria, resulta importante aclarar que, esta no fue controvertida por la entidad accionada; asimismo, en el expediente aportado por el Juzgado Sexto Administrativo, se encuentran los certificados de nacimiento de los hijos de la accionante con el causante, como material probatorio aportado con la demanda presentada ante el mencionado juzgado, permitiendo inferir que la señora Elsa Valencia de Elles y el señor Manuel Antonio Elles, convivieron desde 1959 hasta 1971.

De igual modo, la juez inicial indicó que, los mencionados certificados fueron conocidos por Colpensiones, pues la señora Sonia Martínez de Valdés los aportó al expediente prestacional, de acuerdo a lo señalado en la Resolución No. SUB 290127 del 03 de noviembre de 2021, sin embargo no fueron tenidos en cuenta al momento de realizar la investigación administrativa en que se fundamentó la Resolución No. SUB 129447 del 12 mayo de 2022, que negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, aun cuando estos eran determinantes para acreditar la convivencia de la demandante con el causante.

Por todo lo anterior, pudo considerar la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, por parte de la entidad accionada, motivo por el cual ordenó a Colpensiones la expedición de un nuevo acto administrativo que resuelva la solicitud de reconocimiento pensional de la accionante.

3.5. IMPUGNACIÓN[8]

Mediante impugnación allegada el 15 de noviembre de 2022, la entidad accionada solicitó que se revoque el fallo de primera instancia pues la acción

[8] Archivo Digital No. 15.

de tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad, ni se demostró la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, por parte de Colpensiones.

Como sustento de lo anterior, reiteró lo expuesto en el informe de contestación rendido el 31 de octubre de 2022, agregando que, hay una inexistencia del hecho vulnerador pues actualmente la entidad no cuenta con petición o trámite pendiente por resolver a favor de la atora.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha 16 de noviembre de 2022[9], proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por la entidad accionante contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 18 de noviembre de 2022[10], por lo que se dispuso su admisión por proveído de la misma fecha[11]

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

> *¿En el presente asunto, se cumplen los requisitos de que determinan la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional reclamada?*

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, se entrará a examinar si:

[9] Archivo Digital No. 16.
[10] Archivo Digital No. 18.
[11] Archivo Digital No. 19.

¿Colpensiones vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, vida, seguridad social y dignidad humana de la señora Elsa Valencia de Elles, al negarle el reconocimiento de la sustitución pensional, con ocasión del fallecimiento del señor Manuel Elles Martínez, en calidad de cónyuge, por no haberse demostrado la convivencia dentro de los últimos 5 años de vida del causante, ni existir certeza sobre los extremos de convivencia, en cualquier tiempo?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia, dado que, en el *sub lite*, no se acredita el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, presupuesto de procedencia excepcional de la acción de tutela, que permite al juez constitucional realizar un estudio y emitir un pronunciamiento de fondo sobre el reconocimiento y pago de la sustitución pensional reclamada.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia de la acción constitucional para solicitar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en caso de controversia a sujeto de especial protección constitucional; y (iii) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar,

ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a un sujeto de especial protección constitucional.

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección. No obstante, la Jurisprudencia[12] ha indicado que:

> *"A pesar de existir otros medios de defensa judicial para estos casos, cuando, prima facie, la Corte constata que la falta de reconocimiento de la prestación afecta el mínimo vital de un sujeto de especial protección constitucional y que la situación del beneficiario puede estar comprendido por el supuesto previsto en la norma, pero existen dudas probatorias acerca de alguno de sus elementos, procede la protección transitoria de los derechos fundamentales y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de la sustitución de la pensión, hasta tanto el juez competente resuelva el asunto"*

Al respecto, en la sentencia T-273 de 2018, el alto tribunal de lo constitucional, sostuvo lo siguiente:

> *"Con todo, esta Corporación ha admitido excepcionalmente la procedencia de la solicitud de amparo para obtener el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, cuando se acredita que: (i) la falta de reconocimiento y pago ha ocasionado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, particularmente, de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha realizado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado con el propósito de obtener la protección de sus derechos; y (iii) están acreditadas –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el mecanismo de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la*

[12] Corte Constitucional, Sentencia T- 101 del 8 de marzo de 2019, MP: Diana Fajardo Rivera, Exp:T- 7002180.

protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable.

A los mencionados requisitos, la Corte ha adicionado (iv) la necesidad de acreditar en el trámite de la acción constitucional, por lo menos sumariamente, que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada.

(…)

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 invalidez o de discapacidad), el juicio de procedencia de la acción tutelar debe hacerse menos riguroso.

En lo referente a la forma como debe otorgarse el amparo, este Tribunal ha señalado que será definitivo en aquellos casos en que se acrediten los requisitos mencionados, siempre que el medio de defensa judicial existente no resulte idóneo o eficaz para resolver el litigio planteado porque, entre otros, no brinda una protección integral e inmediata frente a la urgencia requerida y, será transitorio, cuando además de acreditar la afectación de un derecho fundamental y la existencia de una actividad desplegada para obtener su protección, se está ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Según la Corte, lo anterior se presenta, por ejemplo, cuando luego de analizar el material probatorio, existe una discusión sobre la titularidad del derecho reclamado o quedan algunas dudas sobre el cumplimiento de todos los requisitos para obtener el derecho a la pretensión requerida, pero debe al menos existir un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud. En estos casos se evaluará la satisfacción de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para sustentar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción) y se adoptará una decisión con efectos temporales, esto es, mientras se define la controversia en la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa, según sea el caso"

CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Resolución No. SUB 129447 del 12 de mayo de 2022, mediante la cual se confirma la Resolución No. SUB 20645 del 27 de enero de 2022, en el sentido de negar el reconocimiento de la sustitución pensional a la accionante.[13]

- Constancia de notificación de la Resolución No. SUB 129447 del 12 de mayo de 2022, con fecha 27 del mismo mes y año[14]

- Resolución de Radicado No. 2021_13279462, mediante la cual se negó el reconocimiento pensional a la señora Elsa Valencia de Elles,[15]

[13] Fols. 12 – 20, Archivo Digital No. 01.
[14] Fol. 11, Archivo Digital No. 01.
[15] Fols 15 – 23, Archivo Digital No. 15.

- Registro civil de defunción del señor Manuel Antonio Elles Martínez, donde se hace constar que falleció el 02 de marzo de 2021[16]

- Certificado de inscripción del matrimonio católico celebrado entre la accionante y el causante el 01 de mayo de 1955, expedido por la Notaría Tercera del Circuito de Cartagena.[17]

- Copia de la declaración extra juicio rendida por testigos el 02 de noviembre de 1971, que da cuenta de la convivencia entre la actora y el causante, desde el día de su matrimonio, esto es, el 01 de mayo de 1955, hasta la fecha.[18]

- Cédula de ciudadanía de la señora Elsa Valencia de Elles, donde se hace constar que nació el 26 de septiembre de 1934, por lo que actualmente cuenta con 88 años[19]

- Constancia de afiliación de la accionante en el Sistema de Seguridad Social, en el régimen subsidiado.[20]

- Historia clínica de la demandante, donde se demuestra el diagnostico de hipoacusia que padece.[21]

- Registro de nacimiento de 6 de los hijos que tuvo el causante con la hoy accionante.[22]

- Resolución No. SUB 290127, mediante la cual Colpensiones reconoce el 100% de la sustitución pensional a la señora Sonia Martínez de Valdés y hace referencia a los certificados de nacimiento de los hijos del causante.[23]

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso objeto de estudio, la señora Elsa Valencia de Elles, por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela con el fin de obtener el amparo a sus derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, vida, seguridad social y dignidad humana, presuntamente vulnerados, por Colpensiones, al negar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, que en vida disfrutó su cónyuge, el señor Manuel Antonio Elles Martínez.

---

[16] Fol. 21, Archivo Digital No. 01
[17] Fol. 22, Archivo Digital No. 01
[18] Fol. 24, Archivo Digital No. 01
[19] Fol. 25 – 26, Archivo Digital No. 01
[20] Fol. 27, Archivo Digital No. 01
[21] Fols. 28 – 31, Archivo Digital No. 01.
[22] Fols. 34 – 36 y 38 - 43, Carpeta 00, Archivo Digital 01.
[23] Carpeta No. 00, Carpeta Informe Cumplimiento, Archivo SUB 290127, Fol. 5.

Una vez recibida y estudiada la contestación allegada por parte de la accionada, la Juez de primera instancia en sentencia del 08 de noviembre de 2022, amparó los derechos fundamentales del accionante, toda vez que, Colpensiones no tuvo en cuenta las declaraciones aportadas por la señora Elsa Valencia, ni tuvo en consideración los certificados de nacimiento de los hijos del causante con la hoy accionante, en la investigación administrativa realizada a fin de determinar el tiempo de convivencia entre el señor Manuel Antonio Elles Martínez y la señora Elsa Valencia de Elles, vulnerando así los derechos fundamentales de la actora.

Por su parte, la accionada en su escrito de impugnación informó que, la sentencia debe ser revocada pues la acción presentada no cumple con los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, además, al resolverse de fondo, el Juez constitucional estaría invadiendo la órbita del juez ordinario y a su vez, excediendo sus competencias, teniendo en cuenta que no se demostró una vulneración a los derechos fundamentales de la demandante.

Pues bien, teniendo en cuenta lo antes planteado, esta Judicatura entrará a resolver la controversia surgida sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto, por lo que se verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(i). Legitimación por activa:

La presente acción fue presentada por intermedio de la Dra. Waldry Elles Archibold, quien actúa en nombre de la señora Elsa Valencia de Elles, en virtud del poder debidamente conferido[24], de igual forma, la accionante se encuentra legitimada por ser quien solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional, y ser la titular de los derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

(ii). Legitimación por pasiva:

La ostenta Colpensiones por ser la entidad administradora de fondos pensionales a la que se encontraba afiliado el causante, Manuel Antonio Elles Martínez, correspondiéndole realizar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional reclamada, además, fue la entidad que negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional solicitado por la accionante.

(iii). Inmediatez:

En el presente asunto se tiene que la accionante presentó solicitud de reconocimiento de sustitución pensional bajo el Radicado No.

[24] Fol. 9 Archivo Digital No. 01

2021_13279462, el 05 de noviembre de 2021[25], la cual fue resuelta de manera negativa a través de la Resolución No. SUB 20645 del 27 de enero de 2022. No obstante, contra esta resolución, la demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera desfavorable, por medio de la Resolución No. SUB 129447 del 12 de mayo de 2022, notificada el 27 de mayo de 2022[26], por lo que a la fecha de presentación de la acción de tutela, esto es el 24 de octubre de 2022[27], solo había transcurrido aproximadamente 4 meses y 25 días, es decir, habiéndose presentado dentro del término de 6 meses que resulta razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional[28].

(iv). Subsidiariedad:

Se observa que en el asunto *sub examine* se discute sobre el reconocimiento y pago de la sustitución pensional solicitada por la señora Elsa Valencia de Elles, la cual fue resuelta de forma negativa por parte de Colpensiones.

En ese sentido, si bien es cierto que la competencia para dirimir dicha controversia, en principio, radica en la jurisdicción ordinaria, no es menos cierto que, a pesar de existir otros medios de defensa judicial para estos casos, ante determinadas circunstancias dichos medios no resulten idóneos o eficaces para evitar un perjuicio irremediable y garantizar una protección oportuna a los derechos fundamentales del accionante. Es por esto, que la jurisprudencia ha definido la procedencia de la acción constitucional de manera excepcional, máxime si se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, y de cara a este principio, deben estudiarse los requisitos señalados en la sentencia relacionada en el marco jurisprudencial de esta providencia, así:

A) Que se trate de un sujeto de especial protección constitucional. La accionante nació el 26 de septiembre de 1934[29], es decir, al día de hoy cuenta con 88 años de edad, razón por la cual es considerada una persona de la tercera edad con protección especial, teniendo presente que quienes se encuentran en esta categoría, son aquellas personas que han superado la esperanza de vida certificada por el

[25] De acuerdo a lo referenciado por Colpensiones en la Resolución que niega el reconocimiento pensional a la accionante, Fols 15 – 23, Archivo Digital No. 15.
[26] Fol. 11, Archivo Digital No. 01.
[27] Archivo Digital No. 02.
[28] Corte Constitucional, sentencia T-461/19.
[29] Fol. 26, Archivo Digital No. 01.

DANE, para el periodo "*2015-2020*", fijada en "*76 años*" sin distinguir entre hombres y mujeres[30].

B) Que la falta de pago de la prestación o disminución, genere un grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital. Del expediente, se observa que, la actora se encuentra afiliada al sistema de seguridad social, en el régimen subsidiado de salud[31], ello permite inferir que no percibe ningún tipo de ingreso y carece de recursos económicos para solventar, por lo menos, un derecho tan fundamental y esencial como lo es el de salud, por tal razón, la falta de pago de la prestación genera un alto grado de afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, además, la entidad accionada no aportó prueba que demuestre lo contrario.

C) Que el accionante haya desplegado todos los mecanismos judiciales ordinarios a su alcance, con el objetivo que le sea reconocido la prestación reclamada. Está demostrado que, actora agotó la actuación administrativa tendiente a obtener la protección de sus derechos, pues Colpensiones en sus resoluciones ha referenciado que la demandante presentó solicitud de reconocimiento de sustitución pensional bajo el Radicado No. 2021_13279462, del 05 de noviembre de 2021[32], la cual fue resuelta de manera negativa a través de la Resolución No. SUB 20645 del 27 de enero de 2022, contra la cual interpuso recurso de reposición en siendo resuelto por medio de la Resolución No. SUB 129447 del 12 de mayo de 2022.

Pese a ello, se advierte que Colpensiones adelantó una actuación administrativa con ocasión de la solicitud de reconocimiento y pago de sustitución pensional, presentada por la señora Sonia Martínez de Valdés, dentro del cual se fijó edicto emplazatorio No. 145, el 30 de noviembre de 2019[33], por el término de un mes, para que concurrieran al trámite, las personas que se creyesen con igual o mejor derecho a la pensión causada por el señor Manuel Elles Martínez, sin que comparecieran otros interesados, diferentes a la

[30] Corte Constitucional Sentencia T-034 de 2021.
[31] Fol. 27, Archivo Digital No. 01
[32] De acuerdo a lo referenciado por Colpensiones en la Resolución que niega el reconocimiento pensional a la accionante, Fols 15 – 23, Archivo Digital No. 10.
[33] Fol. 56 doc. 01 archivo 00

peticionaria Martínez de Valdés, reclamando tal derecho, motivo por el cual le fue reconocida la pensión en un 50% de su cuantía[34].

Revisado el expediente, se advierte que, la señora Sonia Martínez de Valdés, presentó acción de tutela contra Colpensiones, con el objeto de obtener el reconocimiento y pago de la pensión que le fue sustituida en un 100%.
El Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, mediante sentencia proferida el 27 de octubre de 2021[35], ordenó amparar en forma transitoria los derechos fundamentales de la señora Martínez de Valdés, y ordenó a Colpensiones reconocer y pagar el 100% de la pensión que en vida disfrutaba Manuel Antonio Elles Martínez, en favor de la señora Sonia Martínez de Valdés. La accionada dio cumplimiento a lo dispuesto por el Juzgado, a través de la Resolución No. 290127 del 03 de noviembre de 2021[36].

La decisión anterior, fue modificada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, sentencia del 30 de noviembre de 2021[37], en el sentido de indicar que, el amparo concedido era de manera definitiva, manteniendo la orden impuesta a Colpensiones, de reconocer y ordenar el pago de la sustitución pensional previamente reconocida en cuantía de 100%[38].

Bajo ese entendido, resulta claro que la accionante, señora Elsa Valencia, no agotó con diligencia, todas las actuaciones administrativas tendientes a la defensa de sus derechos fundamentales, como requisito previo para acudir al mecanismo de amparo constitucional, toda vez que existe un acto administrativo, mediante el cual se reconoció en forma definitiva, la sustitución pensional que pretende, a otra persona, en cuantía del 100%, y en cumplimiento de un fallo de tutela, corresponde a la aquí accionante, controvertir dicha decisión ante la jurisdicción competente, manifestando los fundamentos de su desacuerdo, pues dicha circunstancia solo puede ser resueltos vía ordinaria y no por el mecanismo acá utilizado, dado a su carácter subsidiario y residual, no siendo posible la injerencia del juez de tutela

[34] Resolución 98943 del 27 de abril de 2021, confirmada por medio de las Resoluciones Nos. SUB 161674 de 12 de julio de 2021 y 7870 del 21 de septiembre de 2021, visible a fols. 55 – 60 doc. 1 archivo 00.
[35] Doc. 08 archivo 00.
[36] Carpeta "informe Colpensiones" archivo 00, doc. 04
[37] Fallo en el que participaron 2 miembros de esta Sala, el Ponente y el Dr. Edgar Vásquez.
[38] Se puede acceder al contenido de esta decisión, mediante la página web de la rama judicial consulta de procesos radicado No. 13001333300620210023601

Bajo estas consideraciones, se concluye que, al no estar demostrado el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la tutela, esta resulta improcedente, razón por la cual le está vedado al juez de tutela pronunciarse sobre el fondo del asunto, por existir otro mecanismo judicial dispuesto para ello. En consecuencia, esta Sala REVOCARÁ la decisión adoptada en primera instancia, que resolvió acceder a las pretensiones de esta acción constitucional, y en su lugar, se declarará su improcedencia.

Por lo expuesto hasta el momento, procede la Sala a modificar y adicionar la sentencia proferida en primera instancia.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia del ocho (08) de noviembre de dos mil veintidós (2022). En su lugar, **DECLARAR** la improcedencia de la presente acción.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.069 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

Salvamento de voto