

REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION D  
NOTIFICACION POR ESTADO ORALIDAD

Fecha Estado: 21/01/2021

Estado No 003

SUBSECCION D

Página: 1

NUMERO DE EXPEDIENTE	DEMANDANTE	DEMANDADO	FECHA AUTO	CUADERNO	ACTUACION	MAGISTRADO
----------------------	------------	-----------	------------	----------	-----------	------------

Clasé de Proceso NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2017 00226 00	ROSALBA PARRA DE LOZANO	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES	20/01/2021	1C	AUTO NIEGA MEDIDA CAUTELAR. van	ISRAEL SOLER PEDROZA
---------------	-------------------------	---	------------	----	---------------------------------	----------------------

EL PRESENTE ESTADO SE FIJA HOY

21/01/2021

A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8 A.M.)

SE DESFIJA HOY

21/01/2021

A LAS CINCO DE LA TARDE (5 P.M.)

  
DANIEL ALEJANDRO VERDUGO ARTEAGA  
OFICIAL MAJOR DE CONFECCIONES DE SECRETARIA  
DIRECCION D - BOGOTA  
Tribunal Administrativo de Cundinamarca



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**  
**SECCIÓN SEGUNDA –SUBSECCIÓN “D”**

MAGISTRADA PONENTE: **Dr. ISRAEL SOLER PEDROZA**

Bogotá D.C., veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021)

**Expediente:** 25000-23-42-000-2017-00226-00  
**Demandante:** ROSALBA PARRA DE LOZANO  
**Demandado:** CAJA DE RETIRO DE FUERZAS MILITARES –  
CREMIL-  
**Medio de Control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Asunto:** Niega medida cautelar de reconocimiento y pago  
provisional de la sustitución pensional.

---

Procede el Despacho a resolver la solicitud de medida cautelar de reconocimiento y pago provisional de la sustitución de la asignación de retiro, presentada por la apoderada de la parte accionante.

**I. ANTECEDENTES**

**1. La demanda y trámite en primera instancia.** La señora ROSALBA PARRA DE LOZANO, en calidad de cónyuge del señor MANUEL ANTONIO LOZANO (q.e.p.d), en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó la nulidad de los actos administrativos proferidos por CREMIL, a través de los cuales **se negó la sustitución de la asignación de retiro** (fls. 5-7 Cpal)

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, causada con ocasión del fallecimiento del señor MANUEL ANTONIO LOZANO, a partir del 10 de febrero de 2014, día del deceso.

Mediante Sentencia del 3 de septiembre de 2020 (fls. 232-248), la Sala accedió a las súplicas de la demanda, ordenado lo siguiente:

**“PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de las **Resolución No 2937 de 27 de marzo de 2014**, por la cual se negó la sustitución de la asignación de retiro a la demandante, y de la **Resolución No. 7769 de 9 de septiembre de 2014**, a través de la cual se confirmó la decisión anterior.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL, a sustituir y pagar en forma indexada, el 100% de la asignación de retiro reconocida mediante Resolución No. 1646 de 4 de agosto de 1988 al Sargento Mayor del Ejército Nacional ® Manuel Antonio Lozano (F), a la señora ROSALBA PARRA DE LOZANO, en su condición de cónyuge, efectiva a partir del 11 de febrero de 2014 (día siguiente al fallecimiento del causante), sin prescripción de las mesadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.”

Al no estar de acuerdo con la anterior decisión, la entidad demandada presentó recurso de apelación (fls. 259-261).

**2. La solicitud de medida provisional** (fls. 3-7 C medida cautelar No.2). La apoderada de la demandante solicitó, que se decrete la medida cautelar de pago provisional de la sustitución de la asignación de retiro a la señora ROSALBA PARRA DE LOZANO, en calidad de cónyuge del señor MANUEL ANTONIO LOZANO, en razón a que esta Corporación mediante sentencia del 3 de septiembre de 2020, declaró la nulidad de los actos acusados ordenando el reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir del 11 de febrero de 2014 día siguiente al fallecimiento del causante, decisión que fue apelada por CREMIL.

Manifestó, que la señora ROSALBA PARRA DE LOZANO tiene más de 68 años de edad, y es una persona de la tercera edad que no cuenta con recursos para su subsistencia, pues no tiene bienes, ni rentas, y que debido a su edad y estado de salud no puede ejercer una actividad lucrativa.

Señaló, que el fallo proferido por la Subsección realizó un análisis minucioso de las pruebas recaudadas y concluyó que pese a las circunstancias en las que se dio la relación y la separación física, la ayuda y apoyo mutuo continuó e hizo énfasis en que, en todo caso, para la cónyuge sobreviviente con sociedad conyugal vigente no es necesario demostrar que la convivencia con el causante se produjo durante los cinco años anteriores al fallecimiento, sino en cualquier tiempo, lo que en su caso se demostró sin ambages.

No obstante lo anterior, adujo que CREMIL en una actitud inhumana y cruel formuló recurso de apelación contra el fallo persistiendo en que el causante falleció en Santa Marta y la demandante residía en el Socorro, ignorando las pruebas y la jurisprudencia en que se apoyó la sentencia.

Sostuvo, que la demandada no considera suficientes los más de seis años que *“ha tenido prácticamente en la indigencia”* a la demandante, quien sobrevive con la caridad familiar y pretende con una maniobra dilatoria prolongarle su sufrimiento, porque el trámite de segunda instancia puede prolongarse por muchos años más y es posible que fallezca en la espera, sin que a la entidad enjuiciada le importe *“las consecuencias que produce sus negativas en sus derechos fundamentales”*, pues está privando a la demandante de una prestación definida por la ley y la Corte Constitucional, derecho que es fundamental por su implicación con el mínimo vital, la dignidad personal y seguridad social.

Finalmente, indicó que la medida cautelar cumple con los requisitos y que resulta más gravoso para el interés público negar la medida que concederla, y que además su falta de otorgamiento puede causar un perjuicio irremediable por su edad, situación económica y estado de salud.

**3. Traslado de la medida.** La decisión fue notificada por estado a CREMIL, como se observa a folios 11 y 12 del cuaderno de medida cautelar, sin embargo, la entidad demandada no se pronunció.

## II. CONSIDERACIONES

Sobre el contenido de las medidas cautelares, los artículos 230, 231 y 233 de la Ley 1437 de 2011 disponen:

**“Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

*(...)*

*5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.*

*(...)*

**Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
  - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
  - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.” (Subrayado fuera de texto).

**Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

Las medidas cautelares son herramientas que buscan la efectividad material de una sentencia. La Corte Constitucional en Sentencia C-379-04, señaló que: “Las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte,

*porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”.*

En el presente caso se está solicitando como medida cautelar el reconocimiento y pago transitorio de la sustitución de asignación de retiro a favor de la demandante, es decir, una medida diferente a la suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados, por lo tanto, debe demostrarse los requisitos señalados en la segunda parte del artículo 231 del C.P.A.C.A., esto es, **(i)** que la demanda se encuentra razonadamente fundada en derecho; **(ii)** que quien la solicita sea titular del derecho invocado, así sea de manera sumaria; **(iii)** que resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida cautelar; y **(iv)** que de no decretarse se causaría un perjuicio irremediable o los efectos de la sentencia sean nugatorios.

En virtud de lo anterior, se procede a analizar cada uno de los requisitos:

**(i) Que la demanda se encuentra razonadamente fundada en derecho:** Al respecto se debe señalar, que el libelo incoado por la demandante se encuentra sustentada en derecho, tal como quedó plasmado en el fallo de primera instancia proferido por esta Subsección el 3 de septiembre de 2020 (fls. 232-248 C.Ppal), que accedió a las súplicas de la demanda.

**(ii) Que sea titular del derecho invocado, así sea de manera sumaria:** En el fallo de primera instancia quedó demostrado que la señora ROSALBA PARRA DE LOZANO, fue la cónyuge del señor MANUEL ANTONIO LOZANO, según consta en el registro civil de matrimonio en el que se observa que la pareja contrajo matrimonio católico el 2 de marzo de 1974, el cual se mantuvo vigente hasta el fallecimiento del causante. Además, que se acreditó la convivencia entre el año 1974, año de celebración del matrimonio hasta la separación ocurrida en el año 1988, y que pese a dicha separación se logró probar igualmente que existió convivencia y apoyo mutuo después de esa separación y hasta el fallecimiento del causante, y que la señora PARRA DE LOZANO dependía económicamente del causante, cumpliéndose el requisito de que la demandante puede ser la beneficiaria de la prestación reclamada.

**(iii) Que resulte más gravoso para el interés público no decretar la medida cautelar.** Sobre este punto se debe señalar, que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en auto de 22 de agosto de 2017 (Radicación núm.: 76001 23 33 000 2013 00543 01, C.P. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, accedió al reconocimiento de una medida cautelar de reconocimiento y pago transitorio de una

pensión de sobreviviente, solicitada una vez se profirió el fallo de primera instancia, a favor de una persona que tenía 83 años de edad, señalando:

*“Ahora bien, como en el caso de autos la demandante solicita una medida cautelar diferente de la suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados, corresponde a ella la carga procesal de demostrar (i) que la demanda se encuentra razonadamente fundada en derecho; (ii) la titularidad del derecho invocado (siquiera de forma sumaria); (iii) que resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida cautelar; y (iv) que de no decretarse la medida cautelar (de forma disyuntiva) (a) se causaría un perjuicio irremediable o (b) los efectos de la sentencia serian nugatorios.*

*“(...)”*

**3.3. Que resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida cautelar:**  
*El tercer requisito consistente en determinar si la decisión de no decretar la medida cautelar resulta más gravoso al interés público, supone el desarrollo de un ejercicio de ponderación, cuyos extremos en conflicto en el caso concreto son: de un lado los derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida digna de la demandante<sup>1</sup>, y del otro, el principio de sostenibilidad fiscal en las finanzas públicas, específicamente respecto del sistema prestacional del Magisterio.*

*Por lo anterior, es necesario considerar si existe o no conflicto entre las normas de estructura abierta contentivas de los intereses en juego, pues solo en el evento en el que se demuestre dicha existencia podrá el operador jurídico proceder con el respectivo juicio de ponderación (consistente en la aplicación de la ley, de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación)<sup>2</sup>*

*En el caso sub examine, si bien es cierto los propósitos deónticos<sup>3</sup> de ambos extremos comparados son ORDENAR/OBLIGAR, tales «obligaciones» entran en choque, pues visto desde la perspectiva de las garantías iusfundamentales invocadas por la demandante, el Estado está obligado a garantizar el acceso y disfrute de la seguridad social, así como la vida digna y el mínimo vital de sus asociados; mientras que desde el principio de sostenibilidad fiscal, corresponde al Estado racionalizar la economía del país, tanto en el plano nacional como territorial, dentro de lo que la misma Carta Política de 1991 ha denominado «un marco de sostenibilidad fiscal»<sup>4</sup>, con miras a la persecución de fines tales como «el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano»<sup>5</sup>. Es decir, el conflicto radica entonces en que:*

*Si se reconoce de forma transitoria una pensión de sobreviviente a favor de la señora LILIA BAENA DE DUQUE ello implica una erogación para el tesoro público, que eventualmente podría significar el desbalance del mismo; mientras que si se resuelve negar la medida, no existirá afectación alguna a las finanzas públicas que componen el sistema prestacional del Magisterio con la consecuencia de desconocer y/o vulnerar los derechos fundamentales de la demandante.*

*Ahora bien, para desarrollar el respectivo ejercicio de ponderación (proporcionalidad en sentido estricto), siguiendo el modelo desarrollado por el jurista alemán ROBERT ALEXY, es necesario agotar tres pasos: el primero de ellos es emplear la ley de la ponderación, para así determinar las variables de peso concreto, el peso en abstracto y la seguridad de las premisas empíricas; en segundo lugar, debe el operador jurídico aplicar la fórmula del peso usando las variables antes mencionadas, y finalmente, acudir a las cargas de la argumentación jurídica, si y solo si, el resultado del ejercicio de ponderación a través de la aplicación concreta de la fórmula de peso arroja valores paritarios, que no muestren una respuesta satisfactoria al conflicto suscitado entre los intereses en juego.*

### 3.3.1. La ley de la ponderación.

<sup>1</sup> Los derechos mencionados fueron invocados en la demanda.

<sup>2</sup> Sobre el particular: ALEXY, Robert. La fórmula del peso. En: CARBONELL, Miguel (Ed.). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito (Ecuador). 2008. Pp. 13-42. En el mismo sentido: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. 407-426

<sup>3</sup> Estos pueden ser: (i) permitir, (ii) ordenar/obligar, o (iii) prohibir.

<sup>4</sup> Constitución Política, artículo 334. Modificado por el Acto Legislativo 003 de 2011

<sup>5</sup> Idem

Como en el caso de autos se presenta un conflicto entre normas de estructura flexible como lo son los derechos fundamentales y los principios constitucionales, es necesario determinar las variables de (i) peso concreto, (ii) peso en abstracto y (iii) seguridad de las premisas empíricas, para cada uno de los intereses contrapuestos.

3.3.1.1. Peso en concreto: Esta variable responde al nivel de afectación y/o satisfacción de los intereses en juego en el evento de adoptarse la medida solicitada. Este se determina a través de una escala tríadica donde cuatro (4) es intenso, dos (2) es medio y uno (1) es leve.

a. De los derechos que invoca la demandante como afectados: Corresponde el valor de cuatro (4), como quiera que de reconocer de forma transitoria el derecho pensional reclamado (pensión de sobreviviente) se satisfacen en gran medida los derechos a la seguridad social, la vida digna y el mínimo vital de la señora LILIA BAENA DE DUQUE.

b. Del principio de sostenibilidad fiscal: Corresponde el valor de uno (1), pues en el evento en el que proceda el decreto de la medida cautelar solicitada la afectación a este principio sería mínima o leve, es decir, reconocer transitoriamente una pensión de sobreviviente no tiene mayor impacto sobre el sistema prestacional del Magisterio.

3.3.1.2. Peso en abstracto: Este valor se calcula a partir de la importancia de los valores imperantes en la sociedad, por lo tanto<sup>6</sup> :

a. De los derechos que invoca la demandante como afectados: A esta variable se le asigna el valor de cuatro (4), dado que los derechos que pretende la demandante le sean protegidos (seguridad social, vida digna y mínimo vital), a la luz de los postulados constitucionales de la Carta Política de 1991 (v. gr., el Estado social y democrático de Derecho, el principio constitucional de primacía de los derechos fundamentales y la aplicación inmediata de los mismos, entre otros) y la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho de los mismos<sup>7</sup>, pueden catalogarse como garantías iusfundamentales.

b. Del principio de sostenibilidad fiscal: El valor que se le asigna a esta variable es de uno (1), ya que por expreso mandato constitucional se estableció que «[...] bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva»<sup>8</sup>. Se tiene entonces que la respectiva apreciación sobre contraposición de este principio frente a los derechos fundamentales (a partir de los valores imperantes en la sociedad) fue zanjada previamente por el constituyente derivado al instaurar la precitada prohibición.

3.3.1.3 Seguridad de las premisas empíricas: Esta variable responde al nivel de certeza en el acaecimiento de las consecuencias tácticas y/o jurídicas producto de la adopción de la medida cautelar. Este valor puede calcularse de la siguiente manera: se asignará el valor de uno (1) al evento en donde el nivel de certeza sea el mayor posible; el valor será un medio (1/2) cuando las consecuencias sean plausibles; y un cuarto (1/4), cuando pareciere que las consecuencias no ocurrirán pero no se tiene certeza absoluta de ello. En ese sentido:

a. De los derechos que invoca la demandante como afectados: Es relevante señalar que (i) en el proceso existe prueba sumaria de la dependencia económica de la demandante respecto de la causante, y (ii) el decreto de la medida cautelar en cuestión dentro de los parámetros de la razonabilidad \ racionabilidad tiene la potencialidad de amparar los derechos que se reclaman como lesionados. Por lo anterior el valor es uno (1).

<sup>6</sup> Esta variable se determina, al igual que con la del peso en concreto, a través de una escala tríadica donde cuatro (4) es intenso, dos (2) es medio y uno (1) es

<sup>7</sup> Sobre el tema: Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, Magistrado ponente doctor CIRO ANGARITA BARÓN.

<sup>8</sup> Constitución Política. Artículo 334, parágrafo

b. Del principio de sostenibilidad fiscal: Frente a este, el despacho observe que el nivel de certeza de acaecimiento de las consecuencias jurídicas (afectación del mencionado principio) es medio, por lo que podría clasificarse como plausible, y en ese sentido el valor correspondiente es de (1/2).

### 3.3.2. La fórmula del peso.

Se trata de una relación matemática que permite calcular el peso total de cada uno de los intereses en conflicto, a partir de los valores establecidos en el acápite precedente. Dicha fórmula es:

$$PT(A) = \frac{PC(A)}{PC(B)} \times \frac{PA(A)}{PA(B)} \times \frac{SPE(A)}{SPE(B)}$$

$$PT(B) = \frac{PC(B)}{PC(A)} \times \frac{PA(B)}{PA(A)} \times \frac{SPE(B)}{SPE(A)}$$

Donde:

- PT es peso total.
- PC es peso en concreto.
- PA es peso en abstracto.
- SPE es seguridad de las premisas empíricas.
- (A) es el primer derecho/principio en conflicto.
- (B) es el segundo derecho/principio en conflicto.

Por lo tanto, si se extrapola lo anterior al caso concreto se tiene entonces que:

De los derechos fundamentales que invoca la demandante como afectados:

PT (seguridad social, vida digna y mínimo vital)= "(...)"

b. Del principio de sostenibilidad fiscal:

"(...)"

**Bajo este contexto, si se compara el peso total de los intereses en conflicto se advierte que los derechos fundamentales invocados por la demandante tienen un peso mayor que el del principio de sostenibilidad fiscal, y por consiguiente, (i) los primeros se sobreponen al segundo, y (ii) el ámbito de aplicación del principio de sostenibilidad fiscal habrá de contraerse para facilitar el cumplimiento y satisfacción de aquellas garantías iusfundamentales invocadas. En consecuencia resulta más gravoso al interés público no decretar la medida solicitada, pues una decisión en tal sentido no solo contrariaría la Constitución, sino que también serviría de aval para el desconocimiento de derechos fundamentales en razones como la protección del tesoro público<sup>9</sup>.**

De conformidad con lo anterior, y de acuerdo con el caso concreto, se evidencia que la demandante si bien es cierto es un adulto mayor, no hace parte de las

<sup>9</sup> Sobre este tema: Corte Constitucional. Sentencia T-403 de 1992, Magistrado ponente doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. «La opción por la primacía de los derechos fundamentales sobre las llamadas "razones de estado", históricamente esgrimidas por la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras de la defensa *in abstracto* de valores y nociones como "la moral", el "orden público", las "buenas costumbres" o el "interés general", llevó al constituyente de 1991 a postular derechos de aplicación inmediata que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles (CP art. 85). El libre ejercicio de derechos no condicionados a lo establecido por la ley (CP art. 18, 19, 20), así como la prohibición de que sean suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales en estados de excepción (CP art. 214), se explican en el mismo principio de primacía de los derechos fundamentales.»

personas de la tercera edad conforme lo ha definido la Corte Constitucional, pues cuenta con 68 años de edad.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló la diferencia entre un adulto mayor y una persona considerada de la tercera edad, en los siguientes términos:

*“16.2. En este punto conviene precisar que el término “persona de la tercera edad” y el concepto “adulto mayor”, que a menudo se usan indistintamente, no pueden ser empleados como sinónimos.*

*16.3. El concepto “adulto mayor” fue definido en la Ley 1276 de 2009<sup>[29]</sup>. En ella se apela a la noción de “vejez” propia del sistema de seguridad social en pensiones, con el fin de identificar la población destinataria de la atención integral en los centros vida. De cara a lo dispuesto por el Legislador en esa norma, será adulto mayor quien supere los 60 años o aquel que sin superar esa edad, pero con más de 55 años, tenga condiciones de “desgaste físico, vital y psicológico [que] así lo determinen”.*

*Dicha definición opera para los efectos de esa norma, a saber, para la “atención integral del adulto mayor en los centros vida” y según lo ha precisado esta Corporación, solo es aplicable en ese ámbito y no de forma genérica<sup>[30]</sup>.*

*16.4. Por su parte, la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. No todos los adultos mayores son personas de la tercera edad; por el contrario, cualquier persona de la tercera edad será un adulto mayor.*

*Para efecto de precisar a qué edad una persona puede catalogarse en la tercera edad, esta Corporación ha acudido a la esperanza de vida certificada por el DANE<sup>[31]</sup>. Ha asumido que la tercera edad inicia cuando la persona supera la expectativa de vida fijada por aquel organismo público, misma que varía periódicamente. A esta se le conoce como la tesis de la vida probable, que en este caso concreto fue aplicada por el ad quem.*

*Durante el periodo comprendido entre 2015 y 2020, conforme el documento titulado “Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020” emitido por el DANE<sup>[32]</sup>, la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico.*

*16.5. La distinción entre adultos mayores y los individuos de la tercera edad implica el reconocimiento de la heterogeneidad entre personas de avanzada edad y la necesidad de brindar un trato especial a las que, entre aquellas, presenten mayores dificultades asociadas con los efectos biológicos del paso del tiempo.*

*El efecto útil de esta separación fijada por la jurisprudencia constitucional en desarrollo el principio de igualdad<sup>[33]</sup>, se presenta al valorar en cada caso concreto la eficacia de los mecanismos judiciales ordinarios que tiene a disposición el accionante. Pero cobra especial relevancia cuando se debaten asuntos asociados a la pensión de vejez, en relación con los cuales la mayoría de los interesados habrá superado los 60 años y tendrá la calidad de adulto mayor.*

*De considerarse que todos los adultos mayores requieren una especial protección constitucional y un análisis más flexible en relación con el principio de subsidiariedad, sería necesario concluir que todas las peticiones de vejez que ellos hagan a través de la acción de tutela son procedentes. Tal perspectiva, terminaría por hacer que las vías ordinarias de defensa judicial laboral en esa materia en particular queden inoperantes. Ello trastocaría la naturaleza excepcional de la acción de tutela y comprometería el sistema de distribución de las competencias judiciales y jurisdiccionales<sup>[34]</sup>, pues implica indirectamente asumir que la acción de tutela es el único mecanismo idóneo para reclamar pensiones de vejez de personas con más de 60 años.*

*Reconocer entre los adultos mayores a quienes están en una condición de mayor vulnerabilidad por un criterio etario, permite identificar a las personas que precisan especial apoyo para la realización de sus derechos, por el desgaste biológico que implica el paso del tiempo y así, concretar el principio a la igualdad y conservar la acción de tutela como un medio excepcional y subsidiario de protección de los derechos fundamentales, en los casos en los que se debate una pensión de vejez.”<sup>10</sup>*

Así las cosas, aunque la demandante no hace parte del grupo de población de la tercera edad, lo cierto es que, los derechos fundamentales de los adultos mayores también son de especial protección y en este caso, en principio, tales derechos de la accionante se sobreponen a los derechos de la entidad demandada, pues si bien el principio de sostenibilidad fiscal también es de rango constitucional, en el presente caso su afectación sería leve, pues el reconocimiento de la sustitución pensional tendría mayor impacto sobre el sistema prestacional de la entidad, no obstante, es necesario, tal como lo ha indicado la Corte Constitucional, reconocer o identificar si el adulto mayor requiere especial apoyo para la realización de sus derechos, luego debe identificarse si por las condiciones particulares se causa el perjuicio irremediable, siguiente requisito.

**(iv) Que de no decretarse se causaría un perjuicio irremediable o los efectos de la sentencia serian nugatorios.** Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia T-245/17 manifestó:

*“Esta Sala observa que, en efecto, la tutela solo es procedente de forma excepcional cuando existen otros mecanismo de defensa judicial, no obstante, para el caso concreto, la accionante no debe ser sometida a la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria laboral ni a la jurisdicción contencioso administrativa porque dichos mecanismos no resultan eficaces ni idóneos. En su caso, la demora en la definición de los conflictos relacionados con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en estos escenarios, puede terminar vulnerando los derechos de la accionante al mínimo vital, a la salud e incluso a su vida en condiciones de dignidad, lo cual justifica que el juez constitucional se pronuncie para garantizar una protección adecuada.*

*Como se señaló en el apartado número 3 de este pronunciamiento, la Corte Constitucional ha establecido en sus providencias de forma reiterada que, cuando el mecanismo judicial disponible no es idóneo para el caso en concreto, la tutela procede como mecanismo principal, en pro de la materialización del principio de efectividad de los derechos fundamentales. **En este sentido, esta Corporación ha asumido que, cuando el accionante ostenta la calidad de sujeto de especial protección constitucional, se presume que los medios de defensa ordinarios no resultan idóneos<sup>11</sup>, por lo que el análisis de procedibilidad se flexibiliza. Así las cosas, para el caso concreto, la Sala considera que al tratarse de una mujer adulta mayor, cuya estabilidad económica dependía del causante como su compañero permanente y quien además tiene múltiples padecimientos de salud, los mecanismos judiciales ordinarios, ya sea en la jurisdicción ordinaria laboral o en la jurisdicción contencioso administrativa, no son eficaces y la demora propia de estos procesos, pone en riesgo la salud y la dignidad de la***

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 22 de enero de 2019. Expediente T-6.974.645. MP. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>11</sup> Sentencia T-651 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

**accionante, bajo las circunstancias descritas, por lo que la tutela debe proceder como mecanismo principal de protección.**

(ii) La accionante acredita su titularidad del derecho pensional reclamado, en tanto, como lo señala el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2013, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (o de la sustitución pensional), entre otros, la compañera permanente o supérstite que tenga más de 30 años, acreditando que convivió con el causante no menos de cinco (5) años continuos hasta su muerte. Como se sabe, la presente providencia busca establecer si se cumplió o no el requisito de convivencia con el fin de determinar si a la señora Valencia le asiste el derecho al reconocimiento de la sustitución pensional, no obstante, está por lo menos claro hasta este punto del análisis que, ella fue su compañera permanente y que está legitimada para recurrir a la solicitud de reconocimiento de este derecho pensional.

(iii) La señora Valencia tiene setenta y siete (77) años de edad, lo cual la ubica en el grupo poblacional de los adultos mayores, quienes han sido reconocidos por esta misma Corporación, como sujetos de especial protección constitucional. Adicionalmente, se encuentra en una situación de debilidad y vulnerabilidad, en tanto dependía económicamente de su compañero fallecido.

(iv) Consta en el expediente que la actora solicitó a Colpensiones, el tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016) el reconocimiento y pago de su sustitución pensional, la cual fue resuelta de forma negativa por la entidad el dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016). Ante ello, la actora interpuso los recursos de reposición y apelación, que también fueron resueltos de forma negativa el veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016) y el once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016), respectivamente. Finalmente, la señora Valencia promueve la acción de tutela que se revisa en este pronunciamiento, por lo que la Sala considera que existió un mínimo de diligencia de la accionante para acceder al reconocimiento de su derecho pensional.

(v) De acuerdo con lo declarado por la accionante y que reposa en el expediente objeto de revisión, ella dependía económicamente del causante, razón por la cual fue afiliada por éste a la seguridad social como beneficiaria. Adicionalmente, afirma la actora que, debido a la muerte de su compañero permanente, tuvo que acudir a la ayuda de su hija y de otros miembros de su familia, para que le auxiliaran frente a la ausencia de otras fuentes de ingreso.

Teniendo en cuenta que, a partir de la jurisprudencia citada supra, el juez constitucional debe contemplar que tratándose de adultos mayores que solicitan el reconocimiento de una pensión, por lo general este grupo poblacional depende única y exclusivamente de este tipo de mesada pensional para mantener una vida en condiciones dignas. Esta Sala considera que, en efecto, para el caso concreto, la negación de la sustitución pensional para la señora Valencia, implica una afectación a su mínimo vital”.

De conformidad con lo anterior, la sustitución pensional es considerada como un derecho fundamental, si de su reconocimiento depende que se materialicen las garantías de los beneficiarios que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, por razones de tipo económico, físico o mental.

En el asunto que ocupa la atención del Despacho, aunque se demostró que la señora ROSALBA PARRA DE LOZANO, dependía económicamente del causante y que no cuenta con otro ingreso propio, lo cierto es que no encuentra el Despacho suficientemente acreditado el perjuicio irremediable, pues en cuanto a la edad, la

actora no hace parte de las personas de la tercera edad y desde el fallecimiento del causante ha sido asistida económicamente por los hijos, sin que se allegue material probatorio adicional que permita afirmar que tal situación haya cambiado.

Además, pese a que se manifestó que por su estado de salud, pues padece de **hipertensión y artrosis**, también procede la medida, no se evidencia una situación de urgencia o quebrantos de salud, que conlleve a un perjuicio irremediable, toda vez que las piezas documentales de la historia clínica de la demandante que reposan en el expediente, comprende el periodo de tiempo entre 1997 y 2014, de lo cual se puede extraer que fue atendida por Sanidad Militar en varias oportunidades, siendo la última atención el 18 de marzo de 2014, sin embargo, de dicha data hacia la fecha no es posible sostener que sus padecimientos hayan empeorado o que presente otros quebrantos en su salud que evidencien un posible perjuicio irremediable por dicho aspecto, en caso de no otorgarse la medida.

En ese sentido, aunque en el proceso de primera instancia se logró acreditar que la demandante tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro reclamada, pues acreditó el requisito de la convivencia que exige la norma aplicable, lo cierto es que, no se logró acreditar la totalidad de requisitos previstos en la segunda parte del artículo 231 del C.P.A.C.A., exigidos cuando la medida cautelar sea distinta a la suspensión provisional de un acto administrativo.

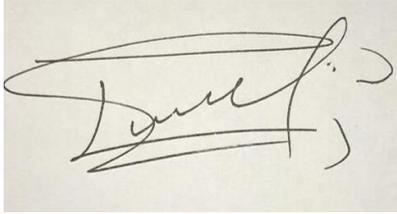
En consecuencia, se negará la medida cautelar solicitada, consistente en ordenar a CREMIL reconocer y pagar de forma transitoria la sustitución pensional a favor de la demandante hasta que el Consejo de Estado resuelva de fondo el asunto de la referencia, en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, se,

**RESUELVE:**

**ARTICULO UNICO:** **NEGAR** la medida cautelar solicitada, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

A handwritten signature in black ink on a light-colored background. The signature is stylized and appears to read 'Israel Soler Pedroza'.

**ISRAEL SOLER PEDROZA**  
**Magistrado**

ISP/Van