

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEXTO DE FAMILIA**

**JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DE CARTAGENA.-** Cartagena de Indias, septiembre once (11) del año dos mil veinte (2020).

Procede el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena a pronunciarse respecto de la acción de tutela promovida por **ÁLVARO DE LA ROSA BARCENAS CARDENAS**, contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**.

**ANTECEDENTES**

1. **ÁLVARO DE LA ROSA BARCENAS CARDENAS** formula acción de tutela, con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social y debido proceso, presuntamente conculcados por la entidad accionada.

Como sustento de la acción, presenta los hechos que a continuación se resumen:

- Afirma el accionante, que la señora **CECILIA HERNÁNDEZ PÉREZ**, identificada con la C.C. No. 45.420.895 fue reconocida como pensionada por Colpensiones, mediante la resolución No. 2989 del 24 de febrero del 2.010, en cuantía inicial de \$2.133.468 pesos. Alega que la difunta **CECILIA HERNÁNDEZ PÉREZ**, fue su compañera permanente hasta el día 1 de septiembre de 2017, fecha en la que ella falleció, luego de padecer una penosa enfermedad (cáncer de matriz), que duró aproximadamente tres (3) años, en los cuales fue intervenida quirúrgicamente en tres ocasiones y, además, sometida a tratamientos de quimioterapia y radioterapia, en numerosas oportunidades. Que de conformidad a lo anterior solicitó ante Colpensiones el reconocimiento como beneficiario único de la pensión de sobreviviente, anexando a su solicitud todos los elementos probatorios exigidos por la legislación colombiana, anexando al Formato de solicitud de prestaciones económicas.

- Que no obstante haber suministrado a Colpensiones, todos los documentos exigidos por nuestra Legislación, se le informó que se iniciaría una "Investigación Administrativa", para corroborar el requisito de convivencia, puesto que la Entidad así lo requería, cuando el deceso se producía en una ciudad distinta al sitio de residencia. Lo anterior, dado que **CECILIA** falleció en Bogotá el día 1 de septiembre de 2.017, bajo el argumento de que las últimas intervenciones médicas se le hicieron en esa ciudad, y no en Cartagena lugar de su residencia con el accionante. De conformidad a lo anterior, la entidad accionada mediante el "RADICADO No. 2019\_10850482 RESOLUCIÓN SUB 254723 17 SEP 2019", negó el reconocimiento de la sustitución pensional, con fundamento en que "NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada...", argumentación que bajo el argumento del accionante es manifiestamente contraria a la realidad demostrada.

Alega haber presentado oportunamente recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación contra la citada Resolución, pero confirmaron el pronunciamiento reseñado. Que la actuación administrativa de COLPENSIONES, mediante la cual se le niega la sustitución de la pensión, por lo precaria de la "investigación administrativa" que le sirvió de fundamento, vulneró el Derecho Fundamental al Debido Proceso, al intentar sustentarla en manifestaciones a priori y contrarias a la realidad.

2. Una vez admitida la presente acción constitucional mediante auto del 9 de septiembre del 2020, y surtidas las respectivas notificaciones, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**, rindió su correspondiente informe, alegando básicamente que el ciudadano debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin, y no reclamar su prestación vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos laborales pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

Cumplido lo anterior, pasa al Despacho la presente Acción de Tutela para resolver, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

1. La Constitución Política de Colombia no solo consagró en forma expresa un determinado número de derechos considerados como fundamentales ya antes reconocidos por organizaciones supranacionales, sino que además instituyó un mecanismo especial para brindarle protección jurídica a tales derechos cuando resulten violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos determinados en la ley.

Dispone el artículo 86 de la Constitución Política:

*“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el **principio de subsidiariedad** como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que “esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

*Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.*

*En la **sentencia T-1008 de 2012**, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.*

*Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.***

*Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.*

*En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.*

*En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la **sentencia SU-961 de 1999** indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.*

En el mismo sentido, la **sentencia T-230 de 2013**, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la **sentencia T-225 de 1993**, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la **sentencia T-808 de 2010**, reiterada en la **T-956 de 2014**, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser **inminente**, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave** evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser **impostergable** para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, La Corte Constitucional ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental. En este sentido, la **sentencia T-702 de 2000** determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario.

En la **sentencia T-131 de 2007**, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

No obstante, esta Corporación se ha pronunciado sobre las facultades que tiene el juez constitucional de solicitar las pruebas de oficio en los casos en los que el actor no aporte las pruebas que sustentan sus pretensiones. En particular, en la **sentencia T-864 de 1999**, este Tribunal afirmó que la práctica de pruebas resulta un deber inherente para la función de los jueces constitucionales, en la medida que decisiones exigen una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto analizado. Igualmente, en la **sentencia T-498 de 2000**, señaló que en casos de tutela el funcionario judicial debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para verificar los hechos sometidos a su decisión, lo que exige una mayor participación por parte de los jueces para lograr la máxima efectividad de la norma Superior.

En el mismo sentido, en la **sentencia T-699 de 2002**, este Tribunal expresó que los jueces tienen el deber de decretar y practicar pruebas con el fin de tener los suficientes elementos de juicio para fallar un asunto sometido a su consideración con el fin de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales.

Finalmente, en la **sentencia T-571 de 2015**, esta Corporación reiteró las sentencias anteriormente citadas e indicó que la informalidad que caracteriza el amparo constitucional no significa que el juez pueda sustraerse de verificar la veracidad de las afirmaciones que presentan las partes en el proceso. Asimismo, resaltó que la decisión del juez:

*“no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”.*

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, se concluye que, en principio, la acción de tutela procede cuando se han agotado los mecanismos de defensa judicial ordinarios. No obstante, existen situaciones de hecho en las que puede demostrarse la ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable, razón por la que resulta urgente la protección inmediata e impostergable por parte de las autoridades correspondientes para evitar la afectación de un bien jurídicamente protegido.

De acuerdo a lo anterior, la persona que alega la ocurrencia de un perjuicio irremediable debe acreditar probatoriamente los hechos en los que funda la configuración de dicha situación. Sin embargo, el análisis de los mencionados elementos demostrativos debe consultar los principios de informalidad y celeridad que orientan la solicitud de amparo.

## 2. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de acreencias pensionales:

La Honorable Corte Constitucional ha señalado que, con fundamento en el principio de subsidiariedad, **la acción de tutela resulta improcedente para resolver controversias de tipo laboral o pensional**, bajo el entendido de que los mencionados asuntos deben ser conocidos por la jurisdicción ordinaria laboral, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo, pues se trata de hechos originados en un contrato de trabajo<sup>1</sup>.

Sin embargo, como se advirtió previamente, este Tribunal ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos.

Es decir, el principio de subsidiariedad en el ámbito de la seguridad social implica que, por regla general, la acción de tutela no puede utilizarse para el reconocimiento y pago de acreencias pensionales, ya que existen mecanismos judiciales ordinarios con los que pueden debatirse dichos asuntos y que pueden presentarse ante la jurisdicción laboral, pues se trata de hechos originados en un contrato de trabajo.

Sin embargo, de acuerdo con las consideraciones generales referidas previamente, la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario<sup>1</sup>; (ii) procede la tutela como **mecanismo definitivo** cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, **personas de la tercera edad**, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

De igual forma, la honorable Corte Constitucional ha sido enfática en señalar los eventos en los que la acción de tutela es procedente para reclamar un derecho pensional, de forma excepcional cuando: (i) el amparo es solicitado por un sujeto de especial protección constitucional; (ii) la falta de pago de la prestación afecta gravemente los derechos fundamentales de quien la solicita; (iii) **el interesado ha desplegado actividad administrativa y judicial para lograr el reconocimiento de su derecho pensional por los medios ordinarios que tiene para ello**; y (iv) se acredita la razón que lleva a concluir que el medio judicial ordinario no puede proteger efectivamente el derecho reivindicado.

Ahora, volviendo al caso que ocupa el estudio de esta sede judicial y de conformidad a los argumentos, pruebas e informes recaudados y allegados, es evidente que la suscrita acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta que el accionante acude directamente a mecanismo constitucional, sin haber desplegado **la actividad administrativa y judicial para lograr el reconocimiento de su derecho pensional por los medios ordinarios que tiene para ello, estos son, la jurisdicción ordinaria laboral, pues el recurrente no afirma ni allega pruebas de haber adelantado un proceso ante la jurisdicción laboral, logrando acreditar que el medio judicial ordinario no puede proteger efectivamente el derecho cuya protección invoca.**

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>1</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>2</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.

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.

<sup>1</sup> Sentencia T-047 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>2</sup> En: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/series.../proyecc3.xls>

El efecto útil de esta separación fijada por la jurisprudencia constitucional en desarrollo el principio de igualdad<sup>3</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>4</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.

Respecto a este asunto concreto a pesar de que ÁLVARO DE LA ROSA BARCENAS CARDENAS afirmó, tanto en el escrito de tutela como en el de impugnación, que él era "(...) *un sujeto de especial protección debido a que tengo 69 años de edad y estoy próximo a cumplir los 70 años(...)*"<sup>5</sup>, El Despacho encuentra que él es un adulto mayor, pero definitivamente no es una persona de la tercera edad, al no haber superado la expectativa de vida y, por lo tanto, no precisa un trato especial en razón de su edad. Así las cosas, es evidente que la suscrita acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, tornándose meramente improcedente, de conformidad a los argumentos desplegados con anterioridad.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto de Familia de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley

#### RESUELVE

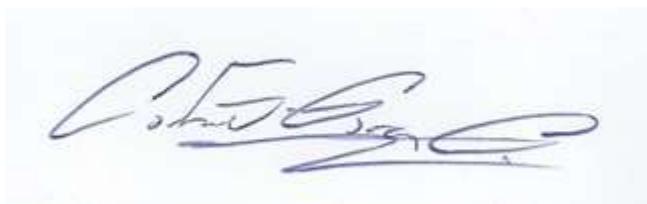
**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela impetrada por ÁLVARO DE LA ROSA BARCENAS CARDENAS, contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), conforme a las consideraciones de tipo legal y constitucional desplegadas en el cuerpo del presente fallo.

**SEGUNDO:** En caso de no ser impugnado este fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**TERCERO:** Comuníquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

#### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Señor Juez,



**CARLOS EDUARDO GARCÍA GRANADOS.**

<sup>3</sup> Ver las sentencias T-849 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-431 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-067 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-494 de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-159 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-042 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-613 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-002A de 2017 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-076 de 2017 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-462 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos, T-598 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-683 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>4</sup> Sentencias T-339 y T-598 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

<sup>5</sup> Su cédula de ciudadanía, anexa al expediente, indica que nació el 17 de enero de 1951, es decir, que el próximo año es que alcanzará los setenta años