

REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD - Se aplica excepción: acreditación de problemas de salud y condición de sujeto de especial protección / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia pese a la existencia de otros medios de defensa judicial por prueba de circunstancias particulares de la tutelante

Esta Sala encuentra que la señora Teres Borrás de Johnson contó con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para atacar la sentencia de 30 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta, esto es, pudo hacerse parte del proceso al que fue efectivamente vinculada y así ejercer su derecho de defensa, contestando la demanda, aportando pruebas y contradiciendo las aportadas por la señora Miladys Esther Salcedo Chico e impugnando la sentencia de primera instancia desfavorable a sus intereses. Pues bien, como se mencionó, en ciertos casos excepcionalísimos la acción de tutela es procedente aún cuando el peticionario no haya ejercido los mecanismos ordinarios de defensa judicial, siempre y cuando se justifiquen las razones por las cuales no fueron promovidos... aun cuando la señora TCB de J haya fungido como demandante del proceso adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta No. 2009-00444, ello no desvirtúa el hecho de que al recibir la notificación de la iniciación del contencioso administrativo conocido por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta, debido a su avanzada edad y condiciones de salud haya desatendido a la importancia de la notificación personal. En la línea de las consideraciones plasmadas, encuentra la Sala que en el presente asunto, puede tenerse como cumplida la excepción al requisito general de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela, por lo que abordará el estudio de fondo del problema jurídico que la demanda plantea.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 INCISO 3 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 6

PROTECCION DE LOS DERECHOS AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL - De esposa y compañera permanente / RECONOCIMIENTO DE PENSION DE SOBREVIVIENTE - En partes iguales a esposa y compañera permanente / PENSION COMPARTIDA - Entre cónyuge y compañera permanente / RECONOCIMIENTO DE PENSION COMPARTIDA - Requisitos / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Se ordena reconocer y pagar las mesadas pensionales en una proporción del cincuenta por ciento a favor de la cónyuge y del otro cincuenta por ciento a favor de la compañera permanente

La Sala siguiendo la interpretación sistemática de los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política y de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, considera que el cónyuge y la compañera (a) permanente tendrán derecho a compartir la pensión, siempre que acrediten el lleno de los requisitos establecidos por el legislador para el efecto. Esos requisitos tienen sustento en el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, factores estos que analizados en conjunto legitiman el derecho reclamado, y cuya finalidad es ofrecer una protección a los allegados al afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Por tanto, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, corresponderá al juez competente, decidir a quién le asiste el derecho. En aplicación de lo anterior, resulta claro para la Sección que tanto el cónyuge superviviente en este caso, como la compañera permanente, en procesos separados, demostraron tener el derecho a ser beneficiarias de las pensiones de las que era titular el señor CAJC, una reconocida por Colpensiones y la otra por el Distrito de Santa Marta. En cada uno de esos procesos, lo lógico era que participaran las personas que se creyeran con derechos a ser beneficiarios de la pensión. Sin embargo, por una u otra razón no se dio la participación bien de la cónyuge o de la

compañera permanente, lo que generó que un proceso se le reconociera el derecho a la primera, y en el otro a la segunda. En cada uno de ellos, según lo afirmado por los funcionarios judiciales de conocimiento, se demostraron los requisitos para el reconocimiento del derecho reclamado. Teniendo en cuenta esa especial situación, considera la Sección que carecería de sentido ordenar rehacer los dos procesos para que en cada uno de ellos participen, en iguales condiciones, compañera y cónyuge para que prueben tener el derecho a ser beneficiarias de las pensiones de su esposo y compañero, pues, se repite, según se desprende de los documentos allegados al proceso de tutela que, aunque de forma separada o en el trámite de acciones independientes, demostraron los requisitos para ser acreedoras del derecho en discusión. Razón por la cual, ante la certeza en relación con el derecho que tienen a la pensión de sobrevivientes tanto TCB de J, en su calidad de cónyuge, como la señora MESC, como compañera permanente del mismo, y, atendiendo a la calidad de sujetos de especial protección de ambas, resulta innecesario como desproporcionado exigirles que acudan nuevamente a la jurisdicción para reclamar el reconocimiento y pago de manera proporcional de cada una de las pensiones en cuestión. Se ordenará, entonces, a Colpensiones y al Distrito de Santa Marta, con carácter definitivo y con efectos a partir de la presente providencia, que, a partir de la notificación de esta sentencia, reconozcan y paguen las mesadas pensionales a su cargo en la siguiente proporción: el 50% de la pensión a la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson y el 50% restante a la señora Miladys Esther Salcedo Chico. Así las cosas, esta Sala modificará la sentencia proferida por el juez a quo de tutela el 6 de mayo de 2015 que amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales de las señoras Teresa del Carmen Borrás de Johnson y Miladys Esther Salcedo Chico al mínimo vital y a la seguridad social, por las razones y los efectos indicados en precedencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 /
CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / CONSTITUCION POLITICA -
ARTICULO 48

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 47001-23-31-000-2015-00146-01(AC)

Actor: TERESA DEL CARMEN BORRAS DE JOHNSON

**Demandado: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE SANTA MARTA EN
DESCONGESTION**

La Sala decide sobre la impugnación interpuesta por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta en Descongestión, la alcaldía de Santa Marta y la señora Miladys Esther Salcedo Chico, contra la sentencia de 6 de mayo de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson.

I. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

La señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson, por conducto de su apoderado judicial, promovió acción de tutela el 17 de abril de 2015 en contra del Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta, autoridad judicial que conoció del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho número 47001-33-31-005-2010-00476 adelantado por la señora Miladys Esther Salcedo Chico en contra del Distrito de Santa Marta; con el fin de que sean amparados sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la salud y a la protección especial por ser una persona de la tercera edad.

La peticionaria consideró que la vulneración se dio como consecuencia de la decisión contenida en la sentencia de 30 de marzo de 2012, por medio de la cual, el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta decretó la nulidad de la Resolución No. 345 de 2008 que ordenó acrecer la pensión de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson en un 100% y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Distrito de Santa Marta reconocer y pagar a la señora Miladys Esther Salcedo Chico, en calidad de compañera permanente, la pensión del señor Carlos Arturo Johnson Castro, en un 50% desde el 5 de abril de 1994 y en un 100% a partir del 16 de abril de 2008.

1.2. Hechos

La solicitud de amparo se fundamenta en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- La señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson contrajo matrimonio con el señor Carlos Arturo Johnson Castro (Q.E.P.D) el 15 de enero de 1950, según consta en Partida de Matrimonio extendida por la Arquidiócesis de Barranquilla¹.
- El señor Carlos Arturo Johnson Castro falleció el 5 de abril de 1994, momento para el cual se encontraba disfrutando de la pensión de jubilación reconocida y pagada por las Empresas Públicas de Santa Marta “En Liquidación”.

¹ Folio 8 del expediente.

- Para el momento de su muerte el señor Johnson Castro tenía un vínculo matrimonial vigente con la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson, con quien tuvo 4 hijos y, sostenía una relación con la señora Miladys Esther Salcedo Chico, con quien tuvo dos hijos, Virna Lizi y Randy Van Johnson Salcedo, nacidos el 15 de noviembre de 1970 y el 4 de septiembre de 1980, respectivamente.
- Con Resolución No. 058 de 24 de mayo de 1994² las Empresas Públicas de Santa Marta “En Liquidación”, reconocieron y ordenaron el pago de la pensión de sobreviviente en un 50% a la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson en su calidad de cónyuge supérstite y el otro 50% a favor del hijo menor del causante Randy Van Johnson Salcedo.
- La alcaldía de Santa Marta mediante Resolución No. 345 de 16 de abril de 2008³, resolvió acrecer la mesada pensional de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson a un 100%, en vista de que el joven Randy Van Johnson Salcedo cumplió 25 años de edad.
- Con escrito presentado el 12 de mayo de 2008⁴ ante la alcaldía distrital de Santa Marta, la señora Miladys Esther Salcedo Chico, invocando la calidad de compañera permanente del señor Carlos Arturo Johnson Castro y con sustento en lo establecido en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en un tiempo proporcional al convivido con el causante.
- Mediante comunicación de 24 de julio de 2008, la entidad le informó a la señora Miladys Esther Salcedo Chico que el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional ya había sido efectuado mediante Resolución No. 345 de 2008 en cabeza de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson, cónyuge supérstite del causante para el momento de su fallecimiento.
- Inconforme con la anterior decisión, la señora Miladys Esther Salcedo Chico presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la cual, fue radicada con el número 47001-23-31-003-2010-00476 y su conocimiento correspondió por reparto al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santa Marta.

² Folio 134 del expediente.

³ Folio 136 del expediente.

⁴ Folios 24 a 36 del expediente.

- La demanda fue admitida mediante auto de 16 de junio de 2010⁵ y su modificación⁶ el 16 de marzo de 2011⁷. En la última de estas providencias se ordenó notificar a la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson de la demanda y su correspondiente adición.
- De acuerdo con el Acta de Notificación Personal de 30 de mayo de 2011⁸, el notificador del Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta notificó personalmente a la hoy peticionaria, quien no confirió poder para ser representada por un abogado en el proceso ordinario, no contestó la demanda, ni se manifestó de forma alguna dentro del mismo.
- En cumplimiento del Acuerdo PSAA11-8957 de 9 de diciembre de 2011, que aprobó la continuidad de las medidas de descongestión en el Distrito Judicial Administrativo del Magdalena, la Secretaría del Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta, remitió el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en comento al Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de la misma ciudad⁹.
- En sentencia de 30 de marzo de 2012, el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta decretó la nulidad de la Resolución No. 345 de 2008 que ordenó acrecer la pensión de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson en un 100% y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Distrito de Santa Marta reconocer y pagar a la señora Miladys Esther Salcedo Chico, en calidad de compañera permanente, la pensión del señor Carlos Arturo Johnson Castro, en un 50% desde el 5 de abril de 1994 y en un 100% a partir del 16 de abril de 2008.

Como sustento de su decisión, el juzgado recapituló el desarrollo jurisprudencial, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente en los casos en los que se acreditaba convivencia simultánea del causante con su cónyuge y compañera/o permanente. Lo anterior, para indicar que lo que prevalece en estos casos es el criterio de “*convivencia material*” y que la pensión debe

⁵ Folios 101 a 102 del expediente.

⁶ En el escrito de reforma a la demanda se consignó como pretensión “...CUARTA: Que como consecuencia de las nulidades declaradas y a título de restablecimiento del derecho se le reconozca a mi poderdante, con retroactivo al 28 de octubre de 2007 cuando el doctor Jorge Escorcia Subiróz presentó el primer derecho de petición en nombre y representación de la señora Miladys Esther Salcedo Chico, el 100% de la pensión que en vida venía gozando el señor Carlos Arturo Johnson Castro y que está a cargo del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta. Dicha cuota debe ser proporcional al tiempo convivido entre el señor Carlos Arturo Johnson Salcedo (Q.E.P.D.) y la señora Miladys Esther Salcedo Chico de conformidad con lo establecido en el precepto legal ya antes mencionado y en los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado”. (Folio 124 del expediente)

⁷ Folio 178 del expediente.

⁸ Folio 179 del expediente.

⁹ Folios 227 a 228 del expediente.

reconocerse y pagarse de manera proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido.

Indicó que en el proceso se logró acreditar fehacientemente la convivencia entre Miladys Esther Salcedo Chico y Carlos Arturo Johnson Castro durante más de 24 años, tiempo en el cual consolidaron una familia y tuvieron dos hijos. Contrario a lo que sucedió con la señora Teresa Borrás de Johnson, quien si bien tenía un vínculo matrimonial vigente con el causante no acreditó su convivencia con aquel durante sus últimos años de vida.

De esta manera, consideró que la pensión de jubilación debía reconocerse en un 100% a favor de la compañera permanente.

Esta sentencia fue notificada por Edicto fijado entre el 11 y el 13 de abril de 2012¹⁰ y no fue apelada.

1.3. Fundamentos de la acción de tutela.

A juicio de la peticionaria el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta en Descongestión vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la salud y a la protección especial por ser una persona de la tercera edad.

Aseguró que la apoderada de la señora Miladys Esther Salcedo Chico no tenía facultad conferida para reformar la demanda y, como consecuencia no podía pedir la nulidad de las Resoluciones No. 058 de 24 de mayo de 1994 y No. 345 de 16 abril de 2008, ni solicitar un restablecimiento del derecho consistente en el pago del 100% de la pensión del causante.

Agregó que el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta no podía reconocer y ordenar el pago de la pensión en un 100% a favor de la señora Miladys Esther Salcedo Chico sin fallar de manera extra o ultra petita, pues *“... la reclamación que existe, es la de 12 de mayo de 2008, mediante la cual la señora Salcedo, solicitaba se le reconociera una cuota proporcional de la pensión reconocida al señor Carlos Arturo Johnson Castro, argumentando una convivencia simultánea...”*. Y, porque al llegar a tal conclusión desconoció la calidad de cónyuge superviviente de la peticionaria *“lograda por efecto del sagrado vínculo matrimonial, por el solo hecho de que la señora no se defendió”*¹¹.

¹⁰ Folio 243 del expediente.

¹¹ Folio 5 del expediente.

En relación con el cumplimiento del principio de inmediatez, aseguró que el requisito debe verse a la luz de la sentencia T-481 de 2011¹², por estar en discusión los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, teniendo en cuenta que la accionante es una señora de 85 años con graves problemas de salud a la que después de habersele reconocido y pagado la pensión por más de 15 años se le arrebató con un fallo inconsistente.

1.4. Pretensiones

A título de amparo solicitó:

“1. Se revoque la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Santa Marta de Descongestión de fecha 30 de marzo de 2012 y cuya radicación corresponde al número 47001-33-31-005-2010-00476 y en donde actuó como demandante la señora Miladys Salcedo Chico.

2. Se ordene restablecer los derechos de la pensión de sobreviviente de la señora Teresa Borrás de Johnson, contenidos en el acto administrativo Resolución No. 345 de 16 de abril de 2008.

3. Se ordene devolverle o cancelarle las mesadas pensionales dejadas de cancelar desde la fecha que se le dio aplicabilidad a la decisión judicial adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta de Descongestión, de fecha 30 de marzo de 2012, y cuya radicación correspondió al número 47001-33-31-005-2010-00476-00 y en donde actuó como demandante la señora Midalys Salcedo Chico”¹³.

1.5. Trámite de la acción de tutela

Por auto de 20 de abril de 2015¹⁴, se admitió la solicitud de tutela y se ordenó la notificación al Juzgado Quinto Administrativo de Santa Marta y el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de la misma ciudad, en su calidad de autoridades judiciales demandadas, para que allegaran el informe correspondiente.

Asimismo, se vinculó a la señora Miladys Salcedo Chico y al alcalde de Santa Marta como terceros interesados en las resultas del proceso.

1.6. Contestación de la solicitud de tutela

1.6.1. Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta

Con escrito presentado el 21 de abril de 2015, la titular del Despacho judicial contestó la solicitud de tutela.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-481 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹³ Folio 6 del expediente.

¹⁴ Folio 250 del expediente.

Para comenzar, manifestó que el Despacho fue creado mediante Acuerdo No. PSAA13-10072 de 27 de diciembre de 2013 y comenzó su funcionamiento en febrero de 2014, siéndole asignados procesos en estado de trámite y para fallo de los Juzgados Administrativos Permanentes que funcionan en el Sistema Escritural, razón por la cual el proceso ordinario radicado con el número 47001-33-31-005-2010-00476-00 no ha sido de su conocimiento.

Agregó que cuando los procesos son fallados por los Despachos en descongestión y no son objeto de apelación, regresan al Despacho de origen para ser archivados.

Con base en lo anterior, manifestó que no podía *“... dar algún tipo de información del proceso de la referencia, ni remitir el calidad de préstamo el expediente (...), dado que no [le] fue asignado y no se encuentra en el inventario (...) máxime cuando el Despacho que funcionaba en esa época no es el mismo que funciona en la fecha y no cuenta con los medios tecnológicos que le permitan suministrar la información requerida”*¹⁵.

1.6.2. Miladys Esther Salcedo Chico

Mediante escrito allegado el 22 de abril de 2015, actuando en nombre propio, solicitó que se declara improcedente la acción de tutela por incumplimiento de los requisitos generales y específicos de procedibilidad.

Por un lado, indicó que su apoderado dentro del proceso ordinario si estaba autorizado para reformar la demanda y pedir la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la alcaldía de Santa Marta negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a su favor. En relación con el agotamiento de la reclamación administrativa indicó que la solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 20 de marzo de 2009.

Aseguró que ella también es un sujeto de especial protección pues tiene 68 años y cuenta con un delicado estado de salud. Asimismo, indicó que convivió por más de 24 años y fue quien atendió y cubrió todos los gastos de la enfermedad del señor Carlos Arturo Johnson.

De otra parte, expuso que la providencia judicial acusada se sustentó en el análisis normativo, jurisprudencial y probatorio. Además expuso que la hoy

¹⁵ Folio 256 del expediente.

peticionaria fue notificada personalmente de la reforma de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y resolvió no presentar ningún tipo de oposición y apelación, razón por la cual no puede decirse que se hayan vulnerado sus derechos fundamentales.

En relación con el requisito de inmediatez, aseveró que han pasado más de 3 años desde que se profirió la providencia, término que no puede considerarse como razonable para la interposición de la acción de tutela y de vela que trata de emplearse como una “*estrategia para revivir términos*”.

Además, apuntó: “*¿Por qué la señora Teresa Borrás no hizo ninguna oposición si en realidad era su único ingreso. Y después de tres años presenta esta acción de tutela?*”. Máxime cuando no se encuentra vulnerado su mínimo vital porque recibe otra pensión “*reconocida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta dentro del proceso ordinario laboral 00283-2009 seguido por Teresa del Carmen Borrás de Johnson contra el Instituto de Seguros Sociales; proceso del cual jamás me fue notificado y que en dicho proceso a pesar de que la demandante sabía de mi existencia JAMÁS hizo alusión en ese expediente. Nótese cómo mi actuación fue diferente y de buena fe, pues el proceso Rad 2010-00476 jamás negué la existencia del vínculo matrimonial que existía entre mi compañero y la señora Teresa Borrás*”.

Finalmente aseguró: “*es de anotar que yo no supe de la existencia del proceso radicado 2009-00283 que cursaba en el Juzgado Cuarto Laboral, sino mucho tiempo después (...) y a pesar de que varios abogados me informaron que yo tenía derecho a esa pensión, consideré justo que la señora Teresa Borrás tuviera la pensión del ISS y yo la de la Alcaldía*”.

1.6.3. Alcaldía de Santa Marta

Por medio de apoderada judicial, presentó escrito de contestación el 22 de abril de 2015, en el que le solicitó al juez de tutela abstenerse de ordenar el pago de la pensión a favor de la señora Teresa Borrás de Johnson por considerar que frente a tal hecho existe cosa juzgada.

Además aseguró que el recurso constitucional de amparo no cumple con el requisito de inmediatez. Y, finalmente, indicó que carece de legitimación en la causa por pasiva.

1.7. Trámite previo al fallo de primera instancia

Mediante auto de 27 de abril de 2015, el juez *a quo* de tutela requirió al Juzgado Cuarto Laboral de Santa Marta para que remitiera en calidad de préstamo el expediente del proceso ordinario 00383-2009 seguido por Teresa del Carmen Borrás de Johnson contra el Instituto de Seguros Sociales.

En la misma providencia se requirió al Gerente Seccional de Colpensiones para que certificara si la peticionaria recibe pensión de sobrevivientes y desde cuando la viene disfrutando.

El Juzgado Cuarto Laboral de Santa Marta, con escrito presentado el 28 de abril de 2015 indicó que en su Despacho cursó un proceso ordinario laboral de *“...Teresa Borrás de Johnson contra el ISS, radicado No. 2009-0444 que fue resuelto con sentencia de 28 de enero de 2011 a favor de la demandante y condenando a la entidad a reconocer la pensión de sobreviviente”* y allegó copia de la sentencia referida.

Colpensiones no respondió al requerimiento.

1.8. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Magdalena, mediante sentencia de 6 de mayo de 2015, amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson. En consecuencia, dejó sin efectos la sentencia de 30 de marzo de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta y le ordenó llevar a cabo las actuaciones judiciales tendientes a emitir una nueva sentencia conforme al precedente y las normas aplicables al caso en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

Para comenzar, indicó que si bien en contra de la providencia acusada de 30 de marzo de 2012 no se ejercieron los recursos ordinarios de defensa judicial y, que entre la fecha en la que fue proferida y la interposición de la tutela pasaron más de 3 años, se encontraban superados los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial de subsidiariedad e inmediatez, por las siguientes razones:

En relación con la inmediatez consideró que la vulneración de los derechos de la peticionaria es actual, *“debido a que la pensión de sobrevivientes que pretende obtener es una prestación periódica”*. Y, con respecto al requisito de

subsidiariedad, señaló que debía mirarse de manera flexible o amplia por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-719 de 2003.

Superados los mencionados requisitos, indicó que los cargos expuestos por el apoderado de la peticionaria debieron haberse planteado en el proceso ordinario y que en todo caso carecen de sustento.

No obstante lo anterior, encontró que el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta al “*conceder de manera arbitraria*” el 100% de la pensión a la compañera permanente del señor Carlos Arturo Johnson Castro, desconoció el precedente fijado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en relación con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de manera proporcional a la cónyuge supérstite y la compañera permanente.

Asimismo, aseguró que debido a que el causante falleció el “*5 de abril de 1994*” al caso no era aplicable la Ley 100 de 1993 como lo indicó erróneamente el juzgado, sino las Leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y el Decreto 1160 de 1989, de cuya interpretación se tiene que “*... el derecho a la sustitución pensional se pierde cuando el cónyuge no hiciera vida en común con el causante al momento de su muerte, al menos que esta situación sea atribuible al causante y no a la cónyuge sobreviviente, lo cual debe probarse*”¹⁶.

Por lo anterior, afirmó que no podía concluirse, como lo hizo erradamente el juzgado, que la señora Teresa Borrás de Johnson hubiese perdido su derecho a la sustitución pensional, toda vez que si bien en el proceso la compañera permanente acreditó su convivencia con el causante no se logró probar que la cónyuge y aquel no convivieran al momento de la muerte.

Finalmente, señaló que al reconocer el 100% de la pensión a la compañera permanente se dejó desprotegida a la peticionaria quien “*... dependía económicamente del causante y que en la actualidad no cuenta con la capacidad física para subsistir por sus propios medios, (...) por contar con 85 años de edad*”¹⁷.

1.9. Impugnaciones

1.9.1. Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta

¹⁶ Folios

¹⁷ Folio 344 del expediente.

Con memorial presentado el 22 de mayo de 2015, la titular del Despacho Judicial impugnó la sentencia de primera instancia.

Argumentó que no posee el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, no conoció del caso, ni profirió la sentencia acusada, en tanto es titular del juzgado No. 470013331-**752** creado mediante Acuerdo PSAA13-10072 de 27 de diciembre de 2013 y la autoridad judicial que conoció del proceso que dio origen a la acción de tutela fue el identificado con el No.470013331-**702** y creado mediante el Acuerdo PSAA11-8399 desde el 29 de julio de 2011 y hasta el 19 de diciembre de 2012.

Por lo anterior, indicó que no puede dar concepto alguno en relación con la sentencia censurada.

Además, solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y en caso de ser confirmada solicitó que se aclare la sentencia en el sentido de indicar que quién debe proferir una decisión de reemplazo, es el juzgado No.470013331702 y no del que ella es titular.

1.9.2. Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta

Mediante escrito de 22 de mayo de 2015 el apoderado judicial de la entidad impugnó la sentencia de primera instancia.

Por un lado, expuso que el juez *a quo* de tutela erró al señalar que la Ley 100 de 1993 no era aplicable al caso, a pesar de que en el mismo artículo 151 de la norma se indica que en materia pensional su vigencia comenzó el 1º de abril de 1994 y que la fecha del fallecimiento del causante fue el 5 de abril del mismo año.

Indicó que como consecuencia de ello y en aplicación del artículo 47 de la Ley 100 de 1933, la peticionaria debía probar en el proceso ordinario, no solo su condición de cónyuge, sino además, la convivencia con el causante hasta el día de su fallecimiento.

De otra parte, señaló que los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial de inmediatez y subsidiariedad, no podían superarse solo por el hecho de que la accionante es un sujeto de especial protección por su avanzada edad, pues tal condición no le impedía asumir en debida forma su defensa y representación en el proceso ordinario y tres años después reclamar la presunta vulneración de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, máxime cuando *“... se encuentra probado en la acción de tutela, que la misma accionante inició un proceso ordinario laboral ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, donde se le reconoció la pensión de su finado esposo y como quiera que las reglas de igualdad deben pregonarse, mal podría establecerse o concluirse que por su estado de ancianidad no pudo actuar en el proceso administrativo pero si dentro de un proceso laboral”*¹⁸.

Agregó que en el proceso de tutela número 47001-23-33-003-2014-00372-00, iniciado por la alcaldía de Santa Marta en contra del Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta, el Tribunal Administrativo del Magdalena denegó la solicitud de amparo con considerar que la entidad territorial no agotó todos los mecanismos de defensa judicial.

Finalmente, argumentó que como consecuencia de la sentencia de 30 de marzo de 2012 que reconoció y ordenó el pago del 100% de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Miladys Salcedo Chico a esta se le pago el retroactivo pensional y actualmente percibe la mesada, de manera que si se confirma el fallo de tutela de 6 de mayo de 2015, que amparó los derechos fundamentales de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson, *“... la alcaldía de Santa Marta se vería incurso en un detrimento patrimonial y en un pago doble sobre un mismo derecho, y es por ello que el Tribunal Administrativo debió observar el perjuicio que se le puede causar a la administración distrital por el alcance dado a las pretensiones de la accionante”*¹⁹.

1.9.3. Miladys Esther Salcedo Chico

Con escrito de 25 de mayo de 2015²⁰ presentó impugnación frente a la decisión de primera instancia.

Para comenzar, indicó ser afectada por la decisión del juez de tutela quien no tuvo en cuenta que ella también es un sujeto de especial protección por su avanzada edad (68 años) y delicado estado de salud.

Agregó que la sentencia de tutela desconoció por completo el precedente establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-590 de 2005 sobre los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, toda vez la señora Teresa Borrás de Johnson, a pesar de haber sido

¹⁸ Folio 366 del expediente.

¹⁹ Folio 371 del expediente.

²⁰ Folios 411 a 420 del expediente.

debidamente notificada, no se presentó al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho para ejercer los mecanismos de defensa judicial (subsidiariedad) y solo tres años después pretende alegar la vulneración de sus derechos fundamentales (inmediatez).

Asimismo, argumentó que no es aceptable que la peticionaria haga valer su condición de sujeto de especial protección para reclamar extemporáneamente la protección de sus derechos, aún cuando esa misma situación no le impidió actuar en el proceso ordinario laboral radicado con el número 2009-00283 adelantada ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta en contra del ISS, en el marco del cual se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobreviviente del señor Carlos Arturo Johnson Castro.

Expuso que la sentencia de tutela desconoció por completo las pruebas allegadas al proceso de las cuales se logró establecer con certeza que “... **NO EXISTIÓ convivencia simultánea**, toda vez que [su] compañero Carlos Arturo Johnson Castro (Q.E.P.D.), estuvo postrado en una cama bajo [sus] cuidados los últimos años de vida, tiempo en el que fue abandonado por sus hijos y esposa y [ella] como compañera permanente y [sus] hijos, fu[eron] quienes lo cuida[ron] hasta el día de su muerte (...); pruebas que no fueron impugnadas ni tachadas de falsedad, de las que no demostró convivencia simultánea sino la convivencia única y singular con [ella] en calidad de compañera permanente [por más de 29 años]”

Adicionalmente apuntó que el problema jurídico suscitado en el caso sub examine no puede resolverse conforme a la normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, pues el causante falleció el 5 de abril de 1994, cuando la norma ya estaba vigente. Y que en todo caso, aplicando la Leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y el Decreto 1160 de 1989, se tiene que el cónyuge pierde su derecho a la sustitución pensional “cuando al momento de la muerte el causante no hiciera vida común con él”.

1.9.4. Trámite en segunda instancia

1.9.4.1. Requerimiento de información

Mediante llamada telefónica efectuada por el Despacho Ponente, el 21 de julio de 2015, se requirió al apoderado de la peticionaria con el fin de solicitarle que allegara por escrito un informe en el que justificara las razones por las cuales la señora Borrás de Johnson, a pesar de haber sido vinculada al proceso de nulidad

y restablecimiento del derecho radicado con el número 47001-33-31-005-2010-00476-00, no se hizo parte de este para ejercer su derecho de defensa.

Asimismo, se le requirió para que allegara la historia clínica en la que pudiera evidenciarse el estado de salud de la peticionaria para la fecha en la que fue vinculada al proceso ordinario en comento y una copia del desprendible de pago de la pensión que le es consignada por parte de Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, se allegó la documentación requerida el 24 de julio de los corrientes (folios 431 a 478, 493 y 1 CD anexo).

Por el mismo medio, se requirió a la abogada del Distrito de Santa Marta para que certificara el monto que por concepto de pensión de sobrevivientes devenga la señora Miladys Esther Salcedo Chico. Solicitud contestada vía correo electrónico el 20 de agosto de 2015 (folio 494).

1.9.4.2. Auto de vinculación

Con auto de 6 de agosto de 2015, el Magistrado Ponente de la presente providencia evidenció la existencia de una nulidad de carácter saneable del proceso, debido a que no se vinculó al trámite de la tutela en primera instancia al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta y a COLPENSIONES, por tener interés directo en sus resultados.

Esto teniendo en cuenta que la señora: (i) Teresa del Carmen Borrás de Johnson actualmente es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en su calidad de cónyuge supérstite del señor Carlos Johnson Castro, reconocida y pagada por COLPENSIONES, como consecuencia de la orden impartida mediante sentencia de 28 de enero de 2011 proferida por Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta dentro del proceso ordinario radicado con el número 2009-00444 y; (ii) Miladys Esther Salcedo Chico es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en su calidad de compañera permanente del señor Carlos Johnson Castro, reconocida y pagada por el DISTRITO DE SANTA MARTA, ello, como consecuencia de la decisión adoptada en la sentencia de 30 de marzo de 2012 por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado número 2010-00476 (providencia contra la cual se dirige el recurso de amparo constitucional de la referencia).

Efectuadas las correspondientes notificaciones, los vinculados guardaron silencio, por lo que la nulidad se entiende saneada. El expediente regresó al Despacho para fallo el 21 de agosto de la presente anualidad.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las impugnaciones presentadas contra la sentencia de primera instancia, proferida el 6 de mayo de 2015, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.1. Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si procede confirmar, modificar o revocar la providencia de 6 de mayo de 2015, emanada Tribunal Administrativo del Magdalena, en el curso de la acción de tutela instaurada contra el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta, autoridad judicial que conoció del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho número 47001-33-31-005-2010-00476 adelantado por la señora Miladys Esther Salcedo Chico en contra del Distrito de Santa Marta; pues a juicio de la peticionaria la mencionada providencia vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la salud y a la protección especial por ser una persona de la tercera edad.

Para resolver la cuestión planteada la Sala: **(i)** recordará el criterio de la Sección Quinta sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** estudiará los requisitos de procedibilidad adjetiva y finalmente; **(iii)** efectuará un estudio referido a los argumentos expuestos en el escrito de impugnación de cara a los derechos alegados como vulnerados en el caso concreto.

2.2. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente²¹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado

²¹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012²² **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema²³.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁴.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”²⁵ (Negrilla fuera de texto)*

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

²² Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

²³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

²⁴ Se dijo en la mencionada sentencia: **“DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

²⁵ Ídem.

Sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia²⁶ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuales dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo - improcedencia sustantiva- y cuales impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

En ese orden, primero se verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.4.1. Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que **no se trata de una tutela contra decisión de tutela**, pues la providencia que se censura fue proferida por el

²⁶ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta en Descongestión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicada con el número 47001-33-31-005-2010-00476-00 promovida por la señora Miladys Esther Salcedo Chico en contra del Distrito de Santa Marta.

2.4.2. Frente al **requisito de inmediatez** se ha insistido en que la acción de tutela debe incoarse en un plazo razonable²⁷, el cual debe ser ponderado por el juez en cada caso, pues de lo contrario se burlaría el alcance jurídico establecido por el Constituyente y se desvirtuaría su finalidad de medio de protección actual, inmediato y efectivo²⁸.

Por ello, en cada caso concreto debe analizarse si median razones suficientes que justifiquen el retardo, como para omitir su consideración y entrar al fondo del debate jurídico planteado.

En relación con aquellas circunstancias que justifican el retardo para promover la acción de tutela en un término razonable, la Corte Constitucional en la sentencia T - 256 de 2015, cuya tesis es acogida por esta Sala, indicó que la acción de tutela será procedente *“cuando fuere promovida en un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual²⁹”*.

Frente a la presente petición de amparo, observa la Sala que la providencia atacada es de 30 de marzo de 2012³⁰, fue notificada por edicto fijado entre el 11 y el 13 de abril del mismo año, quedando ejecutoriada el día 19 del mismo mes y año y, el libelo constitucional se presentó 17 de abril de 2015, esto es transcurrido un término de casi tres años después de haber sido notificada la providencia cuestionada.

No obstante lo anterior, en el caso *sub examine* se tiene como cierto que la señora Teresa Borrás de Johnson cuenta con 86 años de edad, lo que la hace un sujeto

²⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, Rad. 11001-03-15-000-2008-01018-01(AC), Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-290 de 14 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁹ Ver sentencias T-1229 de 2000, T-684 de 2003, T-016 de 2006 y T-1044 de 2007, T- 1110 de 2005, T-158 de 2006, T-166 de 2010, T-502 de 2010, T-574 de 2010, T-576 de 2010.

³⁰ Folio 243 del expediente.

de especial protección constitucional y, además se evidencia que la vulneración de sus derechos fundamentales, derivada de la sentencia acusada, es permanente, pues aún cuando la providencia fue proferida hace más de tres años su situación desfavorable es continua y actual.

2.4.3. Por otra parte, en relación con el cumplimiento del requisito de **subsidiariedad**, debe recordarse que de acuerdo con el inciso 3º del mencionado artículo 86 constitucional la tutela “...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 texto de la norma referida se evidencia que al existir otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

Por ello, la acción de tutela se configura como un mecanismo privilegiado de protección inmediata de los derechos fundamentales, lo que significa que reviste un carácter residual y subsidiario, esto es, que no se ha instituido para suplantar los procedimientos ordinarios ni para invadir la órbita de competencia de otras jurisdicciones.

De lo anterior se desprende, en armonía con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y el criterio fijado por la Corte Constitucional en sentencia T-837 de 2011³¹, que existen dos situaciones excepcionales en las que es procedente la acción de tutela a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial. “Una de ellas, consiste en que el medio o recurso existente no sea eficaz e idóneo y, la otra, radica en la invocación de la tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Así lo indicó el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia referida:

“En cuanto a la primera, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción. El medio debe ser idóneo, lo que significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho.

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso y establecerse (i) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-837 de 2011. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

acción de tutela; (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (iii) si la persona que solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional, y por lo tanto su situación requiere de particular consideración.

En cuanto a la segunda situación excepcional en la cual puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la Corte ha señalado que corresponde a quien solicita el amparo mostrar por qué la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado.

Al respecto, la Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, pueda demostrarse que: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que ‘su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas’, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Se requiere de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño es inevitable.

Sólo cuando concurren los mencionados elementos, es manifiesta la necesidad de considerar la acción de tutela como un mecanismo transitorio, desplazando el medio ordinario de defensa”

Bajo los parámetros descritos en precedencia se analizará el caso concreto.

Para comenzar, esta Sala encuentra que la señora Teres Borrás de Johnson contó con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para atacar la sentencia de 30 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta, esto es, pudo hacerse parte del proceso al que fue efectivamente vinculada y así ejercer su derecho de defensa, contestando la demanda, aportando pruebas y contradiciendo las aportadas por la señora Miladys Esther Salcedo Chico e impugnando la sentencia de primera instancia desfavorable a sus intereses.

Pues bien, como se mencionó, en ciertos casos excepcionalísimos la acción de tutela es procedente aún cuando el peticionario no haya ejercido los mecanismos ordinarios de defensa judicial, siempre y cuando se justifiquen las razones por las cuales no fueron promovidos.

En el caso *sub examine*, de los documentos allegados al proceso por el apoderado de la tutelante en respuesta al requerimiento de 21 de julio de 2015, se desprende que las razones por las cuales la peticionaria no se pronunció en manera alguna dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho consistieron en que al recibir la notificación personal de la admisión de la demanda

de nulidad y restablecimiento, la suscribió sin advertir *“por su edad las consecuencias de sus actos”* la guardó y solo hasta que su sobrina quien cobraba su pensión advirtió que no le consignaron la pensión, sus hijos acudieron en la búsqueda de abogados quienes le manifestaron que su caso estaba perdido.

Asimismo, indicó que *“mantiene una condición mental buena con respecto a su edad, [pero que] su gran problema o mal de salud siempre ha tenido que ver con su movilidad, (...) a medida que le van pasando los años ha debido permanecer más tiempo en la cama, (...) lo que ha traído como consecuencia el desarrollo de un estado de ansiedad por lo cual está siendo atendida a través de psiquiatra para poder responder a ese cuadro clínico de gritos y desesperos (...). [Además] puede corroborarse a través del video la forma como se expresa la señora Teresa Borrás de Johnson, propio de los sedantes que se le aplica para controlar su salud en donde la mayor parte de su vida permanece dormida por efecto de los medicamentos COQUAM y SERTRALINA, así como también los medicamentos para la presión LOSARTAN de 50mg y AMLODIPINO, de 5 miligramos (...)”*³².

La Constitución Política como característica propia de un Estado Social de Derecho, en el que el respeto de la dignidad humana, el goce de las libertades y los derechos fundamentales de las personas, así como la igualdad ante la ley, son elementos fundamentales para una sociedad democrática y moderna.

Así mismo, la cercanía del principio de solidaridad con el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución, exige la adopción de medidas positivas en favor de aquellos grupos sociales discriminados o marginados, respecto de quienes la protección especial es un derecho y un elemento esencial del concepto de igualdad real, que procura romper con esa desigualdad natural que por razones de la condición económica, física, sensorial o psíquica, se encuentran en total desigualdad, haciendo especial mención a las personas discapacitadas.

Frente al punto, recuerda la Sala que de acuerdo con el mandato de igualdad real frente a las personas de la tercera edad, se generan una serie de obligaciones para la administración de justicia. Por un lado, la relativa a que *“los funcionarios judiciales deben abstenerse de incurrir en cualquier práctica que conduzca a discriminar a esta población”*³³. Y de otra parte, la que impone *“a las autoridades judiciales deben adoptar medidas positivas encaminadas a garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de los cuales son titulares las personas de la tercera edad”*.

³² Folios 432 y 433 del expediente.

³³ Sentencia T-577 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En consonancia con lo anterior, la Sala estima que en “*este evento el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado*” debido a que esta clase de controversias deben resolverse de forma que se garanticen los derechos fundamentales de los sujetos que por pertenecer a un sector en condición de indefensión de la población merecen una especial protección, como sucede con las personas de la tercera edad, estatus que ostentan tanto la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson como Miladys Salcedo Chico, respectivamente, esposa y compañera permanente del causante.

De esta manera, aun cuando la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson haya fungido como demandante del proceso adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta No. 2009-00444, ello no desvirtúa el hecho de que al recibir la notificación de la iniciación del contencioso administrativo conocido por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta, debido a su avanzada edad y condiciones de salud haya desatendido a la importancia de la notificación personal.

En la línea de las consideraciones plasmadas, encuentra la Sala que en el presente asunto, puede tenerse como cumplida la excepción al requisito general de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela, por lo que abordará el estudio de fondo del problema jurídico que la demanda plantea.

2.4.3. Finalmente, cabe destacar que los argumentos presentados por la parte actora, no se ajustan a las causales taxativas contempladas en el ordenamiento jurídico para acudir al recurso extraordinario de revisión y tampoco resulta procedente el de unificación de jurisprudencia por no haberse invocado como desconocida una sentencia de esta naturaleza de conformidad con lo establecido por el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva, en especial el de la inmediatez, el cual fue el motivo de la impugnación, concierne a la Sala abordar el estudio del asunto planteado de fondo.

2.5. Análisis sobre los argumentos expuestos en los escritos de impugnación de cara a los derechos alegados como vulnerados en el caso concreto

2.5.1. En el *sub examine*, el apoderado de la peticionaria asegura que el Juzgado Segundo Administrativo de Santa Marta en Descongestión, al

proferir la sentencia de 30 de marzo de 2012 por medio de la cual se decretó la nulidad de la Resolución No. 345 de 2008 que había ordenado acrecer su pensión de sobreviviente a un 100% y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Distrito de Santa Marta reconocer y pagar a la señora Miladys Esther Salcedo Chico, en calidad de compañera permanente, la pensión del señor Carlos Arturo Johnson Castro; vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la salud y a la protección especial por ser una persona de la tercera edad.

2.5.2. El Tribunal Administrativo del Magdalena, juez *a quo* de tutela, en sentencia de 6 de mayo de 2015, amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la peticionaria, en consecuencia dejó sin efectos la sentencia acusada y le ordenó a la autoridad judicial expedir una decisión de reemplazo.

Para el efecto, indicó que el recurso de amparo constitucional sobrepasaba los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial de inmediatez y subsidiaridad dada la avanzada edad de la actora y la actualidad del daño que se le produjo con la decisión judicial.

Luego, al adentrarse al estudio de fondo del caso, encontró que en aplicación de las Leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y el Decreto 1160 de 1989 debía concluirse que si bien en el proceso la compañera permanente acreditó su convivencia con el causante no se logró probar que no hubiese convivencia simultánea con la esposa.

Finalmente, aseguró que al despojar a la peticionaria de la pensión pagada por el Distrito de Santa Marta, se le desprotegió económicamente pues aquella dependía económicamente del causante y no cuenta con la capacidad física para subsistir por medio propios.

2.5.3. Para los impugnantes el recurso de amparo constitucional no sobrepasó los requisitos de inmediatez ni de subsidiariedad, solo por el hecho de que la peticionaria es sujeto de especial protección, pues tal calidad no le impedía asumir su representación y defensa en el proceso.

Lo anterior, máxime cuando la señora Teresa Borrás de Johnson actuó como demandante en el proceso laboral ordinario radicado con el número 2010-00476 adelantado ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, como

consecuencia del cual, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de sobreviviente, a cargo del ISS hoy Colpensiones.

Además, aseguraron los recurrentes que el juez *a quo* de tutela se equivocó al concluir que la accionante no tiene otro sustento económico a pesar de que estaba acreditado que recibe la pensión pagada por Colpensiones, razón por la cual no podía indicarse que la peticionaria no pudiera subsistir por sus propios medios.

Indicaron que el Tribunal Administrativo del Magdalena erró al aplicar al caso las Leyes 12 de 1975, 113 de 1985 y el Decreto 1160 de 1989, normatividad anterior y derogada por la Ley 100 de 1993, a pesar de que el fallecimiento del causante se dio el 5 de abril de 1994, fecha para la cual la mencionada norma ya estaba en vigente.

Finalmente, apuntaron que con la decisión de tutela se desconoció por completo el material probatorio allegado al proceso ordinario, del cual se lograba establecer con meridiana claridad que en el caso no existió una convivencia simultánea del causante con su esposa y su compañera permanente, sino una convivencia única y singular con la última.

2.5.4. Corresponde a la Sala analizar los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, que en su mayoría reiteran los presentados en la contestación al recurso de amparo, de cara a los derechos fundamentales que se afirman vulnerados.

Por tal razón, habrá de establecerse si fue acertada la decisión adoptada por el juez *a quo* de tutela, consistente en amparar el derecho fundamental a la seguridad social de la peticionaria.

2.5.5. Para la Sección Quinta, la decisión de primera instancia debe modificarse por las razones que pasan a explicarse:

2.5.5.1. Sea lo primero recordar que, contrario a lo que afirman los impugnantes, en el *sub lite* los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial fueron superados, como se indicó en los acápites 2.4.2. y 2.4.3., por ello, procede el estudio de fondo del asunto.

2.5.5.2. En relación con el argumento según el cual la intervención del juez constitucional está vedada porque la pensión que se le dejó de pagar en cumplimiento de la orden de la autoridad judicial acusada no era el único ingreso

económico de la peticionaria, encuentra la Sala que tal razonamiento no es de recibo, pues sería tanto como asegurar que solo si la peticionaria se encontrara en un caso de pobreza extrema el juez podría analizar si con la providencia judicial acusada se vulneraron los derechos fundamentales que se invocaron como transgredidos en la solicitud de amparo.

2.5.5.3. Establecido anterior, se hace evidente para la Sección de los documentos allegados al proceso que:

- La señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson actualmente es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en su calidad de cónyuge supérstite del señor Carlos Johnson Castro, reconocida y pagada por COLPENSIONES, como consecuencia de la orden impartida mediante sentencia de 28 de enero de 2011 proferida por Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta dentro del proceso ordinario radicado con el número 2009-00444, por concepto de la cual devenga \$644.350 pesos.
- La señora Miladys Esther Salcedo Chico es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en su calidad de compañera permanente del señor Carlos Johnson Castro, reconocida y pagada por el DISTRITO DE SANTA MARTA, ello, como consecuencia de la decisión adoptada en la sentencia de 30 de marzo de 2012 por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado número 2010-00476, por concepto de la cual recibe una mesada pensional que asciende a \$1.846.357 pesos.

De esta manera, resulta claro que en los procesos laboral (No. 2009-0444) y contencioso administrativo (No. 2010-00476) los jueces ordinarios de conocimiento establecieron, sin participación de la compañera permanente o de la cónyuge según el caso, el derecho que a las señoras Teresa del Carmen Borrás de Johnson y Miladys Esther Salcedo Chico les asistía para ser beneficiarias de la pensión del señor Carlos Arturo Johnson Castro.

Es así como al proceso ordinario laboral, decidido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, no fue vinculada la señora Miladys Esther Salcedo Chico. Y en el contencioso administrativo, resuelto por el Juzgado Segundo Administrativo en Descongestión de Santa Marta, a pesar de haber sido vinculada la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson, no participó por razones excusables en atención a su estado de salud y avanzada edad.

Es por ello, que ninguna de ellas tuvo la oportunidad de acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 y el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional³⁴ en el proceso del que no se hizo parte.

En este punto, resulta cardinal mencionar que tanto la esposa del causante como su compañera permanente, son sujetos de especial de protección, a quienes les asiste un principio de protección reforzada, se exige un mayor cuidado por parte de los jueces a quienes corresponda conocer de los procesos en los estos sean parte, en especial, cuando se cuestiona el reconocimiento de un derecho de contenido prestacional o su acceso a servicios de seguridad social integral³⁵.

Se recuerda el **papel que cumple el juez en Estado Social de Derecho**, en el que, en los términos de la Corte Constitucional *“ha dejado de ser el frío funcionario judicial que aplica irreflexivamente la ley, convirtiéndose en el funcionario –sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como **servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales**. El juez que reclama el pueblo a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos a su vez constituyen el ideal de la justicia material”*³⁶.

Así, de los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política y del desarrollo que de ellos ha efectuado la doctrina constitucional, se desprende que el derecho a una **tutela judicial efectiva**, implica de una parte, que cuando el *“ciudadano acude a la jurisdicción (...), encuentre una respuesta rápida y efectiva a su pretensión de protección de sus derechos y garantías”*³⁷, y de otro lado, *“la obligación correlativa de las autoridades judiciales de promover e impulsar todas las condiciones que sean necesarias para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo, con lo cual se deben descartar las actuaciones nominales que no logren tal finalidad. Se entiende por lo tanto que el derecho extraído por la Corte involucra la necesidad de que los jueces deriven en sus providencias la dimensión pro actione, lo que representa un avance significativo en la protección de los derechos de las personas”*.

En este sentido, la Sala siguiendo la interpretación sistemática de los artículos 13,

³⁴ Entre otras pueden consultarse las sentencias de: (i) 31 de enero de 2008, expediente No. 0437-00, M. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; (ii) 20 de septiembre de 2007, M. P. Dr. Jesús María Lemos, Actor: María Lilia Alvear Castillo, Exp. No. 2410-04; (iii) 20 de agosto de 2009, M. P., Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Exp. No. 3564-2000, Actora: Piedad Victoria Trejos Toro

³⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-732 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU-768 de 2014. Magistrado Ponente. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁷ Corte Constitucional C-796 de 2006. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

42 y 48 de la Constitución Política y de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado³⁸ y de la Corte Constitucional³⁹, considera que el cónyuge y la compañera (a) permanente tendrán derecho a compartir la pensión, siempre que acrediten el lleno de los requisitos establecidos por el legislador para el efecto.

Esos requisitos tienen sustento en el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, factores estos que analizados en conjunto legitiman el derecho reclamado, y cuya finalidad es ofrecer una protección a los allegados al afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.

Por tanto, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, corresponderá al juez competente, decidir a quién le asiste el derecho.

En aplicación de lo anterior, resulta claro para la Sección que tanto el cónyuge supérstite en este caso, como la compañera permanente, en procesos separados, demostraron tener el derecho a ser beneficiarias de las pensiones de las que era titular el señor Carlos Arturo Johnson Castro⁴⁰, una reconocida por Colpensiones y la otra por el Distrito de Santa Marta.

En cada uno de esos procesos, lo lógico era que participaran las personas que se creyeran con derechos a ser beneficiarios de la pensión. Sin embargo, por una u otra razón no se dio la participación bien de la cónyuge o de la compañera permanente, lo que generó que un proceso se le reconociera el derecho a la primera, y en el otro a la segunda.

En cada uno de ellos, según lo afirmado por los funcionarios judiciales de conocimiento, se demostraron los requisitos para el reconocimiento del derecho reclamado.

Teniendo en cuenta esa especial situación, considera la Sección que carecería de sentido ordenar rehacer los dos procesos para que en cada uno de ellos participen, en iguales condiciones, compañera y cónyuge para que prueben tener el derecho a ser beneficiarias de las pensiones de su esposo y compañera, pues,

³⁸ Entre otras pueden consultarse las sentencias de: (i) 31 de enero de 2008, expediente No. 0437-00, M. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón; (ii) 20 de septiembre de 2007, M. P. Dr. Jesús María Lemos, Actor: María Lilia Alvear Castillo, Exp. No. 2410-04; (iii) 20 de agosto de 2009, M. P., Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, Exp. No. 3564-2000, Actora: Piedad Victoria Trejos Toro

³⁹ Sentencia C-1035 de 2008, en la que la Corte Constitucional declaró exequible el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993

⁴⁰ Frente al punto, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe realizarse según la normativa vigente al momento de la muerte del causante, pues solo hasta esa fecha se causa el derecho a la sustitución pensional, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido

se repite, según se desprende de los documentos allegados al proceso de tutela que, aunque de forma separada o en el trámite de acciones independientes, demostraron los requisitos para ser acreedoras del derecho en discusión.

Razón por la cual, ante la certeza en relación con el derecho que tienen a la pensión de sobrevivientes tanto Teresa del Carmen Borrás de Johnson, en su calidad de cónyuge, como la señora Miladys Esther Salcedo Chico, como compañera permanente del mismo, y, atendiendo a la calidad de sujetos de especial protección de ambas, resulta innecesario como desproporcionado exigirles que acudan nuevamente a la jurisdicción para reclamar el reconocimiento y pago de manera proporcional de cada una de las pensiones en cuestión.

Se ordenará, entonces, a Colpensiones y al Distrito de Santa Marta, con carácter definitivo y con efectos a partir de la presente providencia, que, a partir de la notificación de esta sentencia, reconozcan y paguen las mesadas pensionales a su cargo en la siguiente proporción: el 50% de la pensión a la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson y el 50% restante a la señora Miladys Esther Salcedo Chico.

Así las cosas, esta Sala modificará la sentencia proferida por el juez a quo de tutela el 6 de mayo de 2015 que amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales de las señoras Teresa del Carmen Borrás de Johnson y Miladys Esther Salcedo Chico al mínimo vital y a la seguridad social, por las razones y los efectos indicados en precedencia.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 6 de mayo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena que amparó el derecho fundamental a la seguridad social de la peticionaria para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales de las señoras Teresa del Carmen Borrás de Johnson y Miladys Esther Salcedo Chico al mínimo vital y a la seguridad social, por las razones y los efectos indicados en la parte motiva.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** a Colpensiones y al Distrito de Santa Marta, que una vez notificada esta providencia, reconozcan y paguen las mesadas pensionales a su cargo en la siguiente proporción: el 50% de pensión a la señora Teresa del Carmen Borrás de Johnson y el 50% restante a la señora Miladys Esther Salcedo Chico.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes y a los terceros con interés en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, inciso 2° del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La presente decisión se discutió y aprobó en sesión de la fecha.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero

BERTHA LUCÍA GONZÁLEZ ZÚÑIGA

Conjuez

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Conjuez