

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "D"**

Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Expediente:	25269-33-33-001-2015-00603-01
Demandante:	Sofía Narcisa Bohórquez Zambrano
Demandado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar presentada por la parte demandante, consistente en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

ANTECEDENTES

Sofía Narcisa Bohórquez Zambrano, mediante apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad del acto ficto producto del silencio de la administración respecto de la petición del 2 de octubre de 2013, encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y la nulidad del acto administrativo denominado Auto ADP 015411 del 27 de noviembre de 2013, mediante el cual la demandada se abstuvo de dar respuesta a la petición antes referida.

A título de restablecimiento del derecho, solicita, entre otras cosas, que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor Ariulfo Valbuena, a partir del 25 de julio de 2013.

Mediante sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, siendo el ordinal cuarto de su parte resolutoria del siguiente tenor:

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a RECONOCER Y PAGAR a la señora Sofía Narcisa Bohórquez Zambrano, identificada con cédula de ciudadanía n.º 20.331.575 de Bogotá, en su condición de compañera permanente supérstite del señor Ariulfo Valbuena, la pensión de sobrevivientes, a **partir del 25 de julio de 2013.** (Negrilla original)

Mediante auto dictado en la audiencia de conciliación celebrada el día 12 de diciembre de 2018, se concedió el recurso de apelación presentado por la entidad demandada contra la sentencia de primera instancia (Fls. 170 a 171).

Por auto del treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación presentado por la entidad demandada contra la sentencia de primera instancia (Fl. 184), y por auto del 11 de febrero de la presente anualidad se dispuso el traslado de la solicitud de medida cautelar (Fl. 218), sin que la entidad demandada realizara pronunciamiento alguno al respecto.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La parte demandante, mediante memorial visible en los folios 186 a 188 del plenario, solicita se decrete la medida cautelar de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en virtud a que mediante sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá, accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a Sofía Narcisa Bohórquez.

Señala la actora que es un adulto mayor con 76 años de edad, que no cuenta con medios económicos para procurarse su congrua subsistencia, además de padecer "artrosis, enfermedad coronaria, hipertensión arterial, diabetes mellitus, depresión".

Manifiesta igualmente, que «Es evidente que en el presente asunto procede de manera excepcional el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a mi mandante como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable en su persona, pues si bien existe un mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de mi poderdante como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el mismo no es eficaz, pues dada la congestión judicial es probable que el despacho se demoró (sic) 2 años para resolver el recurso, aunado a la tardanza en la expedición del acto administrativo del cual se pudiera demorarse 1 año, hacen poco probable el disfrute del derecho pensional.».

CONSIDERACIONES

Los artículos 229 al 241 del capítulo XI, del título V, de la segunda parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regulan, entre otros aspectos, lo concerniente a la procedencia, contenido, alcance y requisitos de las medidas cautelares, siendo los artículos 230, 231 y 233, aplicables al presente caso, del siguiente tenor:

ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

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

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

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

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

Expediente 2015-00603

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

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

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

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

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

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

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

Las medida cautelares son instrumentos que buscan la efectividad material de la sentencia. Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia C-834/13, señaló que: *«Las medidas cautelares, son aquellos mecanismos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la Ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido».*

En el *sub examine* se esta solicitando como medida cautelar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante, luego para la procedencia de la misma debe cumplirse con los requisitos previstos en la segunda parte del artículo 231 del C.P.A.C.A., referidos a: **(i)** que la demanda se encuentra razonadamente fundada en derecho; **(ii)** que quien la solicita sea titular del derecho invocado, así sea de manera sumaria; **(iii)** que resultaría más gravoso al interés público no decretar la medida cautelar; y **(iv)** que de no

decretarse se causaría un perjuicio irremediable o los efectos de la sentencia sean nugatorios.

En ese orden, en primer lugar se tiene que en efecto la demanda se encuentra **razonadamente fundada en derecho**, pues en dicho escrito se citan las normas y la jurisprudencia relacionada con las pretensiones de la demanda, tal como precisamente se estableció en la sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (20018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Facativá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (Fls. 147 a 158 anverso).

En segundo lugar, es claro que la demandante Sofía Narcisa Bohórquez Zambrano, **es titular del derecho reclamado, al menos sumariamente**, pues se acreditó que fue compañera permanente del causante y convivió con él por más de 5 años anteriores a la fecha de su fallecimiento, además de la dependencia económica, de lo cual dan cuenta las pruebas documentales y testimoniales. Sumado a ello, es posible concluir, con cierto grado de certeza, que la titularidad del derecho en cuestión esta probada, en atención a que las pretensiones fueron concedidas en primera instancia.

Ahora, frente al tercer requisito, esto es, **que resulte más gravoso para el interés público no decretar la medida cautelar**, el H. Consejo de Estado¹, en un caso de contornos similares, en providencia mediante la cual decretó la medida cautelar de reconocimiento y pago transitorio de una pensión de sobrevivientes, señaló:

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

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

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

Si se reconoce de forma transitoria una pensión de sobreviviente a favor de la señora LILIA BAENA DE DUQUE ello implica una erogación para el tesoro público, que eventualmente podría significar el desbalance del mismo; mientras que si se resuelve negar la medida, no existirá afectación

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", auto del veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), expediente No. 76001-23-33-000-2013-00543-01, Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández

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

Expediente 2015-00603

alguna a las finanzas públicas que componen el sistema prestacional del Magisterio con la consecuencia de desconocer y/o vulnerarlos derechos fundamentales de la demandante.

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

3.3.1. La ley de la ponderación.

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

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

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

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

3.3.1.2. Peso en abstracto: Este valor se calcula a partir de la importancia de los valores imperantes en la sociedad, por lo tanto³:

a. De los derechos que invoca la demandante como afectados: A esta variable se le asigna el valor de cuatro (4), dado que los derechos que pretende la demandante le sean protegidos (seguridad social, vida digna y mínimo vital), a la luz de los postulados constitucionales de la Carta Política de 1991 (v. gr, el Estado social y democrático de Derecho, el principio constitucional de primacía de los derechos fundamentales y la aplicación inmediata de los mismos, entre otros) y la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho de los mismos⁴, pueden catalogarse como garantías *iusfundamentales*.

b. Del principio de sostenibilidad fiscal: El valor que se le asigna a esta variable es de uno (1), ya que por expreso mandato constitucional se estableció que «[...] bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva»⁵. Se tiene entonces que la respectiva apreciación sobre contraposición de este principio frente a los derechos fundamentales (a partir de los valores imperantes en la

³ Esta variable se determina, al igual que con la del peso en concreto, a través de una escala triádica donde cuatro (4) es intenso, dos (2) es medio y uno (1) es leve.
⁴ Sobre el tema: Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, Magistrado ponente doctor CIRO ANGARITA BARÓN.
⁵ Constitución Política. Artículo 334, parágrafo 8

sociedad) fue zanjada previamente por el constituyente derivado al instaurarla precitada prohibición.

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

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

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

3.3.2. La fórmula del peso.

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

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

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

Donde:

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

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

De los derechos fundamentales que invoca la demandante como afectados: PT (seguridad social, vida digna y mínimo vital)= "(...)"

b. Del principio de sostenibilidad fiscal:

$$PT(\text{sostenibilidad fiscal}) = \frac{1}{4} \times \frac{1}{4} \times \frac{1}{2} = \frac{1}{8}$$

Por ende,

$$8 > \frac{1}{8}$$

PT(derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida digna) > PT (principio de sostenibilidad fiscal)

Bajo este contexto, si se compara el peso total de los intereses en conflicto se advierte que los derechos fundamentales invocados por la demandante tienen un peso mayor que el del principio de sostenibilidad fiscal, y por consiguiente, (i) los primeros se sobreponen al segundo, y (ii) el ámbito de aplicación del principio de sostenibilidad fiscal habrá de contraerse para facilitar el cumplimiento y satisfacción de aquellas

Expediente 2015-00603

garantías *iusfundamentates* invocadas. En consecuencia resulta más gravoso al interés público no decretar la medida solicitada, pues una decisión en tal sentido no solo contrariaría la Constitución, sino que también serviría de aval para el desconocimiento de derechos fundamentales en razones como la protección del tesoro público⁶. (Negrillas y subrayas originales)

De conformidad con lo anterior, para el Despacho es claro que la demandante Sofía Narcisca Bohórquez Zambrano, es una persona de la tercera edad, por cuanto actualmente tiene 77 años de edad, siendo en consecuencia sujeta a especial protección en los términos de la Constitución Política, circunstancia que tiene mayor relevancia o peso sobre el principio de sostenibilidad fiscal, en los mismos términos que señaló el H. Consejo de Estado, en la providencia que se viene citando.

En efecto, el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)⁷, respecto a la especial protección de las personas de la tercera edad, señaló:

Dichos mecanismos estatales se consolidan en relación con las personas que debido a su condición física, psicológica o social particular, merecen una acción positiva por parte del Estado, para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Es por ello, que han sido consideradas por parte del Alto Tribunal Constitucional, como sujetos de especial protección constitucional, «[...] por ser individuos que, aunque formalmente tienen los mismos derechos y garantías que los demás miembros de la sociedad, para efectos prácticos, enfrentan situaciones concretas y materiales que, sin intervención positiva estatal, obstaculizarían el goce integral y pacífico de aquellos j...»⁸. En este sentido, ha sido clara la Corte Constitucional en señalar que la edad representa un factor de vulnerabilidad para dos grupos poblacionales: para los niños, niñas y adolescentes y para las personas de la tercera edad.

En el caso específico de las personas mayores, «[...] los cambios fisiológicos atados al paso del tiempo, pueden representar un obstáculo para el ejercicio y la agencia independiente de los derechos fundamentales, respecto de las condiciones en que lo hacen los demás miembros de la sociedad. De ningún modo ello significa que las personas de la tercera edad sean incapaces, sino que dadas sus condiciones particulares pueden llegara experimentar mayores cargas a la hora de ejercer, o reivindicar, sus derechos. La edad y los cambios que conlleva, siempre inevitables, pueden suponer ciertas dificultades o la adquisición de habilidades diferenciadas, que deben verse desde un enfoque particular⁹. [...]»

En efecto, en la Sentencia C-177 de 2016¹⁰, la Sala Plena de la Corte Constitucional recordó que, conforme a una vasta línea jurisprudencial, las personas de la tercera edad, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo, se consideran sujetos de especial protección constitucional cuando los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o cuando está presuntamente afectada su «subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, [...] o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario [...]».

⁶ Sobre este tema: Corte Constitucional. Sentencia T-403 de 1992, Magistrado ponente doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. «La opción por la primacía de los derechos fundamentales sobre las llamadas "razones de estado", históricamente esgrimidas por la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas, en aras de la defensa *in abstracto* de valores y nociones como "la moral", el "orden público", las "buenas costumbres" o el "interés general", llevó al constituyente de 1991 a postular derechos de aplicación Inmediata que no requieren de desarrollo legal para ser exigibles (CP art. 85). El libre ejercicio de derechos no condicionados a lo establecido por la ley (CP art. 18, 19, 20), así como la prohibición de que sean suspendidos los derechos humanos y las libertades fundamentales en estados de excepción (CP art. 214), se explican en el mismo principio de primacía de los derechos fundamentales.»

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), expediente No. 25000-23-42-000-2013-00618-01 (3232-17), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez

⁸ Sentencia T-719/03. Sentencia del 20 de agosto de 2003. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expediente T-722379.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Sentencia del 13 de abril de 2016. Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente D-10913.

Recalcó que no solo el Estado debe proveer un trato diferencial, sino que el principio de solidaridad impone incluso a los particulares esforzarse para apoyar a los adultos mayores, y lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellos.

Corolario, las personas de la tercera edad como sujetos de especial protección, deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Bajo dicha circunstancia, la Corte Constitucional ha entendido que la pensión de sobrevivientes se constituye en un derecho cuya connotación es fundamental, si de su reconocimiento depende que se materialicen las garantías de los beneficiarios que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, por razones de tipo económico, físico o mental.

Dilucidado lo anterior, se observa que las medidas citadas con antelación deben aplicarse en el presente caso, con el fin de efectivizar el derecho al acceso del sistema general de seguridad social, vida digna y mínimo vital de la cónyuge superviviente, teniendo en cuenta la especial condición de la señora María Mercedes Castro de Caro, pues se (sic) como se probó en el proceso, es sujeto de especial protección constitucional, dada su avanzada edad y el delicado estado de salud en el que se encuentra.

En ese orden, los derechos fundamentales de la demandante resultan más relevantes que el principio de sostenibilidad fiscal que rige al sistema de seguridad social, cuya afectación en el presente caso resultaría mínima o leve; por el contrario, **no acceder al derecho pensional traería como consecuencia una situación más gravosa para la señora Sofía Narcisca Bohórquez Zambrano, quien además de su avanzada edad, dependía económicamente del causante.**

Ahora bien, respecto al requisito según el cual de no decretarse la medida cautelar se **causaría un perjuicio irremediable o los efectos de la sentencia serían nugatorios**, debe señalarse que, de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, la sustitución pensional se considera un derecho fundamental si de su reconocimiento depende que se materialicen las garantías de los beneficiarios que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, por razones de tipo económico, físico o mental.

Así por ejemplo, en sentencia T-245/17, explicó:

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

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

Expediente 2015-00603

eficaces y la demora propia de estos procesos, pone en riesgo la salud y la dignidad de la accionante, bajo las circunstancias descritas, por lo que la tutela debe proceder como mecanismo principal de protección.

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

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

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

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

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

Así las cosas, en el *sub lite*, se tiene que la señora Sofía Narcisa Bohórquez Zambrano, es una persona de la tercera edad, que según se probó en primera instancia dependía económicamente del causante, por lo que no cuenta con recursos para su congrua subsistencia, padeciendo además diferentes enfermedades, por lo tanto, no reconocerle de manera transitoria la pensión de sobrevivientes se vulnerarían sus derechos fundamentales tales como la seguridad social, vida digna, salud, etc., y se causaría un perjuicio irremediable, dado que se estaría afectando su mínimo vital, lo cual acontecería con la disminución y/o merma de las condiciones de salud y vida de la demandante, sumado a la imposibilidad de establecer el término de duración del proceso en segunda instancia, dada la congestión judicial, por lo que se harían nugatorios sus efectos, porque de confirmarse la decisión impugnada, podría llegar tarde la pensión solicitada.

Finalmente, respecto a la caución que prevé el artículo 232 del C.P.A.C.A., el Despacho no la fijará, al compartir y hacer suyas las consideraciones realizadas

en el auto del 22 de agosto del 2017, del H. Consejo de Estado que se viene citando, que son del siguiente tenor:

Al respecto, se considera que a partir de los elementos tácticos de caso concreto, resulta desproporcionado exigir a la parte actora prestar caución, pues precisamente en la solicitud se ha manifestado, además de haberse aportado el material probatorio que sirviera de soporte, que la demandante carece de los recursos necesarios para tener y gozar de una calidad de vida plena. Por lo tanto, el despacho se abstendrá de dar aplicación a la regla contenida en el artículo citado y no fijará caución alguna en el caso concreto.

Lo anterior se ajusta a la lectura sistemática y teleológica del régimen cautelar asumido en el capítulo XI del título V de CP ACA, de suerte que la caución no resulta ser requisito sine qua non para el decreto de las medidas cautelares distintas a la suspensión del acto administrativo.

En efecto, una lectura diferente de la norma haría nugatoria y/o ilusoria la protección cautelar que se pretende por la demandante, pues «[l]a esencia de las medidas cautelares, es justamente la de evitar las frustraciones de los fallos judiciales de fondo, de modo que no resulten «desprovistos de eficacia», consolidando las situaciones que resulten contrarias al derecho según el propio fallo. [...] Este concepto resulta el decisivo. La medida cautelar es contenido inseparable del derecho de tutela judicial efectiva. El legislador no puede, en modo alguno, negarlo o impedirlo. A mayor abundamiento, los jueces tendrán que otorgarlas cuando de no hacerlo se pone en riesgo la efectividad del fallo final.

Dadas las anteriores circunstancias, y de conformidad con la providencia del veintidós (22) de agosto de dos mil diecisiete (2017), a la cual se hace alusión en párrafos anteriores, en la parte resolutive del presente proveído se decretará la medida cautelar solicitada y en consecuencia se ordenará a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social reconocer y pagar de forma transitoria una pensión de sobrevivientes a favor de la señora **Sofía Narcisca Bohórquez Zambrano**, en cuantía equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, con efectos fiscales a partir de la notificación de esta providencia, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva en el presente asunto.

Finalmente, se precisa que el presente auto es proferido por el Magistrado Ponente, en virtud a las normas especiales que regulan la materia, como son los artículos 229, 230, 232, 233, 234, 235 y 239 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como lo determinó el H. Consejo de Estado, que al respecto de la competencia para decidir una solicitud de medida cautelar señaló que: «Así las cosas, en punto de la definición del juez competente para resolver una solicitud de medida cautelar, resulta evidente que a pesar de las previsiones generales contenidas en el artículo 125 de la Ley 1437, están llamadas a prevalecer las disposiciones especiales que gobiernan el trámite y la resolución de tales medidas cautelares, normas que aunque se encuentran en una misma codificación además de ser especiales por razón de la materia también resultan posteriores, todo de conformidad con los dictados de los numerales 1 y 2 del artículo 5 de la Ley 57 de 1887 (...).»¹¹.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la medida cautelar solicitada por la parte demandante; en consecuencia se ordena a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión**

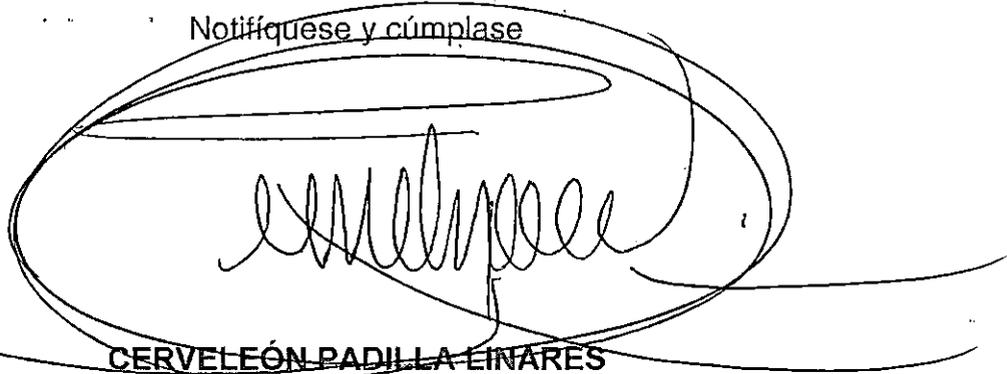
¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", auto del veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce (2014), expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694), Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Expediente 2015-00603

Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social que reconozca y pague de forma transitoria una pensión de sobrevivientes a favor de la señora **Sofía Narcisa Bohórquez Zambrano**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.331.575 de Bogotá, en cuantía equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, a partir de la fecha de notificación de este auto, hasta cuando se dicte la sentencia definitiva en el presente asunto.

SEGUNDO: ABSTENERSE de fijar caución, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase



CERVELEÓN PADILLA EINARES
Magistrado

CPL/acr



República de Colombia
Rama Judicial del Poder público
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Sección Segunda - Subsección D

NOTIFICACIÓN POR ESTADO No. 155

El auto anterior se notifica a las partes por ESTADO

De **07 SEP 2019**

El Secretario