El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-001-2017-00226-01

**Referencia:** Acción de Tutela

**Accionante:** Clinton David Aguirre Mesa

**Agente Oficioso:** Sandra Milena Mesa Benítez

**Accionado:** Administración Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Vinculada:** Lucy Janeth García García

**Providencia**: Sentencia de segunda instancia

**TEMA A TRATAR: SUBSIDIARIEDAD SE SATISFACE AL SER MENOR DE EDAD/PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES –REVOCA ORDEN DE PAGAR RETROACTIVO -** La Jueza de instancia concedió la acción de tutela en favor del menor y ordenó a Colpensiones que en el término de un mes proceda a modificar la Resolución No. GNR 34119 de 01-02-2016 para reconocer la sustitución pensional y su inclusión en nómina de Clinton David e inicie el pago de las mesadas pensionales en el 50% de la sustitución pensional y a la vinculada Lucy Janeth García García en el otro 50%; asimismo que Colpensiones reconozca el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas pensionales causadas a favor del menor desde el 15-11-2015, fecha del fallecimiento del señor Aguirre Mesa, junto con sus incrementos; y también ordenó que la señora Lucy Janeth García García suscriba un acuerdo de pago con Colpensiones para la devolución de lo recibido en exceso y que debe ser reconocido en favor del menor, el cual debe ser descontado gradualmente de su mesada pensional, sin afectar su mínimo vital.

(…)

Sin embargo, se concederá la tutela de manera transitoria y no definitiva, como lo dijo la Jueza de primer nivel, con el fin de salvaguardar los derechos del menor, en la medida en que al acudir a la jurisdicción ordinaria podrá solicitar incluso el 100% de encontrar eventualmente que a la señora Lucy Janeth García García, no le asiste el porcentaje reconocido.

Finalmente en lo que tiene que ver con el retroactivo pensional y la devolución en exceso recibida por la señora García García, se advierte que la acción de tutela no es el escenario donde se debe ventilar controversias patrimoniales, por cuanto para ello está el proceso ordinario, así las cosas y por lo brevemente dicho, se revocará de la sentencia, lo relacionado con estas pretensiones.

Pereira, Risaralda, veintiuno (21) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 21-07-2017

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida dentro de la acción de tutela instaurada por el menor Clinton David Aguirre Mesa identificado con tarjeta de identidad No.1.086.635.347, quien actúa a través de la agente oficioso Sandra Milena Mesa Benítez, representada mediante apoderado, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones donde se vinculó a Lucy Janeth García García.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección de los derechos a la seguridad social y de los niños, para lo cual solicita a Colpensiones dicte una resolución en la que autorice el pago de la pensión de sobrevivientes en el porcentaje que autorice la Ley, intereses de mora y demás emolumentos desde el 14-11-2015, fecha del fallecimiento del causante, señor Fernando Antonio Aguirre Sánchez.

Narra su apoderado que (i) entre los años 2008 y 2009 la señora Sandra milena Mesa Arbeláez tuvo una relación sentimental con el señor Fernando Antonio Aguirre Sánchez; (ii) de la unión marital nació Clinton David Aguirre Mesa, el 24-04-2009, como se evidencia en el Registro Civil de Nacimiento; (iii) el señor Aguirre Sánchez era pensionado por invalidez desde el 13-08-2013, mediante Resolución GNR 204031, con una cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; (iv) asimismo era el encargado de la manutención del menor; (v) el 14-11-2015 falleció el señor Aguirre Sánchez, según el registro civil de defunción; (vi) al momento del fallecimiento, el menor contaba con 6 años de edad y su padre seguía pendiente de su manutención; (vii) el 20-12-2016 solicitó su madre los derechos pensionales del menor, teniendo en cuenta que con la muerte de su padre quedó desprotegido de los elementos esenciales para su congrua subsistencia.

(viii) Al acudir a Colpensiones evidenció que la pensión de sobreviviente había sido concedida mediante Resolución GNR 34119 de 01-02-2016 a Lucy Janeth García García, proceso en el que no se la vinculó, ni hizo partícipe el menor; (ix) mediante Resolución GNR 36278 de 31-01-2017 Colpensiones le negó la pensión por cuanto ya había sido concedida a otra persona; (x) frente a ello no se interpusieron los recursos de ley.

**2. Pronunciamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**

Sólo allegó copia del expediente administrativo correspondiente a la pensión de sobrevivientes promovido ante Colpensiones por la señora Lucy Janeth García García.

**3. Pronunciamiento de Lucy Janeth García García**

A pesar de estar debidamente descorrió el término en silencio.

**4. Sentencia impugnada**

La Jueza de instancia concedió la acción de tutela en favor del menor y ordenó a Colpensiones que en el término de un mes proceda a modificar la Resolución No. GNR 34119 de 01-02-2016 para reconocer la sustitución pensional y su inclusión en nómina de Clinton David e inicie el pago de las mesadas pensionales en el 50% de la sustitución pensional y a la vinculada Lucy Janeth García García en el otro 50%; asimismo que Colpensiones reconozca el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas pensionales causadas a favor del menor desde el 15-11-2015, fecha del fallecimiento del señor Aguirre Mesa, junto con sus incrementos; y también ordenó que la señora Lucy Janeth García García suscriba un acuerdo de pago con Colpensiones para la devolución de lo recibido en exceso y que debe ser reconocido en favor del menor, el cual debe ser descontado gradualmente de su mesada pensional, sin afectar su mínimo vital.

Como fundamento, manifestó que el menor de 8 años de edad, dependía económicamente del señor Aguirre Sánchez y conforme a lo dicho en el escrito de tutela, su núcleo familiar no cuenta con los medios económicos necesarios para procurar la satisfacción de sus necesidades. Asimismo que al ser un niño, sus derechos cobran especial importancia, por lo tanto, el tiempo que implica adelantar la reclamación por la vía jurisdiccional ordinaria afectaría su mínimo vital, más aún cuando su familia no cuenta con los recursos para atender su subsistencia.

Por otra parte, según lo aportado por Colpensiones el señor Aguirre Sánchez era beneficiario de una pensión por invalidez por lo que dejó causado el derecho; el menor es hijo del causante, según el registro civil de nacimiento y cumple con los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional al ser menor de 18 años, por lo que tiene derecho al 50% y la seora Lucy Janeth García García el restante 50%.

**5. Impugnación**

La accionada Colepnsiones impugna el fallo al considerar que a través de la Resolución GNR 36728 de 31-01-2017 se le negó la pensión de sobrevivientes al menor, acto administrativo que está en firme y es legal, por lo tanto, al estar en un litigio de derechos prestacionales, le corresponde al juez ordinario dirimirlo.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que solicita el menor quien cuenta con 8 años de edad y arguye que no tiene los recursos suficientes para su subsistencia?

(ii) De ser afirmativo lo anterior, ¿Se vulneró el derecho a la seguridad social del accionante con la expedición de la Resolución GNR 36278 de 31-01-2017 que negó la pensión de sobrevivientes por haber ésta reconocido a otra persona mediante Resolución GNR 34119 del 01-02-2016?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa el menor Clinton David Aguirre Mesa, representado por su madre Sandra Milena Mesa Benítez, a través de apoderado debidamente constituido, al ser el titular de sus derechos a la seguridad social y de los niños.

Así mismo, lo está por pasiva Colpensiones, pues a ella se le endilga la presunta conducta violatoria de los derechos a la seguridad social y de los niños, cuya protección se reclama, por ser quien profirió la Resolución GNR 36278 de 31-01-2017, de la que se duele el accionante.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que son fundamentales la seguridad social y los derechos de los niños.

**3.3. Inmediatez**

Se encuentra también satisfecha por cuanto la fecha del acto administrativo es de 31-01-2017, transcurriendo desde esta fecha hasta la presentación de la acción de amparo (17-05-2017), más de tres (3) meses que se consideran razonables para incoar dicha acción.

**3.4. Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano de cierre constitucional[[2]](#footnote-2) ha determinado por regla general que la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes resulta improcedente por cuanto existen mecanismos judiciales ordinarios, sin embargo, su procedencia es excepcional, cuando *“(i) su falta de reconocimiento y pago ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iii) aparece acreditado –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable. En todo caso, cuando el amparo se solicita por un sujeto de especial protección constitucional (persona de la tercera edad, madre o padre cabeza de familia, persona en situación de discapacidad), el juicio de procedencia de la acción de tutela debe hacerse menos riguroso”.*

En relación con el perjuicio irremediable ha dicho la Corte Constitucional[[3]](#footnote-3) debe ser (i) inminente, esto es que amenaza o está por suceder; (ii) urgente, que es necesario realizar o ejecutar para dar respuesta con prontitud; (iii) grave, que equivale a la intensidad del daño en la persona y (iv) que sea la acción de tutela impostergable en virtud de la urgencia y gravedad.

Por lo anterior, en caso de ser procedente la acción de tutela, la medida de amparo será definitiva, cuando el mecanismo judicial no resulte idóneo y eficaz, especialmente cuando la persona se enfrenta a un estado de indefensión o circunstancias de debilidad manifiesta; y transitoria, cuando a pesar de ser idóneo el mecanismo judicial, la amenaza o violación de los derechos requiere de medidas urgentes.

Al respecto la Sala avizora que se satisface el requisito de subsidiariedad como pasa a estudiarse, razón por la cual entrará a estudiar de fondo el presente amparo.

En primera medida es necesario señalar que la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que posee el accionante para la protección de sus derechos a la seguridad social, teniendo en cuenta que puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a través de un proceso ordinario laboral para el reconocimiento y pago de la pensión sobrevivientes que reclama, sin embargo dado que es un menor de edad-8 años- y por ende un sujeto especial de protección, no es un mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar el derecho que considera conculcado, pues su pretensión puede ser tramitada y decidida de forma pronta por esta vía.

Por lo tanto se advierte que se cumple con uno de los requisitos para la procedencia excepcional de la tutela como es el de falta de idoneidad del medio judicial.

Ahora resulta pertinente abordar en segundo lugar el otro requisito que es el impedir la causación de un perjuicio irremediable o que esté consumado, en aplicación a lo previamente esbozado, se evidencia su existencia, que se infiere por su edad, quien está en imposibilidad de darse su sostenimiento, aunado al hecho que su padre era quien proveía su sostenimiento, según se manifestó en el escrito tutelar.

Adicionalmente su madre elabora comidas rápidas en un restaurante de la ciudad, donde se gana $27.000 diarios, vive en arriendo junto con su hijo en el barrio Cuba, donde paga $200.000 al compartir la casa con la dueña, está afiliada a Asmet Salud, régimen subsidiado.

En este orden de ideas, se tiene por configurado un perjuicio irremediable, razón por la cual resulta procedente esta acción de amparo.

**4. Fundamentos jurídicos de la decisión**

**4.1 Pensión de sobrevivientes**

Al tenor del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta la fecha del deceso señor Aguirre Sánchez (14-11-2015), tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, entre otros, para el caso que nos ocupa, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.

Por su parte el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, para el caso que nos ocupa los hijos menores de 18 años.

**5. Caso concreto**

Se encuentra debidamente acreditado al interior de este trámite tutelar que: (i) el menor Clinton David Aguirre Mesa es hijo del señor Fernando Antonio Aguirre Sánchez y Sandra Milena Benítez Mesa y cuenta con 8 años de edad, según registro civil de nacimiento visible a folio 9; (ii) el señor Fernando Antonio Aguirre Sánchez tenía una pensión de invalidez de un salario mínimo legal mensual vigente desde el 13-08-2013, de conformidad con la Resolución GNR 204031 (fl.41); (ii) el 14-11-2015 éste falleció según registro civil de defunción (fl.10); (iii) el 01-02-2016 mediante Resolución GNR 34119, le fue reconocida a la señora Lucy Janeth García García en calidad de compañera permanente la pensión de sobrevivientes en un 100%; (iv) el 31-01-2017 mediante Resolución GNR 36278 le fue negada al menor Clinton David Aguirre Mesa la pensión de sobrevivientes bajo el argumento de haberse reconocido la pensión a su compañera permanente.

Por otra parte, de conformidad con la fecha del deceso del señor Aguirre Sánchez, esto es, el 14-11-2015, y tal como se dijo líneas atrás, las normas aplicables son los artículos 46 y 47, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 respectivamente, por lo que lo único que debía acreditar el menor es tener menos de 18 años, y conforme se precisó anteladamente, el menor Aguirre Mesa cuenta con 8 años de edad, por lo que se tiene acreditado su derecho pensional, a pesar de que Colpensiones le haya reconocido a la señora Lucy Janeth García García en calidad de compañera permanente la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que el artículo 8 del Decreto 1889 de 1994 habilita la distribución de la pensión de sobrevivientes en el 50% para cada uno, en partes iguales, por coexistir en ellos el derecho, tal como lo decidió la primera instancia en este aspecto.

Sin embargo, se concederá la tutela de manera transitoria y no definitiva, como lo dijo la Jueza de primer nivel, con el fin de salvaguardar los derechos del menor, en la medida en que al acudir a la jurisdicción ordinaria podrá solicitar incluso el 100% de encontrar eventualmente que a la señora Lucy Janeth García García, no le asiste el porcentaje reconocido.

Finalmente en lo que tiene que ver con el retroactivo pensional y la devolución en exceso recibida por la señora García García, se advierte que la acción de tutela no es el escenario donde se debe ventilar controversias patrimoniales, por cuanto para ello está el proceso ordinario, así las cosas y por lo brevemente dicho, se revocará de la sentencia, lo relacionado con estas pretensiones.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social y de los niños del actor, en consecuencia se modificará los numerales 1 y 2 de la decisión del 31-05-2017, para conceder la acción de tutela del menor de manera transitoria y mientras se resuelven las pretensiones del accionante ante la justicia ordinaria.

Asimismo se advierte a la señora Sandra Milena Mesa Benítez que como el amparo se adopta como mecanismo transitorio, cuenta con 4 meses a partir de la notificación de esta providencia, para acudir a la jurisdicción ordinaria, en orden a que se defina el derecho de manera permanente de su hijo menor Clinton David Aguirre Mesa, dentro del proceso ordinario laboral, so pena de quedar sin efectos este amparo.

Y se revocará los numerales 3 y 4 en lo que tiene que ver con el retroactivo pensional y la devolución de dineros de la señora Lucy Janeth García García, lo demás se confirmará.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales 1 y 2 de la sentencia de 31-05-2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela, incoada por el menor Clinton David Aguirre Mesa identificado con tarjeta de identidad No.1.086.635.347, quien actúa a través de la agente oficioso Sandra Milena Mesa Benítez, representada mediante apoderado, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones donde se vinculó a Lucy Janeth García García, para en su lugar:

PRIMERO: CONCEDER de manera transitoria la acción de tutela promovida por el menor CLINTON DAVID AGUIRRE MESA a través de su progenitora, señora SANDRA MILENA MESA BENÍTEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, por los motivos anotados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, para que si aún no lo ha hecho, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a expedir un acto administrativo mediante el cual modifique la Resolución No. GNR 34119 de 01-02-2016, para que reconozca transitoriamente y empiece a pagar la pensión de sobrevivientes del menor CLINTON DAVID AGUIRRE MESA, representado dentro de la presente diligencia por la señora SANDRA MILENA MESA BENÍTEZ, en un 50% y el otro 50% a la vinculada Lucy Janeth García García.

Advertir a la señora SANDRA MILENA MESA BENITEZ que como el amparo se adopta como mecanismo transitorio, cuenta con 4 meses a partir de la notificación de esta providencia, para acudir a la jurisdicción ordinaria, en orden a que se defina el derecho de manera permanente de su hijo menor CLINTON DAVID AGUIRRE MESA, dentro del proceso ordinario laboral, so pena de quedar sin efectos este amparo.

**SEGUNDO: REVOCAR** los numerales 3 y 4 de la sentencia de 31-05-2017 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela, incoada por el menor Clinton David Aguirre Mesa identificado con tarjeta de identidad No.1.086.635.347, quien actúa a través de la agente oficioso Sandra Milena Mesa Benítez, representada mediante apoderado, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones donde se vinculó a Lucy Janeth García García, para en su lugar:

TERCERO: ABSTENERSE de resolver de fondo sobre la pretensión encaminada a obtener el retroactivo pensional, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: ABSTENERSE de resolver de fondo sobre la pretensión encaminada a obtener la devolución de los dineros recibidos en exceso por la señora Lucy Janeth García García, por las razones expuestas en la parte motiva.

**CUARTO: CONFIRMAR** la sentencia de 31-05-2017 en todo lo demás.

**QUINTO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**SEXTO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

**CONSTANCIA DE 21-07-2017**

Se deja en el sentido en que se procedió a llamar a la señora Sandra Milena Mesa Benítez al celular 3227239402 con el fin de indagar sobre su situación familiar, quien manifestó:

Que tiene 24 años, cursó hasta octavo de bachillerato, vive con su hijo único Clinton David, en una casa, ubicada en Cuba, donde arrienda y comparte con la dueña de la vivienda, por ello paga $200.000, está afiliada a Asmet Salud, régimen subsidiado, trabaja en un asadero, donde elabora comidas rápidas por $27.000 diarios.

**Ingrid Vanessa Calderón Araujo**

Auxiliar Judicial

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-281 de 31-05-2016. M.P. María Victoria Calle Correa. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-3)