El siguiente es el documento presentado por el Magistrado 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 respectiva Secretaría.

Radicación Nro: 66001-31-05-005-2019-00435-01

Proceso: Acción de Tutela

Accionante: María Luz Nelly Ballesteros Rivera

Accionado: Ministerio de Defensa Nacional y otros

Juzgado de Origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Providencia: Segunda Instancia

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / MADRE DE INFANTE DE MARINA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SON SUSCEPTIBLES DE SER DEMANDADOS ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / NO SE DEMOSTRÓ LA EXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.**

Esta acción, sin embargo, no es un mecanismo establecido para desplazar los medios ordinarios de defensa judicial, pues se caracteriza por ser subsidiaria, lo que implica que sólo procede cuando no haya un medio para la protección de la garantía fundamental o, bien, que el existente no sea el idóneo y eficaz para hacerlo, o cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable…

En el caso puntual, la accionante solicita se ordene a la accionada, reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a su favor generada con ocasión al deceso de su hijo fallecido Duban Alcides García Ballesteros, quien en su condición de Infante de Marina Regular, falleció el 3 de noviembre de 2008, en misión del servicio, para lo cual solicita se aplique la jurisprudencia del Consejo de Estado, puntualmente, la sentencia No. 00965 de 2018. (…)

Es así que, el Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales, expidió las Resoluciones No. 2554 y 4229 del 27 de mayo y 4 de septiembre de 2019, en su orden, en las que negó el acceso al derecho pensional solicitado…

Dichas decisiones, por tratarse de actos administrativos de carácter particular, son susceptibles de ser atacadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Aunado a lo anterior, tampoco se encuentra probada la existencia de un perjuicio irremediable en virtud del cual se pudiera tutelar si quiera de manera transitoria la protección de los derechos en la forma que pretende la accionante…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, veinte de noviembre de dos mil diecinueve

Acta número \_\_\_\_ 20 de noviembre de 2019.

 Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación contra la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 8 de octubre del año en curso, dentro de la acción de tutela promovida por **María Luz Nelly Ballesteros Rivera** contra el Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales***,*** por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, dignidad humana y seguridad social.

 El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado y corresponde a la siguiente,

*I -* ***SENTENCIA***

***1. Hechos constitutivos del pleito.***

Relata la accionante por intermedio de su apoderado judicial, que su hijo Duban Alcides García Ballesteros fue dado de baja el pasado 3 de noviembre de 2008, en el desempeño de sus funciones como Infante de Marina Regular, por lo que la muerte fue calificada como “misión del servicio”; que el 6 de abril de 2019 elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la entidad accionada, con ocasión al deceso de su hijo, no obstante, la petición fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 2554 de 2019, arguyendo que la pensión no se consagra con ocasión de la muerte de soldados, grumetes o infantes de marina de las Fuerzas Militares de Colombia. Aduce que posteriormente, el 5 de agosto de 2019, insistió en la petición, solicitando le fuera aplicada la sentencia de unificación No. 00965 de 2018 emitida por el Consejo de Estado, sin embargo, la accionada se negó mediante Resolución No. 4299 del 4 de septiembre de 2019, declarando la improcedencia de los efectos de dicha sentencia, pese a que en otros casos ha ordenado el reconocimiento a personas en igualdad de condiciones. Finalmente, aduce que su situación actual es precaria, pues cuenta con 61 años de edad y se encuentra desprovista de cualquier ingreso económico que le permita vivir en condiciones dignas.

Por lo anterior, solicita el amparo de los derechos fundamentales invocados como vulnerados, y en consecuencia, se ordene al Ministerio de Defensa – Grupo de Prestaciones Sociales, reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, a partir de la causación del derecho, y a cumplir el fallo de tutela.

***2. Actuación procesal.***

Admitida la tutela, se corrió traslado a la entidad accionada, quien guardó silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado.

***3. Sentencia de primera instancia.***

la Jueza del conocimiento declaró improcedente el amparo constitucional solicitado, al considera que la actora cuenta con otro mecanismo judicial idóneo, oportuno y eficaz para salvaguardar los derechos pretendidos, sin que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, dado que no se probó la configuración de un perjuicio irremediable.

***4. Impugnación.***

La accionante impugnó la decisión, replicando básicamente que la sentencia no analizó los motivos por los cuales la entidad accionada se niega sin fundamentos válidos, a realizar el trámite de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, situación que a su juicio, se traduce en una vulneración al derecho a la igualdad, toda vez que la priva de la oportunidad de ser tratada en similares condiciones que a personas con su misma situación. De otra parte, aduce que si bien el Juez Contencioso Administrativo es el juez natural en este tipo de procesos, también lo es que el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, tiene como fin evitar que la administración de justicia y el ciudadano se desgasten de manera inoficiosa en procesos frente a los cuales existe una posición clara. Por lo anterior, solicita se revoque la decisión de primer grado y se ordene el reconocimiento de la prestación pensional solicitada.

1. ***CONSIDERACIONES.***
2. **Problema jurídico a resolver.**

*¿Es procedente la acción de tutela para controvertir las decisiones administrativas del Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones sociales? En caso positivo*

 *¿Vulneró esa entidad los derechos fundamentales de la accionante al negar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada con ocasión al deceso de su hijo?*

1. **Desarrollo de la problemática planteada**

El artículo 86 de la Carta Política estableció la acción de tutela como un mecanismo expedito al que pueden acceder todas las personas, en procura de que un Juez proteja sus derechos fundamentales, cuando quiera que los mismos se vean amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares, en los precisos casos señalados por el legislador.

Esta acción, sin embargo, no es un mecanismo establecido para desplazar los medios ordinarios de defensa judicial, pues se caracteriza por ser subsidiaria, lo que implica que sólo procede cuando no haya un medio para la protección de la garantía fundamental o, bien, que el existente no sea el idóneo y eficaz para hacerlo, o cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable. (Núm. 1º Art. 6º Dcto 2591 de 1991).

 Por tanto, cuando existan otros medios de defensa judicial para salvaguardar los derechos fundamentales, es necesario acudir a ellos, pues de lo contrario a la acción de tutela se le estaría desconociendo su carácter residual y se convertiría en un escenario expedito de debate y decisión de litigios ordinarios[[1]](#footnote-1)*.*

En el caso puntual, la accionante solicita se ordene a la accionada, reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a su favor generada con ocasión al deceso de su hijo fallecido Duban Alcides García Ballesteros, quien en su condición de Infante de Marina Regular, falleció el 3 de noviembre de 2008, en misión del servicio, para lo cual solicita se aplique la jurisprudencia del Consejo de Estado, puntualmente, la sentencia No. 00965 de 2018.

Es así que, el Ministerio de Defensa Nacional – Grupo de Prestaciones Sociales, expidió las Resoluciones No. 2554 y 4229 del 27 de mayo y 4 de septiembre de 2019, en su orden, en las que negó el acceso al derecho pensional solicitado, entre otras razones, al considerar que la sentencia en comento unificó lo relacionado con la pensión de sobrevivientes de personas que se vincularon a las Fuerzas Militares en calidad de oficiales y suboficiales, que fallezcan simplemente en actividad antes de la vigencia del Decreto 4434 de 2004, sin que el señor García Ballesteros cumpla con esas condiciones.

Dichas decisiones, por tratarse de actos administrativos de carácter particular, son susceptibles de ser atacadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contemplado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Aunado a lo anterior, tampoco se encuentra probada la existencia de un perjuicio irremediable en virtud del cual se pudiera tutelar si quiera de manera transitoria la protección de los derechos en la forma que pretende la accionante, pues el reclamo sustancial se circunscribe a que la actora requiere del reconocimiento y pago de la prestación pensional porque carece de recursos económicos suficientes para sufragar su propio sustento, en condiciones dignas; sin embargo, no puede echarse de menos que el deceso de su hijo, ocurrió materialmente hace más de 11 años, por lo que no podría colegirse que la falta de pago de la pensión de sobrevivientes que reclama genera un alto grado de afectación de sus derechos fundamentales, en especial, el del mínimo vital, por lo que no se cumplen los elementos de inminencia, urgencia e impostergable que configuran el perjuicio irremediable y que ameritan la intervención de juez constitucional.

En ese orden, la tutela no puede convertirse en una vía alterna a los procedimientos ordinarios, y por ello, no le es dable a la Sala permitir que se suplan con una acción constitucional que la desnaturalizaría, especialmente cuando ni si quiera se indicaron las razones por las cuales el referido trámite ante la jurisdicción contenciosa administrativa, como encargada de conocer este tipo de controversias, careciera de idoneidad y eficacia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos establecidos en el ordenamiento jurídico, suplantando o actuando como instancia adicional, la Sala confirmará la decisión de primer grado.

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

**FALLA**

**1. Confirmar**el fallo impugnado proferido el 8 de octubre de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**2. Notificar**la decisión por el medio más eficaz.

**3. Remitir**el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

***CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

1. Ibíd. Sentencia T-406 de 2005 [↑](#footnote-ref-1)