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.

Providencia: Sentencia de 10 de diciembre de 2021

Radicación Nro.: 66001-31-05-003-2021-00375-01

Accionante: Ofir Orozco de Monsalve

Accionados: Colpensiones.

Proceso: Acción de Tutela

Juzgado de Origen: Juzgado Tercero Laboral de Circuito

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / PROGENITORA EN CASO QUE EL CAUSANTE DEJÓ HIJOS / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / JURISDICCIÓN ORDINARIA DEBE DIRIMIR A QUIEN LE ASISTE EL DERECHO PENSIONAL.**

Según el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. (…)

No obstante ello, la Corte Constitucional ha considerado que este mecanismo excepcional procede cuando la persona no cuenta con otros medios de defensa judicial, cuando estos resultan ineficaces, o en aquellos eventos en que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, como mecanismo transitorio, mientras la justicia decide…

En el presente asunto, pretende la actora que a través de este mecanismo excepcional se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada con la muerte de su hijo Fernando Monsalve Orozco, de quien depende económicamente y cuyos descendientes, considera, no reúnen los requisitos legales para acceder a la prestación y además no están interesados en reclamarla ante Colpensiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones, fundó la negativa de reconocer la pensión de sobrevivientes en “la existencia de hijos del causante, los cuales podrían ser beneficiarios de la pensión…

Desde ya debe decirse que el tema así presentado, da lugar a una controversia que no es propia del escenario constitucional, pues amerita un debate jurídico que debe dirigir el juez natural –laboral–, con fundamento en los elementos de juicio que permitan aclarar la verdadera situación del derecho reclamado y quien es el titular del mismo, pues mientras que la actora alega que es la única beneficiaria de la prestación, Colpensiones evidenció, en el trabajo investigativo, que el causante tiene dos hijos en edades respecto a las cuales todavía tiene cobertura el sistema pensional.

### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA LABORAL**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, diez de diciembre de dos mil veintiuno

Acta N° 139 10 de diciembre de 2021

Procede la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a decidir la impugnación formulada por la señora **Ofir Orozco de Monsalve** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 2 de noviembre de 2021, dentro de la **acción de tutela** iniciada por esta contra **Colpensiones.**

## HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN

Indica la señora Ofir Orozco de Monsalve que su hijo Fernando Monsalve Orozco de quien dependía económicamente, falleció el día 23 de abril de 2021; que en razón a ello solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a pesar de que el causante procreó dos hijos, pero que todo obedeció a estos son mayores de edad y no se encuentran cursando estudios, por lo que estima que le asiste derecho a la prestación que reclama.

Refiere que a pesar de que en el trabajo investigativo adelantado por Colpensiones quedó demostrado que dependía económicamente de su hijo, por el hecho de contar con descendientes le fue negada la prestación, pues la entidad precisó no contar con la información suficiente para determinar el posible derecho de aquellos, decisión que considera no se ajusta a la realidad, dado que la entidad tiene conocimiento de que Bryan Monsalve, hijo del causante, es mayor de edad y no estudia; pero que debido a que no tiene buena relación con su abuela, no se ha presentado a declarar en ese sentido. Por parte de la joven Luis Fernanda Monsalve, también hija del afiliado, se sabe que reside en Estados Unidos desde que era una infante y en ese país labora actualmente.

Sostiene que requiere del reconocimiento pensional para solventar sus necesidades, dado que no cuenta con recursos propios para su autosostenimento y su avanzada edad –82 años– no le permite ingresar al campo laboral; que tiene tres hijos más, pero estos tiene obligaciones en sus hogares, no perciben ingresos suficientes o depende económicamente de sus hijos y por esa razón no pueden hacerse cargo de su mantención, por lo que, desde el fallecimiento del señor Fernando Monsalve Orozco, se encuentra totalmente desprotegida y desamparada.

De acuerdo con lo anterior, estima que Colpensiones ha vulnerado sus garantías fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna, por lo tanto solicita su protección por este medio y como medida de restablecimiento pide el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

**TRÁMITE IMPARTIDO**

La acción correspondió por reparto al Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el cual, mediante auto de fecha 21 de octubre de 2021 procedió a admitirla y a correrle traslado a Colpensiones por el término de dos días, para que ejerciera su derecho de defensa.

Colpensiones integró la litis confirmando los hechos relacionados con la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes elevada por la accionante ante esa entidad y la decisión tomada mediante resolución SUB 236707 de 22 de septiembre de 2021, respecto a la cual fueron formulados los recursos de ley el 21 de octubre de 2021, encontrándose por tanto, dentro de los términos para decidir.

Por lo demás, hizo notar el carácter subsidiario de la acción de tutela y la existencia de mecanismos ordinarios previstos por el legislador que resultan eficaces e idóneos para definir un asunto como el puesto a consideración de la jurisdicción constitucional, en tanto no se acredite una situación particular y especial que permita la intervención del juez de tutela.

Precisó que aunque la seguridad social es un derecho irrenunciable garantizado por el Estado, también lo es la protección de los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera.

Todo lo anterior para concluir que la tutelante debe acudir a los mecanismos ordinarios de protección, toda vez que no se cumple con los requisitos excepcionales para resolver de fondo la controversia, al paso que resalta que no existe acción u omisión de esa entidad que configure la vulneración de las garantías fundamentales que se denuncian como vulneradas.

Llegado el día del fallo, la funcionaria de primer grado declaró la improcedencia de la acción al advertir que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, dado que todavía no han sido definidos los recursos interpuestos contra la Resolución SUB 236707 de 2021 y no se ha agotado ninguna acción ante la jurisdicción ordinaria para ventilar el asunto puesto a su consideración.

En cuanto a la situación apremiante que narra la actora en su escrito, relacionada con su condición económica, precisó la juez de la causa que no hay prueba que la acredite, además puso de presente la existencia de posibles beneficiarios de la prestación que hoy se reclama, que excluirían a la actora, de pretender también ellos el derecho pensional.

Inconforme con la decisión la parte actora la impugnó señalando la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los padres del causante si dependían económicamente de él, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 en su artículo 47, situación que afirma es la que precisamente aquí se presenta, pues no hay otros beneficiarios con derecho, ya que insiste que los señores Bryan y Luisa Fernanda Monsalve, hijos del señor Fernando Monsalve Orozco, proveen su propio sustento, no estudian y no tienen interés en reclamar la prestación.

Trae nuevamente los argumentos expuestos en el libelo inicial, relacionados con la investigación de campo adelantada por Colpensiones para indagar respecto a las condiciones de dependencia de la tutelante respecto al afiliado y la difícil situación económica que atraviesa desde el fallecimiento de este.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto bajo análisis plantea a la Sala el siguiente problema jurídico:

***¿Procede la acción de tutela para solicitar el pago de una prestación derivada de la seguridad social?***

Antes de abordar el interrogante formulado, cabe recordar que el artículo 86 de la Constitución Nacional consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

**1. DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.**

Según el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Nacional, la acción de tutela *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

La acción de tutela es pues subsidiaria, no alternativa o supletoria de los recursos ordinarios y así lo ha sostenido el máximo órgano de cierre en materia constitucional, cuando se trata del reconocimiento y pago de prestaciones de la Seguridad Social, pue considera que la acción de tutela no es el medio idóneo para ventilar tales pretensiones, ya que para ello fueron previstos los medios ordinarios de defensa judiciales

Es así que en la Sentencia T 469 de 2019, esa Alta Corporación señalo:

*“El* [*inciso 4º*](https://go.vlex.com/vid/42867930/node/86.4?fbt=webapp_preview) *del artículo* [*86*](https://go.vlex.com/vid/42867930/node/86?fbt=webapp_preview) *de la* [*Constitución Política*](https://go.vlex.com/vid/42867930?fbt=webapp_preview) *establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela así*: *“*[E]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.*

*De este modo, la norma determina que, si hay otros mecanismos de defensa judicial que sean idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional*[*[20]*](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-468-19.htm#_ftn20) *al afirmar que, cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales ordinarias contempladas en el ordenamiento jurídico.*

*La inobservancia de tal principio es causal de improcedencia de la tutela, a la luz de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991*[*[21]*](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-468-19.htm#_ftn21)*. La consecuencia directa de ello es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado si el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial.*

No obstante ello, la Corte Constitucional ha considerado que este mecanismo excepcional procede cuando la persona no cuenta con otros medios de defensa judicial, cuando estos resultan ineficaces, o en aquellos eventos en que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, como mecanismo transitorio, mientras la justicia decide. Esto dijo en la misma providencia:

*“Sin embargo, en virtud de lo establecido en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii)* “*siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.*

*En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado. Por el contrario, la* [*Sentencia T-471 de 2017*](https://go.vlex.com/vid/692406205?fbt=webapp_preview) *indicó que un medio de defensa no es idóneo cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión constitucional. En caso que no ofrezca una protección completa y eficaz, el juez puede entonces conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen”*.

**2. CASO CONCRETO**

En el presente asunto, pretende la actora que a través de este mecanismo excepcional se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes causada con la muerte de su hijo Fernando Monsalve Orozco, de quien depende económicamente y cuyos descendientes, considera, no reúnen los requisitos legales para acceder a la prestación y además no están interesados en reclamarla ante Colpensiones.

La Administradora Colombiana de Pensiones, fundó la negativa de reconocer la pensión de sobrevivientes en “*la existencia de hijos del causante, los cuales podrían ser beneficiarios de la pensión, quienes responden a los nombres de Luisa Fernanda y Bryan Monsalve de 22 y 21 años respectivamente (…) al existir hijos del causante con la posible calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, se excluyen a los padres en su disputa frente al mismo derecho*”.

Ya en el trámite de la acción, la entidad indicó que ninguna garantía fundamental de titularidad de la actora ha vulnerado, pues su petición fue definida de acuerdo con las normas legales que rigen el asunto y además, se encuentra pendiente por resolver los recursos de reposición y en subsidio apelación formulados el 21 de octubre de 2021

Desde ya debe decirse que el tema así presentado, da lugar a una controversia que no es propia del escenario constitucional, pues amerita un debate jurídico que debe dirigir el juez natural –*laboral*–, con fundamento en los elementos de juicio que permitan aclarar la verdadera situación del derecho reclamado y quien es el titular del mismo, pues mientras que la actora alega que es la única beneficiaria de la prestación, Colpensiones evidenció, en el trabajo investigativo, que el causante tiene dos hijos en edades respecto a las cuales todavía tiene cobertura el sistema pensional.

Y es que, con independencia de que *i)* se haya demostrado en el trámite administrativo la dependencia económica de la señora Ofir Orozco de Monsalve respecto de su hijo fallecido, *ii)* sea un sujeto de especial protección debido a su avanzada edad –82 años- y aun cuando *iii)* se consideraran sus precarias condiciones económicas, las cuales no fueron probadas en este trámite, no puede el juez constitucional intervenir para definir el derecho pensional a favor de la tutelante, precisamente porque no existe discusión frente a la existencia de los jóvenes Luisa Fernanda y Bryan Monsalve que cuentan con 22 y 21 años, respectivamente, de quienes solo se sabe en este trámite lo que ha manifestado al respecto la actora, pero sin ninguna evidencia cierta de cuáles son las condiciones actuales de estos aparentes beneficiarios directos, lo que resulta necesario, si en cuenta se tiene que la misma demandante informó en el relato fáctico que no tiene buena relación con Bryan Monsalve y que Luisa Fernanda Monsalve reside en el exterior.

Bajo tal realidad fáctica, no puede perder de vista la parte accionante, que su eventual derecho solo podría nacer, una vez haya certeza y se declare que a estas personas no les asiste derecho -artículo 47 de la Ley 100 de 1993 literal d)-, lo cual no ha acontecido aún.

Todas estas circunstancias, muestran sin dificultad que la tutela presentada no supera el requisito de subsidiaridad, pues se requiere que sea dentro de un proceso ordinario laboral, con la adecuada vinculación de quienes en principio podrían ser los beneficiarios directos de la prestación y con un amplio debate probatorio, en el que se garantice el ejercicio de los derechos procesales que le asisten a las partes, se determine la procedencia o no de la prestación que se reclama, así como el o los beneficiarios de la misma.

Afirmación que encuentra soporte adicional en que los recursos de reposición y apelación formulados contra la Resolución SUB 236707 de 2021, el día 21 de octubre de 2021 –hoja 29 de numeral 04. Respuesta-, no han sido resueltos por la entidad, para lo cual se encuentra en término -2 meses-, según las Sentencias SU-975-03 y T-774-15.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-1665 de 2000, preciso:

*“De manera reiterada la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado la naturaleza residual y subsidiaria que se le reconoce a la acción de tutela para la defensa de derechos constitucionales fundamentales presuntamente vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o por conductas atribuibles a particulares en circunstancias excepcionales.  No es posible, entonces, ejercer el derecho consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política cuando el particular que considera vulnerados sus derechos fundamentales tiene a su disposición otros mecanismos judiciales de protección.  Análogamente el amparo se torna improcedente cuando la tutela se ejercita de manera simultánea junto a otros recursos legales (v.gr. la apelación de decisiones de la autoridad), pues en dichos casos resulta natural, antes que intentar argumentar la supuesta violación de derechos inherentes a la persona en una acción de tutela dirigida contra una decisión del juez de amparo, esperar el pronunciamiento del funcionario competente para conocer de la impugnación correspondiente”.*

De acuerdo con lo expuesto no resulta procedente el amparo solicitado por la señora Ofir Orozco de Monsalve, a pesar de hacer parte de un grupo de especial protección constitucional**,** por lo que se confirmará la sentencia impugnada.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 2 de noviembre de 2021.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito.

**TERCERO: ENVÍESE,** lo más pronto posible, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**Notifíquese y Cúmplase.**

Quienes integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERON**

Magistrada

**GERMÁN DARIO GÓEZ VINASCO**

Magistrado