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 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**

**Providencia**: Sentencia – 1ª instancia – 11 de mayo de 2017

**Proceso:** Acción de Tutela – Declara improcedente la acción

**Radicación Nro.** : 66001-22-05-000-2017-00070-00

**Accionante:** Nelly Giraldo Tique

**Accionado:** Ministerio de Defensa; Grupo de Prestaciones Sociales y Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa

**Tema a Tratar: 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.

Pereira, Risaralda, once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 11-05-2017

Decide la Sala la acción de tutela instaurada por la señora Nelly Giraldo Tique identificada con cédula de ciudadanía No.40.777.982, quien actúa a través de apoderada judicial, en contra del Ministerio de Defensa, el Grupo de Prestaciones Sociales y la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa.

**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, para lo cual solicita se ordene a los accionados reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Narra su apoderada que (i) el 10-03-1995 la actora contrajo matrimonio con el señor Mauricio Russy Contreras, el que estuvo vigente hasta el 10-03-2006, fecha del deceso del causante; (ii) que el señor Russy Contreras prestó sus servicios en el sector público como alumno y sargento segundo en el Ejército Nacional con un total de 503.71 semanas y realizó aportes al Ministerio de Defensa; (iii) mediante Resolución No.4800 de 29-11-2016 le fue negada por el Ministerio de Defensa la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que al momento del deceso el señor Russy Contreras no se encontraba activo, decisión que fue confirmada a través de la Resolución No.0349 de 30-01-2017 por no cumplir con el tiempo mínimo para su reconocimiento; (ii) agrega que la accionante tiene 43 años, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes cuando estaba vigente la Ley 100 de 1993 y que en caso de duda al interpretar el artículo 37 se debe recurrir al principio de favorabilidad; (iii) asimismo que la actora al tener avanzada edad no puede acceder al mercado laboral y no cuenta con ingreso económico alguno con el que pueda brindarse un sustento diario.

**2. Pronunciamiento del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa**

Alegó que la acción de tutela es improcedente por cuanto ésta no es el mecanismo para debatir aspectos relacionados con el reconocimiento de prestaciones sociales, y más aún cuando los actos administrativos 4800 de 29-11-2016 y 349 de 30-01-2017, gozan de presunción de legalidad y también porque no hay perjuicio irremediable pues no se acreditó.

Aunado a lo anterior, señala que el tiempo en el que estuvo vinculado el señor Russy Contreras con el Ministerio de Defensa, no se le efectuaron descuentos por aportes para pensión, por lo tanto no existen aportes que reintegrar, pues nunca se hicieron y sumado al hecho que el sistema integral de la seguridad social de la Ley 100 de 1993 no es aplicable a los miembros de las fuerzas militares y Policía Nacional, con excepción de quienes se vinculen a partir de la fecha de vigencia de la mencionada Ley.

Por último agrega que en aplicación de la Ley 1437 de 2011 es factible solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que hoy se reprochan, medida que tiene la misma prontitud y eficacia de la acción de tutela.

**3. Pronunciamiento del Ministerio de Defensa y la Dirección Administrativa de la misma entidad**

A pesar de estar debidamente notificadas descorrieron el término en silencio.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser el Ministerio de Defensa una autoridad del orden nacional.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por la accionante, la Sala se formula el siguiente interrogante:

(i) ¿Se vulneró los derechos a la seguridad social y mínimo vital de la accionante con la expedición de la resolución No.4800 de 29-11-2016 que negó la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por no encontrarse activo el señor Russy Contreras al momento del deceso y no cumplir con el tiempo mínimo para su reconocimiento?

Previo a abordar el interrogante planteado 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 la señora Nelly Giraldo Tique, a través de apoderada debidamente constituida, al ser la titular de sus derechos a la seguridad social y mínimo vital.

Así mismo, lo están por pasiva el Ministerio de Defensa, el Grupo de Prestaciones Sociales y la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa, pues a ellos se les endilga la presunta conducta violatoria del derecho a la seguridad social, cuya protección se reclama, junto con el de mínimo vital, por ser a quienes profirieron la resolución No.4800 de 29-11-2016, de la que se duele la accionante.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que es fundamental la seguridad social y el mínimo vital.

**3.3. Inmediatez**

Se encuentra también satisfecha por cuanto la fecha del acto administrativo es de 29-11-2016, el que quedó en firme el 30-01-2017 transcurriendo desde esta fecha hasta la presentación de la acción de amparo (03-05-2017), 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 la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes resulta improcedente por cuanto existen mecanismos judiciales ordinarios, sin embargo, su procedencia es excepcional, cuando el agotamiento de los medios ordinarios de defensa supone una carga excesiva para el interesado, esto puede ocurrir cuando el accionante es un sujeto especial de protección o cuando por cualquier otra razón, el trámite de un proceso ordinario lo expone a un perjuicio irremediable.

Asimismo ha dicho que para que la acción de tutela proceda como mecanismo principal y definitivo el actor debe acreditar que no cuenta con otros medios de defensa judicial y que teniéndolos no son idóneos, mientras que para que opere el amparo como mecanismo transitorio, que aun siendo idóneos los mecanismos ordinarios, estos pueden ser desplazados por tutela ante la necesidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, así la protección constitucional opera provisionalmente hasta que se resuelva por la jurisdicción competente de forma definitiva.

Para tal efecto la Corte[[3]](#footnote-3) manifestó que *“el juez constitucional debe valorar las circunstancias particulares que enfrentó el accionante en aras del reconocimiento de su derecho. El tiempo transcurrido desde que formuló la primera solicitud de reconocimiento pensional, su edad, la composición de su núcleo familiar, sus circunstancias económicas, su estado de salud, su grado de formación escolar y su potencial conocimiento sobre sus derechos y sobre los medios para hacerlos valer son algunos de los aspectos que deben valorarse a la hora de dilucidar si la pretensión de amparo puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, la complejidad intrínseca al trámite de esos procesos judiciales amerita abordarla por esta vía excepcional, para evitar que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada.*

*(…)*

*Finalmente, la Corte ha llamado la atención sobre la importancia de verificar que quien acude a la acción de tutela para obtener el reconocimiento de su pensión haya buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca y que su mínimo vital se haya visto efectivamente afectado como consecuencia de la negación del derecho pensional. En cuanto a la prosperidad material de la acción, la Corte ha establecido que la misma requiere un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y la titularidad del derecho reclamado”.*

En relación con la idoneidad del medio judicial adujo también el órgano de cierre en materia constitucional[[4]](#footnote-4) que es necesario revisar que los mecanismos judiciales tengan la capacidad para proteger de forma efectiva los derechos de la persona, esto es, verificar que las pretensiones pueden ser tramitadas y decididas de forma adecuada por esta vía, o si por su situación, no puede acudir a dicha instancia.

Y respecto del perjuicio irremediable, que debe estar acreditado, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que al Juez de tutela le está vedado, en términos de la Corte Constitucional[[5]](#footnote-5), estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto en el que ha ocurrido el presunto perjuicio.

Asimismo dicho perjuicio en los términos de la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6) 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.

Al respecto la Sala avizora que no se satisface el requisito de subsidiariedad como pasa a estudiarse, razón por la cual no 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 la accionante para la protección de su derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta que puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contemplado en la Ley 1437 de 2011, con el fin de atacar el acto administrativo Resolución No.4800 de 29-11-2016 del Ministerio de Defensa, y de esta forma obtener el reconocimiento y pago de la Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que reclama, siendo esto un mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar el derecho que considera conculcado, pues su pretensión puede ser tramitada y decidida de forma adecuada por esta vía, sin que su edad-43 años-impida que pueda acudir a la instancia judicial, teniendo en cuenta que para ser considerara como persona de la tercera edad debe tener 74 años, según lo ha esgrimió la Corte Constitucional en sentencia T-047-2015.

Por lo tanto se advierte que no se cumple con uno de los requisitos para la procedencia excepcional de la tutela, como es el de la ausencia de otros medios de defensa judicial o que teniéndolos no resultan idóneos y eficaces.

Ahora resulta pertinente abordar en segundo lugar el otro requisito, que es el impedir la causación de un perjuicio irremediable o que esté consumado, aun existiendo los mecanismos de protección judicial idóneos y eficaces que se mencionaron anteriormente.

En relación con el perjuicio irremediable y en aplicación a lo previamente esbozado, se evidencia su inexistencia, en la medida en que la simple exteriorización de la situación económica de la accionante, o de la negación indefinida que se produjo al afirmar que no cuenta con ingreso económico alguno, no basta, para que se configure dicho perjuicio, pues a pesar de la informalidad del amparo constitucional, la actora debe sustentar y probar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, situación que es ausente en el presente amparo y que se desconoce por cuanto nada se sabe de sus circunstancias personales y familiares, pues lo único que se dijo es que no cuenta con ingreso económico, pero sin ninguna prueba sumaria de ello, que en últimas permita entrever que su mínimo vital se ha visto efectivamente afectado.

Pero, aun es más disiente, para desvirtuar su negación, que desde la muerte del causante (10-03-2006)[[7]](#footnote-7) hasta la solicitud de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes (29-08-2016)[[8]](#footnote-8) por la actora, han pasado diez años, sin que en ese tiempo haya buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca, por lo que denota que su mínimo vital no se ha visto efectivamente afectado, como lo pretende hacer ver su apoderada en la presente acción, por el contrario, lo que sí denota es un uso inadecuado y antojadizo de la acción de tutela al hacer parecer como urgente su situación en razón a la solicitud y expedición del acto administrativo, pero no por la fecha del suceso.

Por otra parte, la edad de 43 años que tiene la accionante, la encuadra en la etapa, productiva para proveerse su sostenimiento, máxime que es una persona que no se encuentre limitada para ello, según se desprende de los hechos, por lo que puede satisfacer sus necesidades básicas, sin que sea posible que con la indemnización sustitutiva que pretende se subsane esa carencia de ingreso que implora pues es un pago único que de todas formas implica que la actora necesariamente deba tener otro ingreso.

En estos términos lo ha dicho el máximo órgano de cierre en materia constitucional[[9]](#footnote-9):

*“(…)si la persona no demuestra siquiera sumariamente la imposibilidad de acudir al procedimiento común soportado en las complejas circunstancias que padece y que lo exponen ante un perjuicio irremediable, su solicitud debe ser declarada improcedente pues no se puede proceder de modo caprichoso a aplicar la excepción habida cuenta que con ello se atentaría contra: (i) la tutela judicial efectiva, (ii) el derecho de aquellas personas que, de manera diligente, han agotado los procesos ordinarios procurando el amparo de sus derechos y, por último, (iii) la efectiva administración de justicia como quiera que promovería la congestión judicial”.*

En este orden de ideas, tampoco se tiene por configurado un perjuicio irremediable, razón por la cual resulta improcedente esta acción de amparo aun como mecanismo transitorio.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, al no satisfacerse el requisito de subsidiariedad hay lugar a declarar improcedente la presente acción de tutela.

**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: DECLARAR** improcedente la acción de tutela presentada por la señora Nelly Giraldo Tique identificada con cédula de ciudadanía No.40.777.982, quien actúa a través de apoderada judicial, en contra del Ministerio de Defensa, el Grupo de Prestaciones Sociales y la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes el contenido de este fallo en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, informándoseles que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a la notificación.

**TERCERO: DISPONER** que en caso de que la presente decisión no fuese impugnada, se remita el expediente para ante 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**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-122 de 08-03-2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 22-02-2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-304 de 15-06-2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver folio 14. [↑](#footnote-ref-7)
8. Hecho sexto de la tutela visible a folio 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-122 de 08-03-2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-9)