T-487-18

Sentencia T-487/18

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO “ERROR INDUCIDO” O “VIA DE HECHO POR CONSECUENCIA”-Configuración

RECONOCIMIENTO DE LA SUSTITUCION PENSIONAL CONFORME AL ARTICULO 13 DE LA LEY 797 DE 2003-Marco normativo

SUSTITUCION PENSIONAL-Finalidad

Se colige respecto de la finalidad de esta prestación social y de las exigencias para acceder a la misma, que: (i) el legislador ha establecido un orden de prelación y exclusión entre los beneficiarios, del cual se puede constatar que no todos cuentan con el mismo derecho, en tanto que está previsto un desplazamiento entre los legitimados y unas condiciones diferentes para mantener el beneficio; (ii) se establecen condiciones de acceso con la finalidad de proteger el verdadero núcleo familiar de reclamaciones ilegitimas que pueden menguar la garantía de protección; (iii) evita el uso de maniobras artificiales o manipuladas para obtener el beneficio económico; y (iv) en los eventos en los que existe colisión entre los destinatarios, se aplicaran las reglas del artículo 6 de la ley 1204 de 2008

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES A MENORES DE EDAD

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA EN MATERIA DE SUSTITUCION PENSIONAL NEGADA POR ERROR INDUCIDO-Se declara la nulidad de todo lo actuado a fin de que se integre debidamente el contradictorio y se decidan los porcentajes y titulares de la sustitución pensional

Expediente T-6.495.058

Acción de tutela interpuesta por Josefina Isabel Peñalver Miranda en nombre de su hijo

menor de edad, Duban Aceth Estrada Peñalver, en contra de Colpensiones y los vinculados, Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta (Magdalena) y Fanny Ester González de Estrada.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La señora Josefina Isabel Peñalver Miranda interpuso, el 6 de febrero de 2017, acción de tutela en nombre de su hijo de 13 años, Duban Aceth Estrada Peñalver[1], en contra de Colpensiones, por considerar que esta entidad, al revocar la Resolución GNR 3650 de 2014, en la cual le había reconocido al niño el derecho al 50% de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su padre, le vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social, al debido proceso y a los derechos de los niños. Lo anterior, debido a que la interrupción de la mesada condujo a que dejara de percibir el único ingreso que tenía y fuera desafiliado del subsistema de seguridad social en salud.

2. Por lo anterior solicita, además de que se declare el amparo de los derechos señalados, que: i) se ordene a la accionada reconocer y continuar con el 50% adjudicado a Duban Aceth Estrada, ii) desembolse los pagos dejados de percibir desde la suspensión, y, iii) como medida provisional, reanude la mesada en la referida proporción.

B. HECHOS RELEVANTES

3. Mediante Resolución 2410 de 2001, el extinto Instituto de Seguros Sociales (en adelante "ISS"), reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor del señor Armando Estrada Díaz, a partir del 1 de julio de 2001, equivalente a un smmlv[2].

4. El 2 de abril de 2003 nació Duban Aceth Estrada Peñalver, hijo de Armando Estrada Díaz y Josefina Isabel Peñalver Miranda[3].

5. Armando Estrada Díaz, falleció el 23 de enero de 2009[4]. En razón de este suceso se presentaron ante Colpensiones a reclamar la sustitución pensional: i) Josefina Isabel Peñalver Miranda (el día 16 de febrero de 2009[5]), en calidad de compañera permanente y en representación de su menor hijo, Duban Aceth Estrada Peñalver, y, ii) Fanny Ester González de Estrada (el día 18 de febrero de 2009[6]), en calidad de cónyuge supérstite[7].

6. Mediante Resolución 12351 de 2 de agosto de 2010, el ISS dejó en suspenso el estudio y reconocimiento pensional que les pudiera corresponder a las referidas solicitantes dado el conflicto entre la cónyuge y compañera beneficiarias y al menor Duban Aceth Estrada Peñalver, mientras alguna de ellas iniciaba el respectivo proceso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social, a fin de determinar si existió convivencia efectiva con el causante[8].

7. Fanny Ester González de Estrada inició un proceso ordinario laboral en el que solicitó el reconocimiento de la totalidad de la sustitución pensional[9], a título de cónyuge supérstite del pensionado Estrada Díaz, sin hacer mención sobre: i) la existencia del hijo procreado por su fallecido esposo y la señora Peñalver Miranda, y, ii) la causa que motivó dicho proceso, esto es, que el extinto ISS, dejó en suspenso el reconocimiento ante el conflicto suscitado entre la cónyuge y la compañera permanente reclamantes[10]. El asunto fue resuelto por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta (Magdalena), mediante sentencia del 16 de marzo de 2012, en la cual se ordenó al ISS "reconocer a la demandante FANNY ESTER GONZÁLEZ DE ESTRADA, cónyuge supérstite del causante ARMANDO ESTRADA DÍAZ, el 100% de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia"[11].

8. Colpensiones, pese a lo dispuesto en el anterior fallo, consideró que el niño Duban Aceth Estrada Peñalver, quien desde el 16 de febrero de 2009, había solicitado la sustitución pensional "le asiste igual derecho que a la cónyuge", y resolvió reconocer directamente dicha prestación, a través de la Resolución GNR 3650 del 8 de enero de 2014, en cuantía del 50% para esta última y 50% para el menor de edad, sosteniendo que "si bien se le está dando cumplimiento a una sentencia judicial, también lo es, que el menor tiene derecho al reconocimiento de la misma prestación y que la señora Fanny no puede reclamar el 100% de la misma" (negritas fuera de texto)[12]. En ese orden la accionada reconoció: i) de forma vitalicia a la señora González de Estrada el 50% de la mesada; ii) y de forma temporal a Duban Aceth Estrada Peñalver el otro 50% restante hasta el 1 de abril de 2021, un día antes al cumplimiento de su mayoría de edad, y eventualmente hasta el 1 de abril de 2028, es decir, un día previo al cumplimiento de los 25 años, siempre y cuando en su momento se encuentre acreditado el requisito de estudios[13].

9. Mediante escrito del 26 de noviembre de 2014, ratificado el 28 de marzo de 2015, la cónyuge supérstite solicitó a Colpensiones, dar cumplimiento a la sentencia judicial proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, de 16 de marzo de 2012, en la que se ordenó que era titular del 100% de la mesada[14]. En consecuencia, esta SAFP emitió la Resolución GNR 140713 de 14 de mayo de 2015, en la que: i) revocó la Resolución GNR 3650 del 8 de enero de 2014[15], ii) ordenó acatar el fallo de la justicia laboral; iii) retiró de nómina al hijo menor, y iv) notificó la decisión a Fanny Ester González[16]. Adicionalmente señaló que "se encuentra que el menor ESTRADA PEÑALVER es beneficiario del otro 50% de la mesada pensional (…). Que se hace necesario aclarar que en ninguna parte del fallo judicial se hizo referencia al reconocimiento pensional del menor, razón por la cual a través del presente acto administrativo se procederá a sacar de nómina"[17].

10. Dado que la Resolución GNR 140713 de 14 de mayo de 2015, no fue notificada a la representante del menor de edad Duban Aceth Estrada Peñalver, el 18 de marzo de 2016, presentó una petición ante Colpensiones con el fin de: i) que le explicaran las razones por las cuales se suspendió el pago del 50% de la mesada reconocida a su hijo, y ii) se desafilió del subsistema de seguridad social en salud. La cual fue resuelta mediante Resolución GNR 119453 de 25 de abril de 2016, indicando que las pretensiones de pagos pensionales deben ser tramitadas mediante los respectivos procedimientos administrativos y judiciales,

más no a través de peticiones[18].

11. Según indica la demanda de tutela, Colpensiones “desde la mesada del mes de agosto del año 2015 (…) sin notificación o comunicación alguna y violando el debido proceso ha suspendido el pago de las mesadas pensionales en el porcentaje reconocido y por ende su correspondiente afiliación a la seguridad social”[19] y en cumplimiento de un fallo judicial en el que no se mencionaba al niño Estrada Peñalver como beneficiario. Por estas razones, interpuso el amparo constitucional en representación de su menor hijo[20].

C. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones

12. La entidad accionada aclaró que la actora no ha “presentado [recientemente] solicitud o documento que le permita a la entidad conocer de fondo el derecho pretendido sobre el reconocimiento y la activación de una pensión de sobrevivientes” en favor de su hijo, por lo que “no está vulnerando derecho alguno contra la accionante”.

13. Anexó copia de la Resolución GNR 9453 de 23 de abril de 2016, por medio de la cual dio respuesta a la petición interpuesta el 18 de marzo de 2016. En dicha comunicación informó que la interrupción en los pagos obedeció al cumplimiento de una orden judicial, en los siguientes términos: “a través de la Resolución GNR 140713 del 14 de mayo de 2015 se revocó la Resolución 3650 de 2014 y se concedió pensión de sobrevivientes en cumplimento de un fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta; en consecuencia ordenó reconocer pensión de sobrevivientes a la señora GONZALEZ DE ESTRADA FANNY ESTER, en calidad de cónyuge o compañera en un porcentaje del 100%, a partir del 01 de mayo de 2015 (…) así mismo ordenó retirar de la nómina al menor ESTRADA PEÑALVER DUBAN ACETH, por cuanto mediante fallo judicial se ordenó el reconocimiento de la prestación únicamente a la señora GONZALEZ DE ESTRADA FANNY ESTER”.

14. Señaló que la accionante no agotó todos los mecanismos judiciales y administrativos dispuestos por el ordenamiento para amparar pretensiones como la contenida en el escrito de tutela, pues este recurso solo será procedente cuando no exista

otro medio de control, o en caso de existir se esté ante una amenaza de configuración de un perjuicio irremediable, circunstancia que, según considera la entidad, no se acreditó en el presente caso, por lo que solicita que el juez constitucional declare la improcedencia del amparo que ahora revisa esta Sala.

D. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

Actuación procesal previa a las decisiones que revisará la Sala

Primera instancia: sentencia proferida el 20 de febrero de 2017 por el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga (Magdalena).

15. El juez de primera instancia citó la sentencia T-082 de 2016, en la cual la Corte indicó que "por regla general la acción de tutela no procede para cuestionar decisiones que ordenen la suspensión, interrupción, revocatoria o terminación unilateral del acto o decisión que reconoce mesadas pensionales"[21]. De ahí sostuvo que, no es el mecanismo idóneo para controvertir decisiones administrativas, a menos que se presenten circunstancias excepcionales, es decir "salvo que sea un acto contra el cual no proceden recursos" o "salvo que situaciones como la edad o la enfermedad generen un perjuicio irremediable en las garantías constitucionales del peticionario". Posteriormente, indicó que los actos administrativos deben ser controvertidos dentro de los mecanismos dispuestos para tal fin[22].

16. Por lo anterior, concluyó que la acción de tutela interpuesta por Josefina Peñalver Miranda en representación del niño Duban Aceth Estrada es improcedente "ya que ella tuvo la oportunidad de acreditar su derecho ante la jurisdicción ordinaria y no lo hizo, como tampoco presentó los recursos a los actos administrativos, sino que acudió a la acción de tutela, y este mecanismo no puede suplir los procedimientos ordinarios establecidos para (…) el reconocimiento del derecho de pensión de sobreviviente, sin los requisitos que la normatividad tiene establecido para tal fin".

Impugnación[23]

17. La señora Peñalver Miranda argumentó que: i) la suspensión de la mesada nunca le fue notificada, razón por la cual no pudo recurrir dicho acto administrativo, ii)

Colpensiones no tiene duda sobre el parentesco del menor de edad con el señor Armando Estrada Díaz (causante de la prestación pensional que se reclama), a quien se le está afectando lo que considera un "derecho adquirido" que le "corresponde a mi representado por ser hijo del difunto". En este orden de ideas, solicita la tutela de los derechos fundamentales de su hijo que estima vulnerados, e igualmente que se reconozca y empiece a pagar el 50% de la pensión de sobrevinientes que originalmente le había sido reconocida a favor de Duban Aceth Estrada desde el 8 de enero de 2014.

Segunda instancia: sentencia proferida el 4 de abril de 2017 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena).

18. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena) mediante providencia del 4 de abril de 2017, decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la acción de tutela objeto de revisión. Teniendo en cuenta que "no se vinculó a Fanny Ester González de Estrada, que (…) es la beneficiaria del 100% de la pensión de sobrevivientes del causante Armando Estrada Díaz, y en caso de que prosperara la presente acción constitucional se verían afectados los intereses de esa persona, puesto que le mermaría el monto de la mesada pensional que recibe del 100% al 50%, sin que se le permitiera defender sus intereses, violándose con tal actuación el derecho fundamental al debido proceso"[24].

19. De esta manera, recuerda los deberes que tiene el juez de tutela de darle "las garantías del caso a las partes comprometidas para que puedan pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes y hacer uso de los recursos que ofrece el ordenamiento jurídico". Fruto de estas consideraciones, dispuso la devolución del asunto al despacho de primera instancia.

Primera instancia: sentencia proferida el 05 de junio de 2017 por el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga (Magdalena).

20. La decisión adoptada en primera instancia tuteló los derechos fundamentales del accionante representado por su madre, disponiendo que se le reconozca como beneficiario del 50% de la sustitución pensional que su padre dejó causada con ocasión de su muerte. Para llegar a esta conclusión, el juez consideró, entre otras que: (i) En la parte motiva de la Resolución GNR 3650 de 2014, a través de la cual se reconoció al menor Duban Estrada

como beneficiario de la mitad de la asignación pensional, "se dice que esto es en cumplimiento de un fallo judicial del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, posteriormente y sin argumento que soporte la decisión mediante Resolución 140713 de 2015, se revocó la Resolución 3650 de 2014 y se le dio a la esposa Fanny González el 100% en cumplimiento" (negrillas y subrayado fuera del texto original) de idéntico fallo judicial. Así las cosas, manifiesta que no le asiste la razón a Colpensiones para anular una resolución, menos aun cuando este nuevo acto administrativo no ha sido notificado a las partes, cuando conocía perfectamente que el causante tenía un hijo menor de edad. (ii) El acto administrativo que reconoció el 100% del monto pensional a Fanny González de Estrada es producto de una actuación que "aparece como oficiosa, y sin notificación a las partes, por lo que se considera que es violatoria de derechos constitucionales (…) del menor Duban Aceth Estrada Peñalver", por lo que si no se deja sin efectos dicho acto administrativo podrían causarse perjuicios irremediables al menor de edad. (iii) Por tratarse de un menor de edad, se justifica la adopción de una medida inmediata de protección, en cumplimiento del mandato de primacía de los derechos del niño.

Impugnación

21. Colpensiones impugnó el fallo de primera instancia al considerar que en el asunto no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de las actuaciones de la entidad al momento de resolver la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes presentada por la accionante, teniendo en cuenta que el acto administrativo de su interés acata una orden judicial emitida dentro de un proceso ordinario laboral. En este sentido recuerda que, tal y como lo manifiesta el numeral 5º de la Resolución GNR 140713 de 2015, por el hecho de tener como causa una orden judicial no procederá recurso alguno. Sostiene que la prestación reconocida en un 100% a la señora Fanny Ester González por estar amparada en una orden judicial, se convierte en un fallo debidamente ejecutoriado, que ha adquirido firmeza conforme a lo establecido en el artículo 87 del C.P.A.C.A, por lo cual no admite modificación alguna.

22. Por último, indica que "no es competencia del juez constitucional realizar un análisis de fondo frente a la inconformidad de la accionante en cuanto a su pretensión de reconocimiento pensional, además de reflejar el presente caso una desnaturalización de la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez

y subsidiariedad, sean reconocidos los derechos que son de conocimiento del juez ordinario", por ello, solicita que la decisión sea revocada y se disponga la improcedencia de la acción de tutela.

Segunda instancia: sentencia proferida el 15 de agosto de 2017 por La Sala Primera Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena).

23. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena) revocó la decisión de primera instancia y en su lugar decretó la improcedencia del amparo constitucional. Sostiene que la acción de tutela interpuesta por Josefina Peñalver Miranda cuestiona no solo la Resolución Nº 140713 de 2015, sino también la sentencia del 16 de marzo de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, por lo que analiza la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y contra actos administrativos.

24. Frente a lo primero, concluye que de las pruebas aportadas por la accionante no se puede concluir que a la accionante se le haya vulnerado el derecho fundamental al debido proceso, dado que "se desconocen las actuaciones surtidas dentro del proceso ordinario laboral". En lo que tiene que ver con la procedencia del amparo contra el acto administrativo proferido por Colpensiones, manifiesta que no hay lugar a admitir la solicitud pues existen mecanismos ordinarios de defensa que no desconocen los procedimientos administrativos y dan primacía al acceso a la administración de justicia por las vías ordinarias, en particular, sostiene que la accionante debió haber acudido a un proceso laboral ordinario o a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

E. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

25. Mediante Auto del 8 de febrero de 2018, el Magistrado Sustanciador ordenó vincular al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta (Magdalena) para que dentro del término de tres días (3) siguientes al recibo de dicha notificación, se informara de la acción en curso, expresara lo que considerara pertinente y, si quisiera controvirtiera las pruebas acopiadas[25].

26. Según informe enviado por Secretaria General a este despacho el 13 de marzo de 2018, en respuesta al auto de pruebas el Juzgado oficiado remitió dos (2) expedientes

correspondientes al proceso ordinario laboral solicitado por este despacho y un proceso ejecutivo que se libró, entre las mismas partes, de manera posterior y consecuente a la sentencia del 16 de marzo de 2012 que reconoció la sustitución pensional de manera exclusiva a favor de Fanny Esther González de Estrada. Del análisis del expediente y de la sentencia se evidencia qué:

i) Ni en la demanda laboral interpuesta, a través de apoderado, por Fanny González de Estrada, ni en la contestación de la demanda efectuada por el extinto Instituto de Seguros Sociales (sede Magdalena) se hizo alusión alguna a la existencia del menor Duban Aceth Estrada Peñalver. Por el contrario, pese a que existía plena prueba de su existencia, dicho hecho fue omitido por parte de la demandante.

ii) Desde el inicio del juicio, en la etapa conciliatoria se estableció en la fijación del litigio que era necesario "determinar [jurisdiccionalmente] si es procedente condenar al Instituto de los Seguros Sociales y a favor de la actora el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente; y ordenar al Instituto del Seguro Social a cancelar las mesadas dejadas de percibir incluyendo intereses moratorios e indexación a la fecha del pago efectivo". De igual forma que solo se decretaron como medios de prueba los testimonios de Ana Susana Nieves López, Marco Marriaga y Pedro Celestino Calvo y el interrogatorio de parte a Fanny González de Estrada, recalcando que el pensionado fallecido no tuvo hijos u otras relaciones sentimentales.

iii) Los tres testimonios practicados dentro del proceso declarativo laboral iban encaminados a probar la convivencia entre la entonces demandante y el señor Armando Estrada Díaz. Frente a la existencia de otras parejas y/o hijos tan solo hizo breve alusión la señora Ana Susana Nieves López, negando la situación de la siguiente manera: "yo conozco a Fanny González hace años, inclusive desde el año 60, casada con Armando Estrada y tuvo sus hijos con él todos los que yo conozco son [de] el, porque yo conocerle más mujer, NO". Posteriormente, la misma testigo señala que la señora González de Estrada convivía con su cónyuge "(…) el padre de todos sus hijos que ella tuvo con él, no le conocí más mujer a él".

27. Mediante Auto del 23 de abril de 2018 la Sala Cuarta de Revisión Constitucional dispuso ordenar como medida provisional que Colpensiones suspendiera "(…) de manera

inmediata el cumplimiento de la Resolución GNR 140713 del 14 de mayo de 2015, a través de la cual revocó la Resolución 3650 de 2014 y le concedió a Fanny Ester González de Estrada el 100% de la pensión de sobrevivientes que dejó causada Armando Estrada Díaz, a partir del 1 de mayo de 2015"; y que en su lugar la entidad desembolsara la sustitución pensional en dos montos idénticos, cada uno correspondiente al 50% de la prestación que dejó causada el señor Estrada Díaz, una en favor del menor de edad en nombre de quien se interpuso la acción de tutela objeto de revisión, y otra en favor de la entonces beneficiaria. Esto con el propósito de "hacer cesar una vulneración actual de derechos fundamentales que tiene potencialidad de agravarse con el paso del tiempo, mientras se adopta una decisión de fondo y en ese caso determinante frente a la situación de hecho, la cual será oportuna y debidamente notificada a las partes en la futura sentencia"[26].

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

28. Esta Corte es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 15 de diciembre de 2017, proferido por la Sala de Selección de Tutela Número Doce de esta corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Legitimación por activa: Josefina Isabel Peñalver Miranda actúa en nombre de su hijo menor de edad, Duban Aceth Estrada Peñalver, titular de los derechos invocados, razón por la cual, se encuentra legitimada para promover la acción de tutela (C.P. art. 86, Decreto 2591/91 art. 1 y art.10). Así, dado que la accionante es la única representante legal del menor, en razón de su edad, filiación consanguínea y el fallecimiento de su padre, se encuentra plenamente acreditado el requisito.

Legitimación por pasiva: Colpensiones es una autoridad pública organizada como empresa industrial y comercial del Estado, a la cual se le acusa de haber transgredido los derechos fundamentales del accionante. Los artículos 5, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991 establecen que la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra

una autoridad pública o un particular, en los casos determinados por la ley, cuando se les atribuye la vulneración de un derecho fundamental. En este orden de ideas, concluye la Sala que la entidad se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción de tutela.

Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta (Magdalena), vinculado al presente proceso[27], es una entidad de naturaleza pública, perteneciente a la rama judicial del poder, que ejerce función jurisdiccional. Por lo tanto, es susceptible de demanda de tutela (C.P. 86, Decreto 2591 de 1991 art. 1 y art. 13). Además, como ya fue anotado, el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede en contra de acciones u omisiones de toda autoridad pública, por lo que se encuentra cumplido este supuesto de procedibilidad.

Fanny Ester González de Estrada, en calidad de beneficiaria de la sustitución pensional, y vinculada al proceso de tutela desde el auto admisorio de la demanda[28], como directamente interesada en las resultas del proceso, es demandable en proceso de tutela (Art. 86 CP, arts. 5 del Decreto 2591 de 1991).

Inmediatez: Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. En el caso concreto se concluye que la acción de tutela interpuesta por Josefina Isabel Peñalver Miranda en nombre del su hijo menor de edad, Duban Aceth Estrada Peñalver, en contra de Colpensiones, acredita este requisito, ya que trascurrió un lapso aceptable entre el momento en que recibió una respuesta administrativa efectiva sobre el motivo de la suspensión de la mesada, Resolución GNR 9453 del 23 de abril de 2016 y el 6 de febrero de 2017, fecha en que la acción de tutela fue interpuesta[29].

Subsidiariedad: La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que de manera excepcional, se habilita la acción de tutela como mecanismo principal o transitorio, para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional cuando, de acuerdo con las particularidades de cada caso, se verifiquen los siguientes aspectos: (i) no existe otro medio judicial de protección; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; (iii) el caso

supone un problema jurídico de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido[30].

Frente al escenario de la acción de tutela contra decisiones administrativas que niegan reconocimientos pensionales, la Corte ha estimado necesaria la comprobación de un grado mínimo de diligencia al momento de buscar la salvaguarda del derecho invocado y la afectación del mínimo vital como consecuencia de la suspensión del derecho pensional. A su turno, para poder estudiar de fondo el asunto, este tribunal ha exigido que se presente un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y titularidad del derecho reclamado. En síntesis, procede la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de un derecho pensional cuando de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, se constate que es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable o cuando existan los mecanismos de defensa judicial ordinarios pero aquellos no son eficaces para proteger, de manera efectiva, los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Es así como pasa la Sala Cuarta a efectuar el análisis del caso puesto en consideración de la siguiente forma:

i) Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional: Duban Aceth Estrada Peñalver, al momento de la interposición de la presente acción de tutela contaba con 13 años, es decir, es un menor de edad a quien debe procurársele la protección en sus derechos teniendo en cuenta que “debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional”[31].

ii) La falta de pago de la prestación o su disminución debe generar un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al mínimo vital: El titular de los derechos fundamentales presuntamente afectados y su núcleo familiar, están pasando por una condición económica apremiante. Según las pruebas que reposan en el expediente: (a) la madre del accionante es una persona de más de 61 años; (b) sin capacidad física para desempeñarse en alguna labor en razón de la avanzada artrosis; (c) no cuenta con pensión o empleo alguno; y, (d) es beneficiaria del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

iii) El afectado debe haber desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el

objeto de que le sea reconocida la prestación que reclama: Josefina Peñalver Miranda mostró un comportamiento diligente desde la muerte de quien fue su pareja, ocurrida el 23 de enero de 2009, pues reclamó en nombre propio y a favor de su hijo, la sustitución pensional, es decir, menos de un mes después. Posteriormente, luego de finalizar el trámite jurisdiccional ordinario al cual no fueron vinculados, Colpensiones reconoció en aplicación de la primacía de los derechos de los niños la sustitución en cuantía del 50% a través de la Resolución GNR 3650 del 8 de enero de 2014. Empero, esta fue posteriormente revocada en cumplimiento de la misma providencia judicial a través de la Resolución GNR 140713 del 14 de mayo de 2015, la cual nunca le fue notificada. Así las cosas, ante la interrupción intempestiva de los pagos de las mesadas pensionales solicitó el 6 de febrero de 2017 para que le explicaran de fondo las razones por las cuales habían decretado esa interrupción y en últimas la reactivación en los pagos, para finalmente interponer la acción de tutela que en esta oportunidad revisa la Sala.

Es decir, con el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de su hijo en el año 2014, tenía no solo un derecho adquirido, sino una confianza legítima en que esto sería pagado hasta que su hijo cumpliera los 18 años (o eventualmente 25). Por último, al menor de edad no podía exigírsele ninguna conducta de diligencia esperada, pues su padre falleció cuando este apenas tenía 6 años y no ha superado su estatus de menor de edad en todas las actuaciones que se acaban de reseñar, por lo que la responsabilidad recayó siempre en cabeza de su representante legal, esto es, su madre. En este orden de ideas, se encuentra suficientemente satisfecho este requisito de análisis para la eventual procedencia de un amparo como el que en esta oportunidad es objeto de revisión.

iv) Es necesario que se acrediten siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados: No le asiste razón a Colpensiones al deprecar la improcedencia del amparo con base en que la sentencia que reconoció a Fanny Ester González el 100% de la mesada esta amparada en la cosa juzgada, y por ende no admite modificación alguna[32]. Pues, el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social, ha establecido con claridad que las acciones judiciales que deban ser promovidas por menores de edad, se computan desde que estos adquieren la mayoría de edad, y en ese sentido, este podría acudir al juez laboral para el reconocimiento de la sustitución pensional; más específicamente indicó la Sala de Casación Laboral que:

“se impone a la Corte Suprema de Justicia llamar la atención a los falladores en torno a que cuando las acciones laborales sean promovidas por menores de edad, es riguroso cumplir con el deber de guardar sumo cuidado en lo que respecta con el estudio de la suspensión del término de prescripción de las acciones, dada la celosa protección que la Constitución Política pregona en relación con los derechos de los mismos. Tampoco hay que olvidar la doctrina enseñada por esta Corporación en lo atinente a que la regulación del fenómeno de la suspensión de la prescripción corresponde a un tema de orden público y esa regulación debe ser aplicada estrictamente, aunque no hubiera sido alegada en las instancias. Por lo discurrido habrá de casarse parcialmente la sentencia”[33] (negrilla original).

En este orden de ideas, solicitarle al menor de edad acudir a la Jurisdicción Ordinaria Laboral a través de alguno de sus representantes o esperar a que este adquiera capacidad jurídica para demandar por sí solo, resulta demasiado gravoso, sobre todo en el último supuesto, si se tiene en cuenta que de conformidad con el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los hijos tienen derecho a la pensión de sobrevivientes de modo temporal hasta cumplir la mayoría de edad o a los 25 años si acreditan que estudian. Ello, aunado a que las condiciones económicas del núcleo familiar del titular de los derechos fundamentales son precarias, lo que impide que se dilate aún más una decisión de fondo respecto del restablecimiento de su mínimo vital, entre otros derechos.

v) Debe existir una mediana certeza sobre el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento del derecho reclamado: De las pruebas aportadas al proceso, se hace evidente el cumplimiento de los requisitos para acceder a la sustitución de la mesada pensional, tan es así que esta fue reconocida en una primera oportunidad por parte de la misma accionada, Colpensiones, quien en aplicación de la primacía de los derechos de los niños le pagó al menor de edad, por más de un año, el valor correspondiente al 50% de la pensión solamente después de haber verificado que se encontraban acreditados los presupuestos legalmente dispuestos[34].

29. Al tener en cuenta las anteriores consideraciones concluye la Sala Cuarta de Revisión que la acción de tutela que en esta oportunidad es objeto de revisión es procedente, por ello, se pasará al análisis de fondo y a adoptar una decisión frente a las solicitudes contenidas en el amparo constitucional.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

30. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, se evidencia que en el presente caso concurren los elementos para que operen las facultades extra y ultra petita[35] del juez constitucional dada la afectación de los derechos fundamentales de un menor de edad[36], quien, por la falta de recursos de su única representante y su incapacidad jurídica para defenderse por sí solo, su derecho a la sustitución pensional viene siendo conculcado como consecuencia de un aparente error inducido al que se llevó al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, al proferir la sentencia del 16 de marzo de 2012, y que reconoció a la cónyuge supérstite el 100% de la mesada a sustituir.

31. Específicamente para este caso y sin que se entienda que se relativizan los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, dadas las especiales circunstancias del presente asunto, no se estudiarán los requisitos de tutela contra providencia judicial, entre otras razones, porque Duban Aceth Estrada Peñalver al no haber sido parte del proceso laboral ordinario en cita, no contó con la oportunidad procesal de ejercer su derecho a la defensa y de contradicción o agotar los recursos ordinarios a disposición, ello, aunado a que se trata de un menor de edad y en primacía de los derechos que le asisten. Así las cosas, le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la sentencia del 16 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, incurrió en un defecto por error inducido al omitir la cónyuge demandante y la demandada Colpensiones, poner en conocimiento de dicho juez sobre la existencia de otros beneficiarios con mejor o igual derecho, entre ellos, un menor de edad, antes de que se profiriera el fallo que le reconoció el 100% de la mesada pensional a la única demandante.

32. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá a: i) una breve caracterización del defecto por error inducido; ii) el derecho a la seguridad social y el alcance de la obligación de demandar la sustitución pensional y, iii) finalmente, se adoptará una decisión de fondo en el asunto que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

D. ERROR INDUCIDO

33. Este defecto se configura “cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo ha llevado a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales”[37]. Es decir, se presenta cuando el juez es víctima de un engaño de las partes o terceros llevándolo a adoptar una decisión que desconoce derechos fundamentales. En estos casos la providencia judicial es emitida de manera razonada y en apego al ordenamiento jurídico, pero ella involucra veladamente un yerro, pues “se juzga verdadero lo que es falso porque la situación fáctica o jurídica planteada dentro del proceso no corresponde a la realidad como consecuencia del engaño, la manipulación de la información o el suministro fraccionado de la misma al juez”[38].

34. La Sala Octava de Revisión, en la sentencia T-863 de 2013, revisó una tutela contra providencia judicial en el caso de un menor que fue privado de la cuota alimentaria que se descontaba de la nómina de su progenitor, al omitirse por parte de este, mencionar en su proceso de divorcio que tenía un hijo a cargo y responsabilidad de alimentos. En esa oportunidad se reiteraron los siguientes requisitos de configuración:

“a) La providencia que contiene el error está en firme;

c) No obstante el juez haber actuado con la debida diligencia, la decisión resulta equivocada en cuanto se fundamenta en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas en las cuales hay error;

d) El error no es atribuible al funcionario judicial si no al actuar de un tercero (órgano estatal u otra persona natural o jurídica); y

e) La providencia judicial produce un perjuicio ius fundamental”.

35. En suma, la causal que ahora se estudia no reprocha la actuación del juez, en cuanto a algún asunto de forma, competencia o argumentación, pues el vicio proviene de la actuación inconstitucional de otros que provocan el error en el fallo que se profiere.

E. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SUSTITUCIÓN PENSIONAL – REITERACIÓN

36. En abundante jurisprudencia se ha ratificado la importancia de la prestación social asignada a palear las contingencias propias derivadas del fallecimiento del afiliado o pensionado quien no solo brindaba apoyo, afecto, y demás comportamientos propios de la

familia, sino que a su vez era fuente de sustento de su núcleo familiar. Es así, como en la sentencia C-066 de 2016 respecto de la pensión de sobrevivientes prevista en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sostuvo que "pueden presentarse dos hipótesis, la primera consistente en lo que se ha denominado como sustitución o subrogación pensional, caso en el que la misma ya está sufragada en tanto que el causante es pensionado; y la segunda referente a la pensión de sobrevivientes, evento en el que su financiamiento es menos riguroso ya que el afiliado fallecido no consolidó derecho pensional alguno"[39].

37. En el artículo 47 de la ley del sistema general de pensiones, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se estipulan las personas y condiciones a cumplir, para ser titulares de dicha pensión, los cuales se sintetizan en los siguientes grupos:

a) Cónyuge o compañero o compañera permanente o supérstite, de forma vitalicia o permanente dependiendo de la edad (30 años), si procrearon hijos e hicieron vida marital con el causante hasta su muerte y no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

b) Hijos menores y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de estudio y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

c) Padres del causante que dependían económicamente de este, en el evento de no existir cónyuge o compañero o compañera permanente e hijos con derecho.

d) Hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste, a falta de cónyuge o compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho.

38. Conforme a cada orden de beneficiarios, la ley exige la acreditación de unas condiciones según el nivel de cercanía con el causante, es así como a la pareja de este, -cónyuge o compañero permanente- al no contar con vínculo de filiación, requiere demostrar principalmente el quinquenio de convivencia marital hasta el día del fallecimiento, a excepción del caso del esposo separado de hecho que conserva vigente la sociedad conyugal[40]. A los descendientes en primer grado mientras son menores de edad y estudian el respectivo parentesco. De igual modo, los padres y hermanos inválidos deberán

comprobar su vínculo y la dependencia económica. De igual modo se precisa en ese mismo artículo que los beneficiarios de los literales a), b) y c) tienen un derecho concurrente, es decir, se divide entre la esposa, compañeras o hijos la totalidad de la mesada, mientras que los sujetos de los literales d) y e) padres y hermanos, son excluyentes y solo en caso de no existir otros con mejor derecho.

39. Por interesar al caso, frente a los beneficiarios del primer grupo, se tiene que el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 contempla tres hipótesis distintas cuando convergen distintas relaciones, a saber:

(i) La que se presenta cuando respecto del causante pensionado existe un compañero o compañera permanente quien detenta una sociedad conyugal anterior que no fue disuelta –convivencia sucesiva-. En este caso, la pensión de sobrevivientes se divide entre el cónyuge y el compañero o compañera en una cuota parte proporcional al tiempo de cohabitación con el causante, siempre y cuando se acredite en ambos casos el quinquenio de convivencia efectiva.

(ii) Sin distinción del estatus del causante de la prestación social, convergen en el último quinquenio de vida del afiliado o pensionado la convivencia efectiva entre el compañero o compañera permanente y el cónyuge supérstite –convivencia simultánea-.

(iii) El vínculo matrimonial y la unión marital de hecho se consolidaron en periodos distintos, –convivencias no simultáneas-, estando, no obstante, separado de hecho de su cónyuge. De acuerdo con la Ley 797 de 2003, tal situación permite que la compañera o el compañero permanente reclamen una cuota parte de la prestación correspondiente, en forma vitalicia, en un porcentaje proporcional al tiempo que convivieron con el causante, siempre que haya sido superior a los últimos cinco años antes de su fallecimiento. La otra cuota parte le corresponderá al cónyuge supérstite del afiliado o pensionado.

40. Ante las dificultades que se presentan en los casos de relaciones afectivas múltiples, el legislador expidió la Ley 1204 de 2008 para simplificar el trámite de sustituciones pensionales, en cuyo artículo 6 dispuso respecto de la controversia entre beneficiarios lo siguiente:

“ARTÍCULO 6o. DEFINICIÓN DEL DERECHO A SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN CASO DE

CONTROVERSIA. En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios por el derecho a acceder a la pensión de sustitución, se procederá de la siguiente manera:

Si la controversia radica entre cónyuges y compañera (o) permanente, y no versa sobre los hijos, se procederá reconociéndole a estos el 50% del valor de la pensión, dividido por partes iguales entre el número de hijos comprendidos. El 50% restante, quedará pendiente de pago, por parte del operador, mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le debe asignar y en qué proporción, sea cónyuge o compañero (a) permanente o ambos si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido con el causante, según las normas legales que la regulan. Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente dirima el conflicto.

Si la controversia radica entre hijos y no existiere cónyuge o compañero (a) permanente que reclame la pensión, el 100% de la pensión se repartirá en iguales partes entre el total de hijos reclamantes, pero solo se ordenará pagar las cuotas que no estuvieran en conflicto, en espera a que la jurisdicción decida. Si existe cónyuge o compañero (a) permanente se asignará el 50% a este o estas(os) y sobre el 50% correspondiente a los hijos se procederá como se dispuso precedentemente" (subraya fuera de texto).

41. En ese orden, se colige respecto de la finalidad de esta prestación social y de las exigencias para acceder a la misma, que: (i) el legislador ha establecido un orden de prelación y exclusión entre los beneficiarios, del cual se puede constatar que no todos cuentan con el mismo derecho, en tanto que está previsto un desplazamiento entre los legitimados y unas condiciones diferentes para mantener el beneficio; (ii) se establecen condiciones de acceso con la finalidad de proteger al verdadero núcleo familiar de reclamaciones ilegítimas que puedan menguar la garantía de protección; (iii) evita el uso de maniobras artificiales o manipuladas para obtener el beneficio económico; y (iv) en los eventos en los que existe colisión entre los destinatarios, se aplicarán las reglas del artículo 6 de la Ley 1204 de 2008.

F. VERIFICACIÓN DEL DEFECTO POR ERROR INDUCIDO EN LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA, EL 16 DE MARZO DE 2012

42. Acorde con los requisitos jurisprudenciales que deben concurrir para que se

presente el defecto aludido[41], se constata en el presente caso que:

1) El fallo que reconoció el 100% de la sustitución pensional a la cónyuge supérstite, de 16 de marzo de 2012, no fue objeto de apelación ni surtió el grado jurisdiccional de consulta, por lo que al estar debidamente ejecutoriado se encuentra en firme.

2) Puesto que se solicitó al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta el expediente del proceso ordinario[42], del mismo y de la sentencia se puede corroborar que el fallo se adoptó conforme a derecho -literal a) del artículo 47 de la Ley 100/93- y sin yerros imputables al juez.

3) El fallador de instancia obró con la debida diligencia que se espera de un funcionario que administra justicia, pues la demanda ordinaria laboral se presentó el 23 de septiembre de 2011[43] y se resolvió el 16 de marzo de 2012, conforme a los hechos presentados por el apoderado judicial, los testimonios recaudados y las disposiciones pertinentes de la Ley 100 de 1993 en materia de sustitución pensional. No obstante, la decisión fue equivocada en cuanto se pretermitió en la narración de la situación fáctica, la existencia de otros beneficiarios con igual o mejor derecho, tanto por parte de la esposa demandante como de Colpensiones en calidad de demandada.

4) Dicho yerro, no es atribuible al despacho judicial sino al actuar reprochable de la parte demandante y de la demandada, conforme a las siguientes pruebas y conclusiones:

4.1) Mediante Resolución Nº 12351 del 2 de agosto de 2010, el entonces ISS dejó en suspenso el estudio y reconocimiento pensional que les pudiera corresponder a los solicitantes[44], al haberse presentado conflicto en los términos del artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, entre los posibles beneficiarios, esto es la compañera permanente en nombre propio y en representación del hijo procreado con el causante y la cónyuge sobreviviente, dicha SAFP dispuso que se iniciara el respectivo proceso ordinario para determinar las cuotas y titulares del derecho.

4.2) De la lectura expresa de la demanda ordinaria se puede corroborar que se le presentó al juez una versión distinta de la realidad, pues no se mencionó que el proceso ordinario laboral se originó por la suspensión dada en la Resolución Nº 12351 del 2 de agosto de 2010, sino que por el contrario se indicó al juzgado que “Con fecha 18 de diciembre de 2009

mi poderdante, señora FANNY ESTHER GONZALEZ DE ESTRADA, presentó solicitud ante el ISS para reclamar la pensión de sobrevivientes en calidad de esposa del fallecido, por considerar tener el derecho (…) hasta la fecha la entidad no se ha pronunciado en cuanto a la solicitud hecha por mi poderdante, y ya han transcurrido más de cuatro meses”[45] (subraya fuera de texto).

4.3) Conforme a lo anterior, se verifica que no solo se pretermitió mencionar la existencia de Josefina Isabel Peñalver Miranda como presunta compañera permanente y Duban Aceth Estrada Peñalver hijo del causante, sino que faltó a la buena fe procesal[46], pues el Instituto de los Seguros Sociales si había dado respuesta a su solicitud, en el sentido de dejarla en suspenso por el conflicto entre beneficiarios, esto es, el 2 de agosto de 2010, un año y un mes previos a la presentación de la demanda ordinaria, realizada el 23 de septiembre de 2011, y ni la demandante o la demandada pusieron en conocimiento al fallador de instancia de la existencia de otros posibles beneficiarios.

4.4) Los medios de pruebas solicitados y decretados, consistentes en los testimonios de Ana Susana Nieves López, Marco Marriaga y Pedro Celestino Calvo y el interrogatorio de parte de Fanny González de Estrada, condujeron a afirmar bajo juramento[47] frente a la existencia de otras parejas y/o hijos que “yo conozco a Fanny González hace años, inclusive desde el año 60, casada con Armando Estrada y tuvo sus hijos con él todos los que yo conozco son [de] el, porque yo conocerle más mujer, NO”. Posteriormente, la misma testigo señala que la señora González de Estrada convivía con su cónyuge “(…) el padre de todos sus hijos que ella tuvo con él, no le conocí más mujer a él” [48].

4.5) En suma, se constata que la declaración efectuada por el mencionado despacho judicial a favor de Fanny Esther González de Estrada como beneficiaria del 100% de la sustitución pensional, se originó, en que desde el inicio del proceso omitió, y al parecer, conscientemente, poner en conocimiento el origen del litigio y la existencia de la Resolución Nº 12351 del 2 de agosto de 2010, de los cuales, de haber sido presentados al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, habrían conducido a un resultado distinto, por la debida integración del contradictorio y por lo menos, en lo que respecta al derecho del hijo, le habría sido adjudicado el 50% de la mesada.

5) Se verifica que el fallo de 16 de marzo de 2012, produce un perjuicio ius fundamental a

Duban Aceth Estrada Peñalver, pues pese a que desde el año 2014 disfrutaba de la mitad de la pensión de su padre, reconocida en la Resolución GNR 3650 del 8 de enero de esa anualidad, la misma fue revocada como consecuencia de la petición elevada en dos ocasiones por la otra beneficiaria, profiriéndose la Resolución GNR 140713 de 14 de mayo de 2015[49], y confirmada en la Resolución GNR 119453 de 25 de abril de 2016[50], por lo que hasta la fecha, se encuentra desprovisto del mínimo vital que le proporcionaba la mitad de la mesada equivalente a un salario mínimo.

43. Verificado el error al que se indujo al Juez Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, quien de haber sido puesto en conocimiento de la existencia de los otros beneficiarios habría procedido a aplicar las reglas del artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, vistas en el numeral 40 de esta sentencia, esto es, si la controversia es entre compañera y cónyuge, se dividirá entre estas el 50% de la pensión, correspondiéndole al hijo el 50% restante.

44. En consecuencia de lo anterior, se impone decretar la nulidad de todo lo actuado en el proceso 2011-00174-00 desde el auto admisorio de la demanda, a fin de que el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta integre el contradictorio con Josefina Isabel Peñalver Miranda, a nombre propio y en representación de su hijo Duban Aceth Estrada Peñalver. Teniendo en consideración la actitud procesal de la demandante Fanny Ester González de Estrada en cuanto al perjuicio económico causado al menor Estrada Pelalver y si opera de algún modo una compensación en las mesadas que dejó de percibir desde agosto de 2015.

45. Adicionalmente, se dejarán sin efectos los actos administrativos emanados de la sentencia de 16 de marzo de 2012, esto es, las resoluciones GNR 3650 del 8 de enero de 2014 (reconoció 50% a la cónyuge y 50% al hijo), GNR 140713 de 14 de mayo de 2015 (revocó parcialmente el reconocimiento del 50% del hijo) y GNR 119453 de 25 de abril de 2016 (confirmó la exclusión de nómina el menor por el cumplimento del mencionado fallo judicial).

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

46. El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta (Magdalena), mediante sentencia del 16 de marzo de 2012, ordenó “reconocer a la demandante FANNY ESTER

GONZÁLEZ DE ESTRADA, cónyuge supérstite del causante ARMANDO ESTRADA DÍAZ, el 100% de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia". Sin embargo, al tomar esta decisión desconocía, por un error inducido –supra numeral 42- que el causante procreó un hijo, Duban Aceth Estrada Peñalver, con Josefina Peñalver Miranda, aparente compañera permanente, razón por la cual al aplicar de manera acertada el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, encontró que la única beneficiaria de la sustitución pensional era quien la reclamaba judicialmente ante el extinto ISS. Esto, tras valorar todo el material probatorio –declaración de parte y testimonios- y teniendo en cuenta todos los posibles escenarios que razonablemente podía plantearse a la fecha, con la información que le había sido suministrada.

47. En un fallo extra y ultra petita en atención del interés superior del menor, se consideró que el asunto recaía en una tutela contra providencia judicial, por lo que al analizar el expediente del proceso ordinario se evidenció que la cónyuge demandante pretermitió mencionar la existencia de Josefina Isabel Peñalver Miranda como presunta compañera permanente y Duban Aceth Estrada Peñalver hijo del causante, y además faltó a la buena fe procesal, pues el Instituto de los Seguros Sociales si había dado respuesta a su solicitud, en el sentido de dejarla en suspenso por el conflicto entre beneficiarios -2 de agosto de 2010- un año y un mes previo a la presentación de la demanda ordinaria -23 de septiembre de 2011- llevando con ello, a que el referido despacho ignorara por completo la existencia de otro potencial beneficiario según el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, configurándose así un defecto por error inducido –supra numeral 34-.

48. La señora Josefina Peñalver Miranda deberá presentarse a la vinculación en nombre de su hijo y a nombre propio si lo desea, de la demanda laboral ordinaria a fin de que se resuelva el conflicto suscitado entre los beneficiarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y artículo 6 de la Ley 1204 de 2008. Pues se evidencia que de la situación fáctica planteada como mínimo existen dos beneficiarios de la sustitución pensional que causó Armando Estrada Díaz, y que cumplen con los requisitos para recibir el pago de manera concurrente, a quienes les asiste derecho para reclamar la prestación: De un lado, Fanny González de Estrada, como cónyuge supérstite, que no solo tiene más de 30 años de edad (nació el 07 de agosto de 1945), sino que convivió con el causante por más de 5 años antes de su muerte. De otro lado, Duban Aceth Estrada Peñalver, como hijo del causante, menor de 18 años. Lo anterior, tal y como había sido

reconocido por el extinto ISS mediante Resolución Nº GNR 3650 del 8 de enero de 2014.

49. Así las cosas, teniendo en cuenta que: i) la sentencia del 16 de marzo de 2012 como consecuencia de configurarse un defecto por error inducido, además conduce a la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio para que se integre debidamente el contradictorio, ii) Josefina Peñalver Miranda, actuando en nombre de su hijo menor de edad Duban Aceth Estrada Peñalver, y en causa propia si lo desea, deberá presentarse ante el Juez Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, a fin de que se defina el conflicto entre beneficiarios de la sustitución pensional y, iii) que al menor al que se le han vulnerado importantes derechos de carácter fundamental como el acceso a la administración de justicia, el debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital; la Sala optará, considerando sus circunstancias, por proteger sus derechos de manera transitoria para evitar que pueda llegar a configurarse un perjuicio irremediable.

50. En este sentido, se dejarán sin efectos los actos administrativos 2016 emanados de la sentencia de 16 de marzo de 2012, esto es, las resoluciones GNR 3650 del 8 de enero de 2014 (reconoció 50% a la cónyuge y 50% al hijo), GNR 140713 de 14 de mayo de 2015 (revocó parcialmente el reconocimiento del 50% del hijo) y GNR 119453 de 25 de abril de 2016 (confirmó la exclusión de nómina el menor por el cumplimento del mencionado fallo judicial).

51. De manera que, la señora Josefina Isabel Peñalver, atendiendo a los fundamentos expuestos en esta providencia, deberá hacerse parte a nombre propio si lo desea, y en representación de su hijo menor, en el proceso ordinario laboral radicado 47-091-31-05-20011-0174-00, para solicitar ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social que en su caso concreto se aplique lo dispuesto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993; para estos efectos, se ordenará a la Defensoría del Pueblo de la Regional Magdalena que en desarrollo de sus funciones legales, los asesore y represente en el término de máximo de cuatro (4) meses, con el fin de que sea el juez competente para conocer este tipo de asuntos quien reconozca de manera definitiva la titularidad y la distribución de la sustitución pensional de la asignación que dejó causada Armando Estrada Díaz. Adicionalmente, deberá requerir que en esa instancia dilucide lo concerniente al retroactivo de las mesadas pensionales no desembolsadas desde agosto de 2015.

52. Finalmente, la Sala advierte que la protección como mecanismo transitorio garantiza que Duban Aceth Estrada Peñalver seguirá percibiendo el 50% del monto de la sustitución pensional que dejó causada Armando Estrada Díaz, tal y como viene ocurriendo desde el 23 de abril de 2018, fecha en que esta misma Sala de Revisión optó por proferir la medida cautelar. Lo anterior, para tener claridad de que no es la medida provisional la que esté prorrogando sus efectos, sino que se está ante un amparo transitorio, en razón a que, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, la medida cautelar que se adopta en sede de revisión tiene por finalidad el "no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante", es decir, su duración tiene como extremo temporal la emisión del fallo por parte del juez de tutela. No obstante lo anterior, en su lugar, el artículo 8 del mismo decreto, en aras de evitar un perjuicio irremediable al accionante, dota al operador constitucional con la facultad para, en su fallo, tutelar los derechos de manera transitoria, como ocurrió en esta oportunidad y, hasta que el respectivo juez de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, dirima el asunto.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias de 5 de junio de 2017 proferida, en primera instancia, por el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga (Magdalena) y del 15 de agosto de 2017 proferida, en segunda instancia, por la Sala Primera Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta (Magdalena), dictadas en el presente juicio de tutela. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la seguridad social, al mínimo vital y al interés superior del menor de edad Duban Aceth Estrada Peñalver y, por consiguiente, CONCEDER la presente acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar que pueda configurarse un perjuicio irremediable en los derechos del menor de edad, hasta que la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social dirima el asunto.

Segundo.- Declarar la NULIDAD de todo lo actuado desde el auto admisorio en el proceso

radicado, a fin de que se integre debidamente el contradictorio y se decidan los porcentajes y titulares de la sustitución pensional.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS, la Resolución GNR 119453 de 25 de abril de 2016 que confirmó la exclusión de nómina del menor de edad por el cumplimento del mencionado fallo judicial, y la Resolución GNR 140713 del 14 de mayo de 2015, proferida por Colpensiones, a través de la cual la entidad revocó la Resolución 3650 de 2014 y le concedió a Fanny Ester González de Estrada el 100% de la pensión de sobrevivientes que dejó causada Armando Estrada Díaz, a partir del 1 de mayo de 2015. Lo anterior, hasta que el juez laboral ordinario se pronuncie de manera definitiva sobre el asunto. En su lugar, Colpensiones deberá seguir pagando la aludida sustitución pensional en los términos de la Resolución 3650 del 8 de enero de 2014 y de la medida cautelar que esta Sala de Revisión en su momento adoptó, es decir reconociendo el 50% de la pensión a favor del menor de edad.

Cuarto.- ADVERTIR a Josefina Isabel Peñalver Miranda que debe hacerse parte a nombre de Duban Aceth Estrada Peñalver y en causa propia si lo desea, en la acción ordinaria laboral radicado 47-091-31-05-20011-0174-00, promovida en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, solicitando el reconocimiento de la sustitución pensional, así como el respectivo retroactivo, en el término que el mencionado despacho judicial indique, so pena de que cese el amparo aquí deprecado con este fallo de tutela.

Quinto.- ORDENAR a la Defensoría del Pueblo de la Regional Magdalena que, en cumplimiento de sus funciones legales, asesore y represente a la accionante en la vinculación y trámite del proceso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social, en un término que no exceda los cuatro (4) meses, para efectos de que la protección concedida continúe. Por lo anterior, la Secretaría General de la Corte Constitucional deberá remitir a dicha autoridad copia de la presente providencia.

Sexto.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes –a través del Consejo Seccional de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Caldas –, previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Según el Registro Civil de Nacimiento, el menor nació el 2 de abril de 2003, folio 15 cuaderno No1.

[2] Folio 7, cuaderno Nº4 (recibido en sede de Revisión).

[3] Folio 15, cuaderno Nº2.

[4] Folio 9, cuaderno Nº4 (recibido en sede de Revisión).

[5] Solicitud de prestaciones económicas, Cédula de Ciudadanía de la peticionaria, Cédula de Ciudadanía del causante, Registro Civil de Nacimiento de la Peticionaria, Registro Civil de Nacimiento del causante, Registro Civil de Nacimiento del hijo menor de edad, Registro Civil

de Matrimonio, Registro Civil de Defunción del causante y declaraciones juramentadas.

[6] Exactamente los mismos que la señora Peñalver Miranda y adicionalmente la Tarjeta de Identidad de su hijo menor de edad.

[7] Folio 11, cuaderno Nº2.

[8] Folio 11, cuaderno Nº2.

[9] Radicado 47-091-31-05-20011-0174-00.

[10] Hechos de la demanda ordinaria laboral, folios 1 al 7 del expediente 2011-00174-00.

[11] Folios 12 y 13, cuaderno Nº2.

[12] Folios 11-14, cuaderno Nº2.

[13] Idem.

[14] Folio 11, cuaderno de selección.

[16] Folios 11 a 13, cuaderno de selección.

[17] Idem.

[18] Folio 27 reverso, cuaderno Nº1.

[19] Folio 1, cuaderno Nº2.

[20] Constancia de reparto del 6 de febrero de 2017, folio 18 cuaderno Nº1.

[21] Sentencia T-082/16.

[22] Folio 34, cuaderno Nº2.

[23] Folios 75 al 78, cuaderno Nº1.

[24] Providencia del 4 de abril de 2017 folios 51 a 55, cuaderno Nº1.

[25] De igual forma, le solicitó a dicha autoridad judicial que remitiera a esta Corte el expediente correspondiente al proceso con radicado Nº 47-091-31-05-20011-0174-00, en el cual adoptó la sentencia del 16 de marzo de 2012, a la que hace alusión el numeral 5º de los antecedentes de esta providencia, donde ordenó al entonces Instituto de Seguros Sociales a pagarle a Fanny Ester González de Estrada el 100% de una pensión de sobrevivientes, de manera vitalicia.

[26] Dicha medida fue unánimemente adoptada por la Sala Cuarta de Revisión Constitucional al evidenciar que el Juez Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta (Magdalena) al proferir la sentencia del 16 de marzo de 2012, desconocía por completo la existencia de un menor de edad (Duban Aceth Estrada Peñalver) hijo del causante pensional, que no era descendiente de la señora Fanny González de Estrada.

[27] En virtud del auto señalado en el numeral 25 de los antecedentes de esta sentencia.

[28] Mediante providencia del 4 de abril de 2017 folios 51 a 55, cuaderno Nº1.

[29] No puede pasarse por alto que existe una obligación a cargo del Estado de proteger a los menores de edad, de ahí que de conformidad con las sentencias T-514/16 y T-081/17, entre otras, debe darse prevalencia a la tutela de los derechos de este especial grupo poblacional, en razón del principio del interés superior del menor (artículo 44 Constitucional).

[30] Sentencia T-814/11.

[31] Sentencia T-200/14

[32] Ver supra numeral 21 de la presente sentencia.

[33] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 30 de octubre de 2012, radicado 39631.

[34] Para llegar a esta conclusión, basta revisar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 que dispone, entre otras, que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: “c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del

causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez".

[35] Pese a que el presente caso no se alegó la configuración de una causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial, en la sentencia de unificación SU-195/12 la Sala Plena reiteró la facultad que ostentan los jueces de tutela para resolver un asunto distinto al solicitado; en esa oportunidad la Corte indicó que: "En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales" (subraya fuera de texto). Posición también reiterada en las sentencias de unificación SU-484/08 y SU-515/13.

[36] En la sentencia C-058/18, la Corte al declarar exequibles algunos apartes de los artículos 75 y 76 del Código de la Infancia y la Adolescencia reiteró que "De esta manera se constata que el interés superior del menor ha sido el criterio fundante para analizar algunas normas que involucran el alcance de algunos de sus derechos, por lo que de la jurisprudencia constitucional abordada se puede concluir que (…) la consideración de la salvaguarda del interés superior no es un criterio de último recurso, sino de examen particular, caso por caso, para verificar realmente cuál es la mejor opción para un menor de edad".

[37] Sentencia SU-917/13.

[38] Sentencia T-863/13.

[39] Reiterada en la sentencia T-370/17.

[40] Sentencia T-504/15.

[41] Ver supra numeral 34 de la presente sentencia.

[42] Relación del decreto de pruebas en el numeral 26 de la presente sentencia.

[43] Constancia de reparto, folio 15 del expediente 2011-00174-00.

[44] Supra numeral 6 de la presente sentencia.

[45] Folio 2 del expediente 2011-00174-00.

[46] En la sentencia C-1194/ 98 esta corporación señaló que "el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones reciprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada".

[47] Desde la sentencia C-616/97 esta Corte ha expresado que es una "garantía de veracidad por la que propende el juramento como medio de prueba, encuentra su concreción en los tipos penales que sancionan el faltar a la verdad en las afirmaciones que se profieran bajo este ritualismo".

[48] Supra numeral 26(ii) de la presente sentencia.

[49] Supra numeral 9 de la presente sentencia.

[50] Idem, numeral 10.