

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

Cartagena de Indias D. T. y C., ocho (8) de abril de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Acción de Tutela
Radicado	13001-33-33-001-2021-00036-01
Accionante	MARISODELIS DÍAZ (AGENTE OFICIOSA)
Accionada	Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
Tema	Reconocimiento de pensión de sobreviviente a hijo menor de edad.
Magistrada Ponente	Digna María Guerra Picón

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que tuteló los derechos fundamentales a una vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital de un menor¹.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones

¹ En el presente asunto, como medida de protección a la intimidad del menor, se dispondrá la supresión de los datos que permitan la identificación de ellas. Se precisa que en esta providencia se hará referencia al nombre a las iniciales de su nombre HEMH y en su defecto se identificará como “menor”.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

La accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso administrativo, vida digna y seguridad social del menor de edad.

Como consecuencia de lo anterior, pretende que se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, reconocer pensión de sobreviviente, a favor del menor HEMH, por ser hijo único de la afiliada Nuris Esther Hernández Zúñiga.

Solicita que se ordene a Colpensiones levantar la suspensión de pago de las mesadas pensionales por concepto de pensión de sobreviviente, a favor del menor, desde el fallecimiento de la madre el día 20 de febrero de 2020, y entregar los dineros por este concepto, a la señora Nelly del Carmen Hernández, quien manifiesta actuar en representación del padre y no del menor como mal interpretó el fondo de pensión.

3.1.2. Hechos

De la relación extramatrimonial que sostuvieron los señores Ronnie Enrique Mogollón Piña y Nuris Esther Hernández Zúñiga, nació el menor HEMH.

Se afirma que la señora Nuris Esther Hernández Zúñiga hasta la fecha de su muerte -20 de febrero de 2020-, fue madre cabeza de familia.

Se indica que el menor, siempre ha vivido con la familia materna desde su nacimiento hasta la fecha, por lo que, al fallecer su madre, el señor Ronnie Enrique Mogollón Piña, padre del menor, mediante conciliación celebrada el 26 de febrero de 2020 en la Comisaria de Familia Localidad No. 2 de la Virgen y Turística, le concedió la custodia del menor a su tía materna la señora Nelly del Carmen Hernández Zúñiga.

El señor Ronnie Enrique Mogollón Piña a través del poder otorgado ante la Notaría Primera de Cartagena, el día 19 de marzo de 2020, dirigido a Colpensiones, facultó a la señora Nelly del Carmen Hernández Zúñiga para gestionar y firmar las acciones correspondientes a la pensión y seguridad social en favor del menor.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

Colpensiones, expidió varios actos administrativos entre ellos la Resolución No. SUB119916 del 2 de junio de 2020 a través de la cual resolvió dejar en suspenso el posible derecho y el porcentaje que pudiera corresponder respecto de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de la señora Nuris Esther Hernández Zúñiga debido a que no existía decisión judicial sobre la patria potestad del menor beneficiario.

La anterior decisión fue objeto de recurso de reposición, siendo resuelto de manera negativa mediante la Resolución SUB 156216 del 22 de julio de 2020.

La accionada también expidió resolución No. DPE 11262 del 20 de agosto de 2020, en la que alegó: *"...Que mediante Resolución SUB 119916 del 2 de junio de 2020, esta entidad RECONOCE una pensión de sobrevivientes a consecuencia del fallecimiento del (la) señor(a) HERNANDEZ ZUÑIGA NURIS ESTHER, quien en vida se identifica con CC No. 45.497.549..."* afirmando que había reconocido el derecho de PENSION DE SOBREVIVIENTE, cuando en los Actos Administrativos No. SUB119916 del 02 junio 2020, No. SUB 156216 del 22 de Julio de 2020, no hay reconocimiento del derecho.

Nuevamente se radicó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente por la señora Nuris Esther Hernández Zúñiga allegando para tales efectos la escritura No. 1671 de 23 de septiembre del 2020, esta fue resuelta a través de la Resolución SUB 231136 de 28 de octubre del 2020 manifestando que la escritura allegada no es el documento idóneo para establecer la representación legal del menor.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y solicitó que se negara por improcedente. Consideró que no se cumplen los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 e inmediatez. Además, sostuvo que se encuentra demostrado que Colpensiones no ha vulnerado los derechos reclamados por la accionante y está actuando conforme a derecho.

3.3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.3.1. Admisión y notificación

La acción de tutela fue admitida mediante auto de fecha 19 de febrero de 2021, en la que se dispuso notificar a la accionada por el medio más expedito, y se solicitó un informe sobre los hechos que motivaron la acción. En la misma providencia, se solicitó a Colpensiones que, aportara el expediente administrativo surgido con ocasión de las reclamaciones formuladas para el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor del menor.

El juzgado de primera instancia, además, dispuso solicitar a la parte actora que, aclarara la identificación y calidad de quien interpuso la acción de tutela, aportando los documentos que soportaran la calidad en la que se actúa, y la Escritura Pública No. 1671 de la Notaria Tercera de Cartagena, de fecha del 23 de septiembre de 2002, y en caso de que se actuara por medio de apoderado judicial, se aportara el poder que lo faculte para presentar la tutela.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 2 de marzo de 2021, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, amparó los derechos fundamentales a una vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital del menor, y ordenó a Colpensiones, dentro de los 15 días siguientes a la notificación de dicha providencia, emitir un pronunciamiento de fondo sobre su derecho a la pensión de sobreviviente solicitada, en calidad de hijo de la señora Nuris Hernández Zúñiga.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que, en lo atinente al cumplimiento del requisito de la subsidiariedad, en este caso se encuentran en discusión los derechos fundamentales de un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional, que actualmente está al cuidado de su tía materna con ocasión del fallecimiento de su madre y, que el núcleo familiar al que pertenece dependía exclusivamente del ingreso que esta devengaba.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

De conformidad con lo establecido en la jurisprudencia constitucional, cuando se trata de niños, el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela debe flexibilizarse, pues en estos casos, la circunstancia de debilidad manifiesta en la que estos se encuentran, permite presumir que los medios ordinarios no resultan ser lo suficientemente idóneos y eficaces.

Señaló que, si bien en abstracto existen medios ordinarios de defensa, para el caso concreto estos no resultan eficaces dada la precaria situación del menor y el riesgo que la decisión de la demandada representa para su subsistencia, en la medida en que carece de los recursos para satisfacer sus necesidades básicas.

Sobre el argumento que reiteradamente sostuvo la demandada, en el que afirma que, la escritura pública No. 1671 del 23 de septiembre de 2020 suscrita ante la Notaría Tercera de Cartagena aportada con la solicitud pensional por la accionante no es el documento idóneo para establecer la representación legal del menor, considera la Juez de primera instancia que no resulta válido, por cuanto quien ejerce tal potestad y representación del menor, esto es, el señor Ronnie Enrique Mogollón Piña, otorgó poder a la señora Nelly Hernández Zúñiga, facultándola para adelantar la gestión entre otros asuntos, de la pensión de sobreviviente, tal como consta en la escritura pública en mención.

Por tanto, considera el Juez de primera instancia que, la accionante se encuentra facultada para solicitar el reconocimiento pensional, en calidad de mandante del representante legal del menor.

3.5. IMPUGNACIÓN

Colpensiones impugnó la sentencia de primera instancia, manifestando como motivos de inconformidad, en síntesis, lo siguiente:

Manifestó que, se torna improcedente la acción de tutela, para buscar a través de este mecanismo, el reconocimiento, pago o una actividad concreta que pueda discutirse a través del medio ordinario dispuesto para tal fin. La impugnante alega que el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que, por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que deben ser

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello, por lo que considera que se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela ante el carácter subsidiario de esta.

Sostuvo que debe tenerse en cuenta, que, decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invade la órbita del juez ordinario y su autodomínio. Además, que excede las competencias del juez constitucional, en la medida que considera que no se probó vulneración a derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable proteger derecho alguno.

Finalmente señaló que, el trámite alegado por el accionante en la presente tutela debe ser declarado improcedente, ante la consagración del patrimonio público como un derecho colectivo, y ante el carácter subsidiario de la acción de tutela.

3.5.1. Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha 9 de marzo de 2021, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena concedió la impugnación interpuesta oportunamente por la parte accionada, contra el fallo de tutela de fecha 2 de marzo de 2021, siendo repartida al Despacho 003 en la misma fecha.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala establecer si, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela procede para ordenar que se reconozca

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

la pensión de sobreviviente a favor de un menor. En caso afirmativo, deberá resolverse el siguiente planteamiento:

¿Con el fin de proteger el derecho fundamental al mínimo vital, vida digna, seguridad social del menor HMH, procede como medida de protección el reconocimiento de la pensión de sobreviviente mientras un juez de familia decide si le confiere la patria potestad del menor a otra persona distinta de su padre?

4.4. TESIS

La Sala sustentará como tesis que, la acción de tutela es procedente en el presente caso, dado que, a pesar de que se reclama el pago de una prestación económica, los mecanismos ordinarios de defensa que dispone el menor no resultan eficaces, en la medida que, la decisión de Colpensiones de mantener en suspenso el pago de la pensión de sobreviviente, supone una vulneración a su derecho fundamental al mínimo vital y en consecuencia, el riesgo inminente de la ocurrencia de un perjuicio irremediable que hace necesaria la intervención inmediata del juez constitucional.

Para el caso que nos atañe, se evidencia la vulneración de los derechos del menor, e imponerle una carga excesiva, al dejar en suspenso el pago de una pensión de sobreviviente mientras un juez define si anula o suspende la patria potestad al padre del menor, lo cual afecta la normal atención de las necesidades básicas que requiera, en tanto que, extiende de manera indefinida el reconocimiento que le asiste como beneficiario de su difunta madre.

Por las anteriores razones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.5.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

4.5.2. Procedencia de la acción de tutela para resolver asuntos de carácter prestacional

En la sentencia T-410-18, la Corte definió la procedencia de la acción de tutela para resolver asuntos de carácter prestacional, en los siguientes términos:

“La procedencia de la acción de tutela está supeditada a la inexistencia o la ineficacia de otro medio de defensa judicial a través del cual pueda ser restablecido o preservado el derecho atacado. En principio el reconocimiento de una prestación pensional mediante acción de tutela se torna improcedente, ya que el ordenamiento jurídico dispone de procedimientos judiciales específicos para la solución de conflictos de esa naturaleza ante la justicia ordinaria.

Empero, la Corte ha considerado que, de manera excepcional, es posible ejercer la acción de tutela para reclamar un derecho pensional. Así, la regla general se exceptúa en ciertas ocasiones particulares, en tanto para corroborar que los medios judiciales ordinarios no resultan ser idóneos ni eficaces “es competencia del juez constitucional establecer la funcionalidad de tales mecanismos, teniendo en cuenta la situación del accionante, para concluir si ellos, realmente, permiten asegurar la

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

protección efectiva del derecho cuyo amparo se pretende. Es decir, si dichos medios de defensa ofrecen la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela y si su ejecución no generaría una lesión mayor de los derechos del afectado”.

Este estudio por parte del juez, resulta imperante pues de ser el solicitante una persona de especial protección constitucional, se podría llegar a presumir su falta de capacidad para cubrir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, y en esa medida existirían razones fundadas para pensar que el no pago de la pensión puede generar que se afecten derechos fundamentales como la vida digna y el mínimo vital.”

En lo concerniente a la procedencia de la acción de tutela en casos en que se suspende el pago de la pensión de sobreviviente al beneficiario, la Corte Constitucional en la Sentencia T-730 de 2012 sostuvo que, si bien, el peticionario cuenta con otro medio de defensa judicial, la misma resultaría ineficaz, ya que, la protección ha de ser oportuna en la medida en que la pensión se relaciona con la vida en condiciones dignas y justas, por lo que, la suspensión en el pago hace presumir la afectación al mínimo vital del beneficiario. De igual manera, en lo concerniente a la dependencia económica del accionante respecto del causante, advirtió que la misma entidad accionada, previo estudio del lleno de los requisitos legales –dentro de los que se cuenta el de dependencia económica en relación con el causante-, resolvió reconocer la referida prestación, circunstancia que hace presumir que la suspensión del pago efectivamente genera un detrimento serio para el mínimo vital del interesado.

De igual manera, la falta de pago de la mesada pensional afecta el derecho al mínimo vital del menor, fin último de la norma que lo constituye como beneficiario, de allí que, se configure un perjuicio irremediable que amerita el accionar del juez constitucional, dado el carácter preferente y sumario de la acción de tutela, en tanto es indudable su estado de debilidad manifiesta.

4.5.3. La protección del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

La Corte Constitucional ha sostenido que, la sustitución pensional o pensión de sobreviviente, se enmarca dentro del derecho a la seguridad social, y tiene como propósito el de satisfacer la necesidad de subsistencia económica que persiste para quien sustituye a la persona que disfrutaba de una pensión o tenía derecho a su reconocimiento, una vez producido el fallecimiento de esta y mientras dure la condición que le impide proveerse de ingresos propios, en razón a la desprotección que se genera por esa misma causa. En ese orden, una vez obtenida la referida prestación, la misma adquiere la condición de derecho fundamental “*por estar contenida dentro de valores tutelables como el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo y la educación*”²; característica que permite que, en determinadas circunstancias, el pago de la pensión de sobreviviente sea susceptible de protección por vía de tutela.

En este sentido, el pago de la pensión ha de ser oportuno, en la medida en que, esta prestación se relaciona con la vida en condiciones dignas y justas, por lo que la omisión o la suspensión de su pago hace presumir la afectación al mínimo vital del beneficiario³.

4.5.4. Prevalencia del interés superior del menor.

La calidad de sujetos de especial protección constitucional de los niños, las niñas y adolescentes⁴, deviene del: i) Artículo 44 Superior el cual establece - entre otros aspectos- que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como la plena materialización de sus derechos fundamentales (la vida, la integridad física, la salud la seguridad social y la educación, entre muchos otros); ii) Marco internacional⁵, en virtud del cual los menores de

² Sentencia T - 173 de 1994.

³ Ver entre otras sentencias de tutela T-083 de 2006, T-600 de 2007.

⁴ PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO – Sobre el desarrollo del principio del interés superior del menor ver las sentencias, entre otras, C-997 de 2004, C-738 de 2008, T-293 de 2009, C-145 de 2010, T-557 de 2011, C-239 de 2014, C-071 de 2015, T-270 de 2016; C-069 y C-569 de 2016.

⁵ El carácter fundamental que revisten los mencionados derechos, se deriva, además, del mandato expreso de la Carta, de los distintos instrumentos de derecho internacional reconocidos por Colombia y ratificados por el Congreso de la República: La Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), principio II, señala que el niño gozará de una protección especial y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

dieciocho años merecen un mayor amparo por parte del Estado, al ser considerados sujetos de especial protección constitucional; iii) Código de la Infancia y la Adolescencia - el principio del interés superior del menor de dieciocho años se encuentra establecido expresamente en su artículo 8°.

4.5.5 Breve conceptualización sobre la patria potestad y la custodia⁶.

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad “es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribire todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los “(...) actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

Respecto a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad la Corte Constitucional indicó que estos se reducen a:

“(i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran

condiciones de libertad y dignidad; y también contempla que al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. Además de este instrumento, existen otros tratados y convenios internacionales que consagran el principio del interés superior de los menores de dieciocho años, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

⁶ Se toma como fundamento lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-351 de 2018.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley; el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres. En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste”⁷.

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los progenitores sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a aquellos y sólo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia. Es por ello que la propia ley prevé que, a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (C.C. arts. 288 y 307).

Por las razones expuestas, la Sala reitera que los padres⁸, de común acuerdo o mediante la conciliación extrajudicial, no pueden terminar o suspender el ejercicio de la patria potestad sobre su menor hijo, es decir, no pueden “suspenderla o perderla” para sustraerse a las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles para con ellos. La pérdida o suspensión de la patria potestad debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente.

⁷ Sentencia C-145 de 2010.

⁸ Se refiere a padres y madres, en el marco de cualquier forma de familia protegida constitucionalmente, en el sentido de lo dispuesto en las sentencias C-577 de 2011, SU-617 de 2014, C-071 de 2015, C-683 de 2015, SU-2014 de 2016 y C-262 de 2016.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

Con relación a la custodia y cuidado personal, el Código de la Infancia y la Adolescencia, la Ley 1098 de 2006, en su artículo 23, establece:

“CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.”

El Código Civil Colombiano respecto a las obligaciones de los padres con sus hijos dispone que corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos⁹. Según la Corte Constitucional, con la custodia se busca, “(...) como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad”¹⁰.

La custodia se puede fijar por medio de conciliación entre las partes¹¹ y, en caso de no llegar a un acuerdo, a través de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos ante el ICBF o mediante un Proceso Verbal Sumario ante el Juez de Familia.

La Sala resalta que cuando se otorga la custodia del menor de edad a familiares u otras personas, no se trasmite la patria potestad y adicionalmente no sustrae a los padres de las obligaciones contempladas por la ley para con sus hijos y concluye que la custodia y cuidado personal de un menor de edad es un asunto conciliable, mientras que la patria potestad no es susceptible de ser transferida de común acuerdo.

4.5. CASO CONCRETO

⁹ ARTÍCULO 253 CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

¹⁰ Cfr. Sentencia T-510 de 2003.

¹¹ Dicho acuerdo entre las partes podrá intentarse ante el comisario o el defensor de familia, centro de conciliación, conciliador en equidad o defensoría del pueblo, solicitando el inicio de un trámite de conciliación. A falta de las anteriores autoridades en el municipio, se podrá acudir al personero municipal.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

4.5.1. Hechos relevantes probados

- Por medio de declaración juramentada, la señora Nelly del Carmen Hernández indicó que, en la actualidad, debido al fallecimiento de su hermana Nuris Hernández, sus padres se encuentran bajo su custodia (fl. 32).

-El señor Ronnie Enrique Mogollón, mediante declaración juramentada, indicó que era cierta la autorización que le dio señora Nelly del Carmen Hernández para que representara judicial y extrajudicialmente a su hijo (fl. 33). En otra declaración juramentada, precisó que tiene otros hijos, que nunca ha convivido con el menor y que éste siempre vivió con su madre y actualmente se encuentra con sus abuelos quienes no tienen ningún sustento y su tía de nombre Nelly del Carmen Hernández.

- Conforme el registro civil de defunción, se determina que la señora Nuris Esther Hernández Zúñiga falleció el 20 de febrero de 2020.

- En la Audiencia de Conciliación que se realizó el día 26 de febrero de 2020, en la Comisaria de Familia de la Localidad No. 2, el señor Ronnie Enrique Mogollón entregó la potestad del menor a la señora Nelly Hernández Zúñiga.

-Por medio de la Resolución SUB 119916 del 2 de junio de 2020, Colpensiones dejó en suspenso el posible derecho y el porcentaje que podría tener el menor como beneficiario de la señora Nuris Hernández Zúñiga. Dicho reconocimiento lo supeditó a la existencia de una sentencia que determine la patria potestad.

- El registro civil de nacimiento indica que el menor nació el día 18 de agosto de 2006 y que sus padres son Nuris Hernández Zúñiga y Ronnie Mogollón.

-Mediante la Resolución SUB 231136 del 28 de octubre de 2020, se mantuvo en suspenso el reconocimiento de la pensión a favor del menor. Se adujo que la Escritura Pública aportada no era el documento idóneo para demostrar la patria potestad del menor.

- Por medio de la Escritura Pública No. 1671 del 23 de septiembre de 2020, el señor Ronnie Enrique Mogollón le dio poder especial a la señora Nelly del Carmen Hernández Zúñiga, para que ejerciera los actos o contratos relativos a bienes, derechos y obligaciones que se relacionen con la custodia del menor.

4.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

En el presente caso se reclama el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente a favor de un menor de edad; derecho que no ha sido reconocido por Colpensiones mientras no se defina la representación judicial del menor.

Como se procura por vía de tutela el reconocimiento de una prestación de carácter económica, considera la Sala pertinente determinar la procedencia excepcional de este mecanismo constitucional.

En cuando a la inmediatez, se considera que se cumple con dicho requisito, toda vez que, la última decisión que Colpensiones profirió en torno al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, data de octubre del año 2020 y la tutela se presentó el 16 de febrero de 2021, es decir, dentro de un plazo de cuatro meses, que se considera prudencial, para solicitar el amparo de los derechos del menor.

En lo que atañe a la subsidiariedad, se advierte que en principio el menor, por medio de su representante, puede reclamar el reconocimiento pensional a través de una demanda ordinaria laboral o una de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, según sea el caso.

No obstante, la existencia de este mecanismo ordinario de defensa, se estima que, tratándose de los derechos de un menor, muchas veces no resultan idóneos para proteger de manera inmediata las garantías del beneficiario, máxime, cuando el reconocimiento de la prestación se convierte en el sustento para su manutención y subsistencia.

Sobre la procedencia de este mecanismo constitucional, la jurisprudencia ha indicado que resulta procedente la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales, siempre y cuando, como lo señala la Sentencia T-477 de 2017, se cumplan las siguientes reglas:

- “(i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario;*
- (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además,*
- (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza*

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos riguroso”.

En el caso bajo estudio, el eventual beneficiario de la pensión de sobreviviente, es un menor de actualmente catorce años de edad, de quien se manifiesta que todo el tiempo vivió y fue mantenido por su difunta madre y que en la actualidad convive con una tía que no cuentan con los ingresos económicos para su manutención y con sus abuelos, quienes tienen más de 70 años de edad, y tampoco cuentan con recursos para solventar las necesidades que requiera el menor. Además, consta la declaración que hizo su padre, en la que manifiesta que nunca ha convivido con el menor, no ha correspondido con su sustento y actualmente se encuentra sin trabajo.

Bajo las anteriores situaciones, se considera que la tutela se erige como el mecanismo eficaz para determinar si el menor tiene o no derecho al reconocimiento pensional. Se obvia en este caso el requisito de la subsidiariedad, debido a que se trata de un menor de edad cuya protección de los derechos fundamentales resulta prevalente. Además, que, con el deceso de su madre, es posible concluir que actualmente no cuenta con una persona que sustente sus necesidades económicas, por lo que, el reconocimiento de esta prestación económica serviría de fuente para su subsistencia y evitaría que se le cause un perjuicio irremediable.

Hecha esta precisión, en torno a la procedencia de la tutela para solicitar el reconocimiento de una prestación económica, como la pensión; se procederá a determinar el siguiente planteamiento:

¿Con el fin de proteger el derecho fundamental al mínimo vital, vida digna, seguridad social del menor HMH, procede como medida de protección el reconocimiento de la pensión de sobreviviente mientras un juez de familia decide si le confiere la patria potestad del menor a otra persona distinta de su padre?

Pues bien, de lo probado en el proceso se tiene i) que la señora Nuris Hernández Zúñiga falleció el 20 febrero de 2020, ii) que el menor es hijo de la difunta producto de la relación extramatrimonial que tuvo con el señor Ronnie Mogollón.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

Como consecuencia de lo anterior, está demostrado que desde marzo de 2020 la tía del menor, amparada en el mandato que le dio el padre de este, ha solicitado que se le reconozca como beneficiario de una pensión de sobreviviente. Sin embargo, lo que se evidencia es que la entidad accionada desde la Resolución SUB 119916 del 02 de junio de 2020 hasta la Resolución SUB 231136 del 28 de octubre de 2020 ha decidido mantener en suspenso el reconocimiento del derecho y el pago de la prestación que le correspondería, mientras no exista una sentencia judicial que anule la patria potestad que el padre tiene sobre el menor.

De las pruebas que constan en el expediente, es dable determinar o concluir el derecho que tiene el menor al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, conforme los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. En ese orden, está probado i) el deceso de la señora Nuris Hernández Zúñiga, ii) que cotizó durante los últimos tres años anteriores al fallecimiento, acumulando un total de 550 semanas, iii) que es la madre del menor reclamante, iv) no se hicieron presentes otras personas a reclamar el derecho pensional.

En ese orden, se tiene que la divergencia estriba en que la demandada se opone al reconocimiento y pago de la prestación económica, porque la tía del menor no ostenta la patria potestad, sino su padre. En ese sentido, solicita que un juez de familia emita pronunciamiento en ese sentido, para proceder al reconocimiento pensional.

Desde luego que, no le asiste razón a la demandada, debido a que, la tía del HEMH, no está aduciendo que ostenta la patria potestad del menor. En ese sentido, confunde Colpensiones que el título que la habilitó para solicitar el derecho a favor de su sobrino, fue el poder especial que le confirió el padre de este, quien sí tiene la patria potestad.

Por consiguiente, el reproche que se le puede formular a la entidad demandada, es que, bien pudo reconocer el derecho pensional que le asiste al menor. En otras palabras, la Sala considera que Colpensiones estaba en el deber de emitir un pronunciamiento de fondo que definiera el derecho del menor, toda vez que, en principio habría que presumir que el padre de este ostenta su representación legal.

Si bien es cierto que la actuación administrativa tendiente al reconocimiento pensional, la inició la tía del menor, vuelve y se repite, esta actuó con

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

fundamento en el poder especial que le otorgó el padre de HEMH. Ahora, si para la entidad no era suficiente el poder aducido por la señora Nuris Hernández, se estima igualmente que la entidad en el curso del procedimiento tenía la potestad de vincular al padre del menor, si en efecto, la discusión se centraba en que la reclamante no tenía la patria potestad.

A juicio de la Sala, la suspensión del reconocimiento pensional, mientras no existiera una sentencia que le revocara o suspendiera la patria potestad al padre y se la diera a la señora Nelly del Carmen Hernández Zúñiga en calidad de tía, es imponerle una carga excesiva al menor que va en directo detrimento de sus intereses y sus derechos, pues, tendría que esperar a que se definiera su representación legal, para poder acceder a un derecho que por ministerio de la ley le asiste, al cumplir cada uno de los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, se considera que, la entidad demandada debió hacer un juicio de ponderación entre el derecho que tiene el menor a su manutención y tener las condiciones propicias para su subsistencia y, la titularidad de quien le correspondería administrar dicho bien, la cual, a juicio de la Sala, tampoco está en discusión porque la patria potestad aun la ostenta su padre.

Bajo esa óptica, se considera que Colpensiones debió emitir un pronunciamiento de fondo, dando prevalencia al interés superior del menor, ordenando el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

Respecto de la patria potestad que por ley le corresponde en estos momentos al padre del menor, no desconoce la Sala las declaraciones extrajuicio en las que aceptó que la manutención de su hijo provenía de su madre y que tampoco convivió con este. Pese a tales circunstancias, no se puede desconocer la atribución que en este momento le asiste, de tal modo que este no sería el escenario judicial para dirimir tal situación.

En ese orden y como se ha sostenido en párrafos anteriores, lo que se busca proteger son los derechos fundamentales del menor, dado que recibir una mesada pensional garantiza las condiciones para su manutención y satisfacción de necesidades básicas.

Ahora bien, puede ocurrir que los padres cobren las mesadas pensionales en representación de sus hijos, pero no entreguen el dinero correspondiente

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

a su manutención, ni lo inviertan en ellos. En estos casos, la Corte Constitucional¹² ha señalado que resulta posible acudir ante los jueces de familia (en el marco del proceso de alimentos) o ante la jurisdicción laboral ordinaria (en un proceso ordinario) para que se dicten las medidas cautelares que permitan asegurar la efectividad de los derechos al mínimo vital y a la seguridad de los niños, niñas y adolescentes.

En igual sentido, se podrá acudir ante el juez de familia, para que determine si le suspende y/o anula la patria potestad al señor Ronnie Mogollón en calidad de padre del menor HEMH.

En consecuencia, bajo las anteriores consideraciones, se estima pertinente confirmar la sentencia de primera instancia, debido a que amparó los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y mínimo vital del menor HEMH.

No obstante, se adicionará la sentencia, con el fin de ordenarle a Colpensiones que una vez quede ejecutoriada el acto administrativo que le reconozca la pensión de sobreviviente al menor HEMH proceda a incluirlo en nómina de pensionado.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V.- FALLA

PRIMERO: Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el siguiente sentido:

“Segundo: ORDENAR a COLPENSIONES, que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, emita un pronunciamiento de fondo sobre el derecho del menor HEMH al reconocimiento de pensión solicitada, en calidad de hijo de la señora NURIS HERNANDEZ ZUÑIGA. Dentro del mismo término deberá surtirse la notificación del respectivo acto administrativo.”

¹² Sentencia T-351 de 2018.

Rad. 13001-33-33-001-2021-00036-01

Una vez quede ejecutoriada el acto administrativo que le reconozca la pensión de sobreviviente al menor HEMH, COLPENSIONES deberá proceder a incluirlo en nómina de pensionado.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás, la sentencia impugnada.

TERCERO: Comuníquese la presente providencia a las partes y al juzgado de origen.

CUARTO: REMÍTASE el expediente dentro de los diez días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

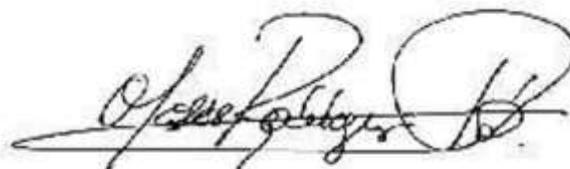
LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado