

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA

Palmira (V.), dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. 71
Rad. 76-275-40-89-002-2022-00198-02

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el **recurso de IMPUGNACIÓN** presentado por el accionante **EMSSANAR EPS S.A.S.**, contra la **sentencia N° 092 del 10 de noviembre de 2022¹**, proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Florida (V.)**, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por el señor **CLEHY ARCANGEL GARCÍA TORRES** como agente oficioso del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"**, asunto al cual fue vinculada la **COMISARÍA DE FAMILIA DE FLORIDA VALLE DEL CAUCA** y **VALENTINA MARCIALES GARZÓN**.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

El accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales a la **seguridad social**, al **mínimo vital** y a la **vida digna** del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE**.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante **CLEHY ARCÁNGEL GARCÍA TORRES** manifestó, que el menor **DARGUIN MARCIALES ITTE** nació el 11 de julio de 2007, segundo registro civil N° 32255505 allegado, donde consta ser hijo de la señora **LEDI YASMÍN ITTE ITTE C.C. N°**

¹ Ítem 23 Expediente Digital de primera instancia

1.061.702.953 y del señora **GABRIEL ARCANGEL MARCIALES GRACIA C. C. N° 10.522.893 (q.e.p.d.)**.

El señor **GABRIEL ARCANGEL MARCIALES GRACIA** (Q.E.P.D.), asumió integralmente el desarrollo, crianza y educación de su menor hijo **DARGUIN MARCIALES ITTE** desde su nacimiento y hasta que falleció el 27 de noviembre de 2020.

Después del fallecimiento del mencionado padre del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE**, es el señor **CLEHY ARCÁNGEL GARCÍA TORRES**, quien ha atendido integralmente el desarrollo, crianza y educación del menor por lo que la Comisaria de Familia de Florida (V.), como medida de restablecimiento provisional del niño lo ubicó en medio familiar con el precitado **CLEHY**.

Al señor **GABRIEL ARCANGEL MARCIALES GRACIA** (Q.E.P.D.), por Resolución N° 100153 del 11 de febrero de 2011 del Instituto Seguro Social le reconoció pensión de vejez, la cual le fue negada por Colpensiones a su menor hijo cuando solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a **DARGUIN**.

LAS RESPUESTAS DE LA ACCIONADA Y VINCULADA:

En ítem 18 del expediente electrónico reposa respuesta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", pidió que se deniegue la presente acción de tutela, puesto que las solicitudes son arbitrariamente improcedentes, por no cumplir con requisitos de procesales del artículo 6° del decreto 2591 de 1991, e inmediatez, tampoco demostrado que COLPENSIONES haya vulnerado derechos reclamados.

A ítem 20 proceso electrónico primera instancia la vinculada VALENTINA MARCIALES GARZÓN contestó a través de su madre **SANDRA GARZÓN** quien manifestó que leído el documento, está de acuerdo con Colpensiones dice que al momento en que radiquen los documentos le pagará lo que corresponde.

EL FALLO RECURRIDO

En ítem 23 del expediente de primera instancia, el Juez A quo dictó la **sentencia N° 092 del 10 de noviembre de 2022**, en la cual decidió, que no se está frente a un perjuicio irremediable, señalando que el menor ha podido sobrevivir todos estos meses , no afectando el mínimo vital. Gozando de otros medios para satisfacer sus interés, por lo que

no aplicable el perjuicio irremediable en el presenta caso por existir conceptos que no cumple con requisito de inmediatez.

LA IMPUGNACIÓN

A **Ítem 25 del expediente electrónico de primera instancia**, el accionante **CLEHY ARCÁNGEL GARCÍA TORRES** como agente oficioso del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE**, a través de su apoderado doctor **EIDER FABIÁN IDROBO HURTADO**, impugnó solicitando se revoque en su totalidad el fallo que no tuteló los derechos fundamentales del menor DARGUIN MARCIALES ITTE.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: por activa, la tiene el menor **DARGUIN MARCIALES ITTE**, titular de los derechos fundamentales a la **seguridad social**, al **mínimo vital** y a la **vida digna en condiciones dignas y justas**, cuya protección se reclama a través de apoderado judicial, quien busca por este medio el amparo de sus derechos fundamentales por ende aquel se encuentra legitimado para ejercer la acción constitucional prevista en el artículo 86 correspondiente, con independencia del resultado final de la acción propuesta. Por la parte accionada lo está la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"** y los vinculados **COMISARÍA DE FAMILIA DE FLORIDA VALLE DEL CAUCA** y **VALENTINA MARCIALES GARZÓN** por tener injerencia en la situación fáctica antes enunciada.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2017, en atención al factor funcional.

LOS PROBLEMAS JURÍDICOS: Conforme las pretensiones del accionante y los motivos de impugnación presentados le corresponde a esta instancia determinar, si es procedente revocar la sentencia de primera instancia en la forma pretendida por la impugnante? Si la decisión tomada por COLPENSIONES lesiona los derechos fundamentales del menor agenciado? Ante lo cual se contesta en sentido **positivo** por las siguientes razones.

Debemos considerar que al ser establecida en la Constitución Política de 1991, la acción de tutela, se enfocó en la protección de los derechos fundamentales previstos en el título II, capítulo 1 de dicho estatuto, y a la vez se encomendó su salvaguarda a la Corte Constitucional, quien tuvo a bien desarrollar dicha norma, para indicar que se trata de

amparar los derechos fundamentales, incluso aquellos previstos en otros apartes de la Carta Política y los que resultaren fundamentales. Posteriormente determinó esa Corporación, mediante sentencia **T-760 de 2008** que los llamados derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, son derechos fundamentales de forma directa, por eso resulta viable pensar que el invocado por la parte accionante a saber: mínimo vital, es de tal rango y procede continuar su examen para establecer si pueden ser amparado.

“En ese orden de ideas, la jurisprudencia constitucional ha establecido de manera pacífica una serie de reglas que permiten evaluar si, en los casos en los que se solicita el reconocimiento y pago de una pensión, el medio es idóneo y eficaz para ejercer la defensa material de los derechos, de conformidad con las particularidades del caso concreto^[40]. Así, el juez constitucional deberá valorar (i) la edad del accionante, puesto que las personas de la tercera edad y los menores son sujetos de especial protección constitucional; (ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse; (iii) la composición de su núcleo familiar; (iv) las circunstancias económicas en las cuales se encuentra; (v) que se haya agotado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el reconocimiento del derecho; (vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y la interposición del amparo constitucional; (vii) su grado de formación escolar y el posible conocimiento que tenga acerca de la defensa de sus derechos y, por último, (viii) que tenga cierto nivel de convicción sobre la titularidad de los derechos reclamados.”

En atención a los argumentos planteados por las partes, y aunque COLPENSIONES aduce que se debe denegar el amparo e insiste en que le juez de tutela no puede soslayar la competencia del juez ordinario, para lo cual trae a cita unos pronunciamientos de la Corte Constitucional, se le debe poner de presente que la postura de esa Corporación no ha sido estática, sino que ha emitido otras decisiones en torno al tema de la protección del derecho fundamental a la seguridad social y a la protección prevalente de los derechos de los menores (art. 44 constitucional). Posición desde la cual la decisión final en asuntos de tutela permite varias el sentido de la decisión a tomar.

En este sentido se tiene en cuenta acorde a los hechos narrados que el menor DARGUIN es huérfano de padre, que su madre no vela por él, al punto que está al cuidado de un tercero, amigo de su extinto padre, con la venia del Comisario de Familia adscrito al ICBF (ver anexos de la tutela)que así lo autorizó. Que en nombre de dicho menor fue solicitado el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, pero le fue negado el reconocimiento y pago por no tener un representante legal, en cambio sí le fue reconocida penamente a su menor hermana quien cuenta con su progenitora.

Al respecto cabe decir que dicha situación fáctica resulta similar a la mencionada dentro del expediente de tutela decidido por la Corte Constitucional mediante la sentencia **T-351 de 2018 M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**, la cual por tanto servirá de fundamento en el presente debate. En este caso los hechos atañen a otra entidad que

negó la pensión de sobreviviente solicitada por la abuela que tenía la custodia y pedía en favor de sus nietas, fundada en que ella **no tenía la representación legal**, en cambio y se la concedió al padre quien no velaba por las niñas.

En el citado fallo la mencionada Corte consideró con relación al derecho fundamental a la seguridad social, y al reconocimiento de la pensión de sobreviviente que:

“el derecho fundamental a la seguridad social ampara a las personas que se encuentran en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de contingencias como la vejez, el desempleo, la enfermedad, la incapacidad laboral y/o la muerte; aclarando que, si bien el derecho a la seguridad social tiene un carácter prestacional o económico, ello no da lugar a excluirlo de su reconocimiento como fundamental, ya que todo derecho que esté previsto en la Constitución, sin distinción alguna, tiene esa calidad.
...

Resulta necesario partir de que, como su mismo nombre lo indica, lo que pretende tal prestación es brindar el apoyo monetario a quienes sobrevivan al causante. En ese sentido, la Corte Constitucional ha considerado que la pensión de sobrevivientes tiene como *finalidad esencial* impedir que, tras la muerte de la persona afiliada al régimen de seguridad social, su grupo familiar más próximo se vea expuesto a un ostensible menoscabo de los derechos fundamentales. Lo anterior, comoquiera que, a la luz de la Carta Política, al dejar de contar con los recursos económicos que tal persona aportaba, las condiciones de la familia tienden a transformarse, al punto que quedan desprotegidos frente a las necesidades que requiere cada uno de sus integrantes para proseguir con el proyecto de vida^[43].”

De igual modo en esa sentencia ese alto Tribunal se ocupó de precisar los conceptos atinentes a la custodia de los menores y su representación legal, para asentar que son diferentes y no generan los mismos alcances; así sostuvo:

“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 hijos^[53]. 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”^[54].

La custodia se puede fijar por medio de conciliación entre las partes^[55] 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.”

En atención a los argumentos en el escrito de impugnación del doctor **EIDER FABIÁN IDROBO HURTADO** representante legal del señor **CLEHY ARCÁNGEL GARCÍA TORRES** quien actúa como agente oficioso del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE**, la motivación del fallo impugnado y la previa lectura del expediente debe decirse desde ya, que la situación del menor es actual. Ello por cuanto pese a que ha pasado un tiempo desde cuando falleció su padre, no tiene a su madre que vele por él aunque está viva según e informa en esta foliatura. Se encuentra en edad escolar, debe ocuparse en ello y tiene derecho a subsistir en lo posible con su propio ingreso dejado por su padre y no verse obligado a velar de la ayuda de una tercera persona, afirmación que tiene sustento en la actuación surtida ante el ICBF, es que cada día debe alimentarse, debe tener un techo, debe recibir protección, por eso no se comparte la postura plasmada en el fallo impugnado cuando se afirma que no hay inmediatez.

Que en la medida en que se le deje a la buena voluntad de un amigo de su padre, el contar con dichos sustentos básicos se le está afectando o cuando menos poniendo en riesgo su mínimo vital y su existencia en condiciones dignas, por lo cual se amerita su protección al tenor del artículo 86 constitucional.

Teniendo como base la sentencia de tutela citada por este despacho también queda visto que el derecho a la seguridad social conlleva garantizar su subsistencia al descendiente del trabajador fallecido, por ende la negación que ha hecho Colpensiones afecta los derechos de un menor pese a que deben recibir protección prevalente.

Bajo este contexto se considera además que Colpensiones está desconociendo un precedente en cuanto que v. gr., en el fallo citado avaló el amparo transitorio concedido por los juzgados de instancia y fue más allá al conceder una protección más amplia, en pro de los derechos de las menores.

Por eso guardando relación en lo posible con dicho precedente, debe tenerse en cuenta en el presente caso, que ya la hermana media del afectado está recibiendo el 100% de la mesada dejada por el padre de ambos. Que el menor agenciado está por cuenta de la voluntad de un tercero, por lo cual no es dable dejar que a futuro sea un juez laboral quien

defina si tiene derecho². Que en su respuesta Colpensiones dejó ver la posibilidad de reconsiderar la decisión, por eso se concederá un amparo transitorio y emitirán las ordenes que se estiman adecuadas y procedentes acorde al presente caso, dejando claro que el agente oficioso deberá acudir ante los jueces de familia en procura de que se le asigne la curaduría o guarda del precitado menor.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia N° 092 del 10 de noviembre de 2022, proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Civil Municipal de Florida (V.)**, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA promovida por el señor **CLEHY ARCÁNGEL GARCÍA TORRES** identificado con la **C.C. N° 76.323.961**, quien actúa como agente oficioso del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE** identificado con T. I. N° **1.058.548.782** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES"**, asunto al cual fue vinculada la **COMISARÍA DE FAMILIA DE FLORIDA V.**, de acuerdo con lo expuesto en la aparte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales a la **seguridad social**, al **mínimo vital** y a la **vida digna** del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE** respecto de COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR que:

- a) **A Colpensiones** que dentro del término de quince días hábiles vuelva decidir la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente que deberá elevar de nuevo el señor **CLEHY ARCÁNGEL GARCÍA TORRES** identificado con la **C.C. N° 76.323.961**, como agente oficioso del menor **DARGUIN MARCIALES ITTE** identificado con T. I. N° **1.058.548.782**, para lo cual deberá tener en cuenta

² "Prevalencia del interés superior de las tres menores *YMSO, SPSO* y *MJSO*, ante la posibilidad de acceder al 50% restante de la mesada pensional. Si bien las controversias referentes al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se deben ventilar ante la justicia laboral, dicho medio ordinario de defensa con que cuentan las agenciadas carece de eficacia para proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital; habida consideración de que el cubrimiento de sus necesidades básicas no puede estar supeditado a un proceso laboral, cuyo trámite puede dilatarse comprometiendo aún más su situación de precariedad." Sent . T351 de 2018

además de los fundamentos normalmente aplicables, las motivaciones asentadas por la Corte Constitucional dentro del fallo T-351 de 2018 relativas.

- b) **Ordenar** que si se llegare a reconocer la mesa pensional al precitado menor, Colpensiones solo procederá a hacer los pagos correspondientes, en forma transitoria, siempre que su agente oficioso **CLEHY ARCÁNGEL GARCÍA TORRES** demuestre haber demandado la curaduría o guarda de dicho menor y hasta tanto los jueces de familia del lugar definan dicho proceso o, el referido menor alcance su mayor edad.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el art. 32 del decreto 2591 de 1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto, **omitiendo la publicación de esta providencia en aras de salvaguardar la intimidad de los menores.**

QUINTO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE,

**LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA
JUEZ**

Firmado Por:
Luz Amelia Bastidas Segura
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Palmira - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2c2a3c22267e49f3a6846c867b9589a0c25827ee9cc08481423823e3b0ae4406**

Documento generado en 16/12/2022 05:46:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>