

República de Colombia



**Consejo de Estado
Sección Cuarta**

Bogotá D.C., tres (03) de julio del año dos mil ocho (2008).

Magistrado Ponente JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

REF. Expediente No. 13001 23 31 000 2008 00076 01

ACTOR: LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

Asuntos Constitucionales - Acción de Tutela - FALLO-

Se decide la impugnación interpuesta por la Coordinadora del Área de Prestaciones Económicas del Ministerio de la Protección Social contra el fallo del 26 de marzo de 2008, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que accedió a las pretensiones de la acción impetrada por la señora LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, y los de sus hijos menores ANDREA CAROLINA, LEIDY MARIAN Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ, porque el accionado no la ha incluido en nómina para recibir las mesadas pensionales reconocidas en la Resolución 001476 de 18 de diciembre de 2007.

HECHOS

Se sintetizan de la siguiente manera:

El señor EFRAÍN HERRERA OCHOA trabajó para Puertos de Colombia, lugar en donde adquirió su derecho a la pensión. El 10 de marzo del año 2007 falleció el señor HERRERA OCHOA.

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

La señora Luz Darys Ávilez Arrieta en calidad de compañera permanente del señor HERRERA OCHOA y en representación de sus dos hijos, solicitó sustitución de pensión, petición que no fue respondida. Por tal razón acudió a la acción de tutela para que le fuera amparado su derecho constitucional consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, acción que fue resuelta a su favor, originando la expedición de la Resolución 001476 de diciembre 18 de 2007.

Manifiesta la actora que pese a que se dio un aparente cumplimiento al fallo de tutela, hasta la fecha no se ha incluido su nombre en nómina para recibir las mesadas correspondientes, a lo que se suma que la EPS a la que se encuentra afiliada dice que mientras no aporte el recibo de pago de la mesada, no prestará los servicios de salud a ella y a sus hijos, vulnerando así sus derechos fundamentales a la vida y la seguridad social, al igual que los de sus hijos menores de edad.

PETICIÓN

“Que en forma inmediata se ordene la liquidación y pago de las mesadas causadas y no pagadas desde la muerte del señor Efraín Herrera Ochoa, hasta la presente con el fin de garantizar el mínimo vital de los menores.

Que igualmente de manera definitiva se ordene al Ministerio de la Protección Social que se mantengan los servicios de seguridad social a los menores de edad en virtud de la sustitución de pensión y con el fin de evitar un perjuicio irremediable”.

LA OPOSICIÓN

El Ministerio de la Protección Social, no respondió a la presente acción.

EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia del 28 de marzo de 2008 tuteló la segunda pretensión de la demanda de tutela, ordenando al Grupo

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia – Área de Pensiones que en el término perentorio de diez días incluya en la nómina y pague a los menores LEYDI MARIAN, ANDREA CAROLINA Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ, la pensión de sustitución a que tienen derecho, por conducto de su representante legal y adicionalmente garantizar los servicios de seguridad social a los menores, para lo cual otorgó un término perentorio de 48 horas.

Ahora bien, respecto de la primera pretensión de la tutela, cual es ordenar la liquidación y pago de las mesadas causadas y no pagadas desde la muerte del señor Efraín Herrera Ochoa hasta la presente, con el fin de garantizar el mínimo vital de los menores LEYDI MARIAN, ANDREA CAROLINA Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ, el Tribunal consideró que para el efecto existen otros medios de defensa, por lo cual no procede la acción interpuesta.

IMPUGNACIÓN

El Ministerio de la Protección Social impugnó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, manifestando que la Resolución por la cual se reconoce la pensión de sobrevivientes del señor EFRAÍN HERRERA OCHOA no se encuentra en firme, por cuanto la apoderada de la señora LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA y el apoderado de la señora AURIELLE JIMÉNEZ VIUDA DE HERRERA, interpusieron recurso de reposición y en subsidio apelación, por lo que la ejecución de la misma se encuentra suspendida tal como lo indica el artículo 55 del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual no se puede dar cumplimiento a lo ordenado en la decisión hasta tanto no se desaten los recursos.

Agrega que el Tribunal no tuvo en cuenta el informe rendido por el Ministerio, al contestar la demanda de tutela, mediante oficio GPSPC-APE-T-736, expedido el día 14 de marzo de 2008, por lo que se constituye en una flagrante violación a su derecho fundamental al debido proceso.

Mediante auto proferido por el ponente de esta providencia el 20 de junio de 2008, se solicitó al Jefe del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

Social de Puertos de Colombia – Área de Pensiones del Ministerio de la Protección Social, manifestara si se resolvieron los recursos interpuestos en contra de la resolución 001476 de 18 de diciembre de 2007 y los remitiera con destino a la tutela de la referencia, solicitud que no fue respondida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que así se autoriza. Dada su naturaleza subsidiaria, sólo procede transitoriamente cuando no existen otros medios de defensa judicial, o en su defecto, siempre que sea necesario para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Establece la Sala si en efecto procede la acción de tutela para proteger los derechos de la accionante.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Sala advierte que tanto esta Corporación como la Corte Constitucional si bien han manifestado que para el pago de acreencias laborales existen otros medios de defensa judicial, excepcionalmente procede la acción de tutela para obtener la cancelación de las mesadas pensionales, cuando se busca la protección de derechos fundamentales vulnerados y frente a los cuales, los mecanismos ordinarios no ofrecen la efectividad necesaria, tal como ocurre con su no pago oportuno, circunstancia que está directamente relacionada con la subsistencia de las personas en condiciones dignas y permitir el ejercicio de los valores y propósitos de vida individual. Su falta compromete la vida en condiciones dignas, por esta razón hace procedente la acción de tutela.

Según la jurisprudencia, el derecho a la seguridad social es de carácter

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

legal, pero adquiere la categoría de derecho fundamental, por conexidad, cuando su vulneración afecta derechos constitucionales fundamentales como la vida, el mínimo vital y móvil, la salud y la subsistencia digna, situación que hace posible su protección a través de la acción de tutela¹ como mecanismo transitorio de protección.

Con todo, en reiterada jurisprudencia se ha considerado que por vía de tutela se podrá exigir el pago de aquellas mesadas pensionales dejadas de cancelar, cuando con el no pago de las mismas se pone en peligro o se atenta contra los derechos fundamentales a la vida digna y el mínimo vital; particularmente cuando las mesadas dejadas de cancelar se constituyen en la única fuente de recursos económicos para sufragar las necesidades básicas, tanto personales como familiares o se haya demostrado la afectación del mínimo vital del pensionado y de su familia, pues con dicha omisión, se está poniendo a dichas personas en una situación de indefensión y subordinación respecto de la entidad encargada de pagarles la correspondiente mesada².

Adicionalmente, el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991³, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela es procedente, en tanto se resuelven los recursos interpuestos en el agotamiento de la vía gubernativa, siempre que con ello se evidencie la flagrante vulneración de los derechos fundamentales del actor.

Al respecto ha precisado la Corte Constitucional⁴:

“Por otra parte, el artículo 9 del Decreto-ley 2591 de 1991, con el evidente propósito de proteger a las personas, ya sea naturales o jurídicas de la arbitrariedad y el abuso que contra ellas pueda cometerse con la expedición de actos administrativos que vulneren o amenacen

¹ Consejo de Estado. Sentencia AC 1402 de 1° de marzo de 2007. M.P. Dr. Héctor J. Romero

² Sentencia T-715 de 2005.

³ **“Art. 9.- Agotamiento opcional de la vía gubernativa.** No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. **El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza en cualquier momento la acción de tutela.**

El ejercicio de la acción de tutela no eximen de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T- 1483 de 2000. M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra.

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

vulnerar sus derechos fundamentales, autoriza la interposición de la acción de tutela, sin perjuicio de la utilización de los recursos que contra tales actos puedan ser utilizados en la vía gubernativa, en cualquier tiempo" (negritas fuera de texto).

Es entonces, como de lo anterior se colige que en el caso *sub exámine* resulta procedente la acción impetrada por la señora LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA, para la protección de sus derechos fundamentales y los de sus menores hijos, en tanto el Jefe del Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia – Área de Pensiones del Ministerio de la Protección Social resuelve los recursos interpuestos en contra de la Resolución No. 001476 de 18 de diciembre de 2007.

EL CASO CONCRETO

El objeto de esta acción es la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y salud que la señora LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA en representación de sus hijos menores, considera vulnerados por el Grupo Interno de Trabajo para el Pasivo Social de Puertos de Colombia del Ministerio de la Protección Social, por no incluir en nómina el pago de la Resolución 001476 de 18 de diciembre de 2007, que le reconoce el 50% del valor de la pensión del señor EFRAÍN HERRERA OCHOA a los menores LEYDI MARIAN, ANDREA CAROLINA Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ.

Para el estudio del sub-lite, resulta esencial destacar la índole fundamental de los derechos de los niños y su prevalencia sobre los derechos de los demás, así como la protección de la cual deben ser objeto; es por esto que el Constituyente instauró el compromiso que tiene la familia, la sociedad y el Estado de protegerlos con el fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (Corte Constitucional T-514 del 21 de septiembre de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-556 del 6 de octubre de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-172 del 2 de marzo de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

Respecto del derecho a la Seguridad Social, manifiesta la Sala que en reiteradas ocasiones se ha establecido que éste adquiere el carácter de derecho fundamental cuando de él depende la salud de los menores. Del expediente se tiene que la EPS a la que se encuentran afiliados los menores se niega a prestar el servicio de salud, por cuanto la entidad encargada de pagar los aportes mensuales a la misma se halla en mora, razón por la cual se está vulnerando el derecho fundamental a la salud de los menores LEYDI MARIAN, ANDREA CAROLINA Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ, al no recibir la atención en salud que por ley les corresponde.

Para la Sala, al tenor del artículo 44 de la Carta, el derecho a la salud de los niños no sólo es fundamental, sino prevalente, en el sentido de su respeto incondicional y universal, razón por la cual se tutelaré el derecho a la salud de los menores.

En relación con la primera pretensión de la tutela de ordenar a la accionada la liquidación y el pago de las mesadas causadas y no pagadas desde la muerte del señor Efraín Herrera Ochoa, considera la Sala que no acierta el Aquo, en el sentido de rechazar esta pretensión, por cuanto la solicitud presentada se relaciona directamente con el derecho al mínimo vital y en conexidad con el derecho a la vida de los menores y si bien existen otros medios de defensa para reclamar esta petición, la acción de tutela procede, en este caso, en tanto quede en firme la Resolución No. 001476 de 18 de diciembre de 2008.

Ahora, si bien el Ministerio afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta su respuesta a la tutela, lo cierto es que no obra en el expediente prueba alguna de que haya contestado y tampoco aporta copia de dicha réplica para corroborar su afirmación.

Así las cosas, se revocará el fallo impugnado en lo que respecta a la primera pretensión y se confirmarán los demás apartes de la sentencia objeto de impugnación, se ordenará al Ministerio de la Protección Social – Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia – Área de

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

Pensiones, que en el término de quince días a partir de la notificación de la presente providencia, apropien y giren los recursos necesarios y suficientes para garantizar el pago de las mesadas adeudadas a la señora LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA en representación de sus hijos LEYDI MARIAN, ANDREA CAROLINA Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ, así como las que en el futuro se causen, para lo cual deberá adoptar las medidas necesarias.

En mérito a lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVÓCASE EL FALLO IMPUGNADO, en lo que respecta a la primera pretensión y en consecuencia,

1. AMPÁRANSE los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, de los menores LEYDI MARIAN, ANDREA CAROLINA Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ, representados por la señora LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA. En consecuencia de lo anterior:

2. ORDÉNASE Ministerio de la Protección Social realizar las gestiones necesarias y pertinentes para garantizar a los menores LEYDI MARIAN, ANDREA CAROLINA Y LUIS EFRAÍN HERRERA ÁVILEZ los servicios de seguridad social necesarios para la protección de su salud.

3. ORDÉNASE al Ministerio de La Protección Social – Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia – Área de Pensiones, en el término de quince (15) días a la notificación de la presente providencia, apropiar y girar los recursos necesarios y suficientes para garantizar el pago de las mesadas adeudadas a la señora LUZ DARYS

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01

Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

ÁVILEZ ARRIETA, así como las que en el futuro se causen, para lo cual deberá adoptar las medidas necesarias.

Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Expediente N° 13001 23 31 000 2008 00076 01
Actor LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR.

MAGISTRADO PONENTE: JAVIER ORTÍZ DEL VALLE

ACCION DE TUTELA C/ MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Vulneración de los derechos constitucionales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la vida.

SE REVOCA EL FALLO IMPUGNADO, y en consecuencia, se AMPARAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACTORA Y DE SUS MENORES HIJOS.

Actor: LUZ DARYS ÁVILEZ ARRIETA

Apoderado: En nombre propio.

Accionados: Ministerio de la Protección Social - Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo Social de Puertos de Colombia – Área de Pensiones.