El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 26 de septiembre de 2018

Proceso: Acción de Tutela –

Radicación Nro. : 66001-31-10-002-2018-00398-01

Accionante: Andrea Marcela Pinzón Botero en representación de los menores LXAP, LFAP, AYAP, LMAP[[1]](#footnote-1)

Accionado: Colpensiones y otra

Magistrado Ponente: Jaime Alberto Saraza Naranjo

**Temas: SEGURIDAD SOCIAL/ RETROACTIVO/ PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE/ HECHO SUPERADO / NO SE CONFIGURÓ/ INEXISTENCIA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES/ MODIFICA Y ABSUELVE**

Del derrotero relucen evidentes, por lo menos dos situaciones que derruyen las pretensiones del amparo.

Una, la que se anticipó, que los recursos mensuales, de los que disponen los menores, derivados de la pensión de sobrevivientes les están siendo entregados con normalidad; y que ellos sean reducidos, es una cuestión que escapa al control de la entidad encartada, que se limita a realizar la distribución de la pensión entre los sobrevivientes, conforme con las disposiciones normativas; así que es imposible pedirle que incremente su monto o que despliegue alguna actividad en tal sentido.

Y la otra, que la representante legal de los menores actuó con desidia, así se afirma porque dejó pasar un año aproximadamente, desde el momento en que les fuera pagada la primera mesada a los menores, hasta cuando fue a solicitar el pago del retroactivo, esta situación desfigura cualquier alusión que pretenda presentarse en torno a la urgencia que se tiene de recibir el dinero y obliga a pensar que el asunto se reduce a una reclamación de orden patrimonial que de hecho está siendo resuelta por la entidad encartada.

(…)

Trasuntando todo, y sin que se pueda concluir categóricamente que la lamentable situación que atraviesan los menores, sea inexistente, tampoco es posible, por ese solo hecho, impartir alguna orden contra una entidad que, como quedó visto, no ha violentado ninguno de sus derechos fundamentales; por el contrario, ya el 6 de agosto anterior inició el trámite de cobro coactivo contra la señora María Eugenia Guauta, lo que necesariamente tendría que derivar en el pago del retroactivo a los menores.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, septiembre veintiséis de dos mil dieciocho

Expedientes: 66001-31-10-002-2018-00398-01 Acta N° 369 de septiembre 26 de 2018

 Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la parte demandante contra la sentencia del 13 de agosto último, proferida por el Juzgado Segundo de Familia local, en esta acción de tutela que **Andrea Marcela Pinzón Botero** en representación de los menores **LXAP, LFAP, AYAP, LMAP**[[2]](#footnote-2)promovió frente a **COLPENSIONES y María Eugenia Guauta.**

 **ANTECEDENTES**

 Acudió la demandante, por intermedio de apoderado judicial, en procura de la protección de los derechos fundamentales *“al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, integridad personal, igualdad, derechos adquiridos, protección a los menores de edad”*, de los que son titulares sus hijos menores y que estima lesionados por las accionadas.

 Expuso, en resumen, que el señor Octavio Acevedo Castiblanco, quien era pensionado por invalidez y padre de cuatro de sus hijos menores de edad, falleció el 15 de mayo de 2016; en principio, el 100% de la sustitución pensional, había sido reconocida en favor de la señora María Eugenia Guauta, su compañera, por valor de un (1) S.M.M.L.V; así mismo el 100% del retroactivo por valor de $2.509.615.oo.

 No obstante, luego de que la accionante solicitara parte la sustitución pensional, en representación de sus hijos, la entidad encartada, el 13 de diciembre de 2016, les reconoció el 12,5% de la prestación para cada uno, es decir $86.182.oo por niño, pero el retroactivo para ellos quedó condicionado al reintegro del “*mayor valor pagado*” que la señora María Eugenia Guauta debe hacer al fondo de pensiones.

 Esta situación, denuncia, es irregular porque COLPENSIONES omitió realizar la pertinente labor investigativa, se abstuvo de requerir a la señora Guauta para que aportara una declaración extraprocesal que diera cuenta sobre su desconocimiento de personas que tuvieran mejor derecho en la sustitución pensional.

 Para completar, explica que el retroactivo a los menores, debe ser reconocido a partir de la fecha en que falleció el causante hasta el día antes del reconocimiento pensional es decir desde el 16 de mayo de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016.

 Finalmente hace ver que las vías judiciales ordinarias son ineficaces, debido al riesgo en que se encuentran los derechos fundamentales de los menores quienes “*viven en una casa de esterilla, sin servicios públicos, utilizando el agua del nacimiento para cubrir sus necesidades primarias, pues el estado de necesidad de estos menores se ha visto afectado notablemente desde que su padre falleció pues ellos dependían en todo y por todo de él*” (f. 3, c. 1) que ahora dependen de su madre quien vive de las manualidades y de la media pensión de la que son beneficiarios sus hijos.

 Pidió el amparo de los derechos invocados y, como consecuencia de ello, que se ordene a COLPENSIONES, dejar sin efecto el acto administrativo SUB 61116 del 2 de marzo de 2018, y en su lugar, proferir uno en el que se reconozca y pague el retroactivo pensional causado en virtud a la pensión de sobrevivientes a los menores aquí representados desde el 16 de mayo de 2016 hasta el 31 de diciembre del mismo año por la suma de $2.941.670, así como los intereses moratorios de los que habla el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre la totalidad del retroactivo hasta el pago efectivo de la obligación.

 Con la demanda se aportaron los registros civiles y documentos de identificación de los menores beneficiarios, las resoluciones enunciadas en los hechos, una declaración juramentada relacionada con la dependencia económica del hogar a los ingresos derivados de la media pensión, fotografías y otros documentos que exhiben las dificultades económicas de los menores.

 El Juzgado de primer grado admitió el libelo y dispuso correr traslado a María Eugenia Guauta y a la Subdirectora de Determinaciones V de la administradora de pensiones por haber sido la funcionaria que expidió el acto administrativo de marras. (f. 39, c. 1)

 Intervino el Gerente de Defensa Judicial, quien adujo la improcedencia del trámite por el presupuesto de subsidiaridad de la acción de tutela, adicionalmente hizo saber que el 6 de agosto anterior, la misma dependencia expidió un acto administrativo ordenándole a la señora María Eugenia Guauta el reintegro del mayor porcentaje cancelado por pensión de sobrevivientes por valor de $2.509.806.oo. (f. 45, c. 1)

 Compareció la señora María Eugenia Guauta, por conducto de apoderado judicial, para indicar que ella es una víctima más del trámite administrativo que prohijó el pago del retroactivo equivalente al valor de $2.502.300. (f. 66, c. 1).

 Sobrevino el fallo de primer grado que negó el amparo, porque estimó que con la última resolución expedida por Colpensiones se superó el hecho por el cual se había dado inicio al amparo, habida cuenta de que, implícitamente, al ordenarle a la señora Guauta el reintegro, reconoció el retroactivo en favor de los menores (f. 71, c. 1)

 Impugnó la demandante, quien considera ilógico que por el hecho que se le hubiera ordenado a la señora María Eugenia Guauta el reintegro del mayor valor pagado, se estime que se reconoció el retroactivo en favor de los menores. Insistió en las extremas condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran los niños. (f. 85, c. 1).

 En esta sede quedó saneada una nulidad que venía afectando la actuación, relacionada con la vinculación de la Dirección de Nómina de Pensionados de COLPENSIONES (f. 4, c. 1).

**CONSIDERACIONES**

 La Constitución de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

 En el caso concreto, Andrea Marcela Pinzón Botero, en representación de sus cuatro hijos menores de edad, dirigió su reclamo contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y María Eugenia Guauta, para que les sea reconocido y pagado el retroactivo de la pensión de sobrevivientes al que, según afirma, tienen derecho los menores sobre la prestación que causó su padre.

 El Juzgado de instancia, se dijo, consideró superado el hecho, porque COLPENSIONES expidió un acto administrativo con el cual le ordenó a la señora María Eugenia Guauta el reintegro de unos valores que corresponden al retroactivo reclamado por los menores.

 Uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, tiene que ver con la subsidiariedad. Concretamente, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional que ha dicho que:

“En relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de una derecho prestacional, la Corte Constitucional ha establecido que el juez constitucional deberá verificar los siguientes requisitos: “a. Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional. “b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, “c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.“ d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.”[[3]](#footnote-3)

 Requisitos que, ciertamente, se hallan cumplidos en la presente acción, si se tiene en cuenta que sus beneficiarios son menores de edad de quienes se dijo, en suma, que atraviesan manifiestas dificultades económicas, lo que pone en riesgo otros de sus derechos fundamentales, situación incontrovertida por la entidad encartada; en consecuencia, el proceso judicial no se avizora idóneo para la efectiva protección de sus derechos; adicional a lo anterior, su madre y representante legal, ha intentado infructuosamente obtener el retroactivo deprecado.

 Resuelto lo que toca con la procedibilidad del trámite, al adentrarse en las particularidades del asunto, delanteramente halla la Sala una situación que condiciona cualquier análisis relacionado con la conculcación de los derechos fundamentales de los menores, y es que al margen de que se les reconozca o no el retroactivo, móvil de la inconformidad, lo cierto es que desde principios del año 2017 y hasta hoy, reciben la porción que les corresponde de la pensión de sobrevivientes que causó su progenitor.

 Con la mira puesta en esos preliminares, con el recaudo probatorio es posible recrear el escenario, en el cual se desenvuelve este asunto, de la siguiente manera:

1. El 15 de mayo del año 2016 fallece el señor Octavio Acevedo Castiblanco, quien fuera beneficiario de una pensión de invalidez desde el año 2013.
2. El 16 de agosto de 2016 se reconoció y ordenó el pago de la sustitución pensional en favor de la señora María Eugenia Guauta.
3. El 16 de diciembre del año 2016 se revocó parcialmente la resolución con la cual se concedió la anterior sustitución pensional, redistribuyéndola así: 50% para la señora Guauta y el 50% restante para cuatro hijos del causante y de Andrea Marcela Pinzón Botero, aquí accionante.
4. El 30 de enero de 2018, la accionante solicitó el pago del retroactivo en favor de sus hijos menores y el 2 de marzo del año 2018 es negada esa petición.

El argumento de la negativa fue que el retroactivo *“se encuentra condicionado al reintegro del mayor valor pagado a la beneficiaria Guauta María Eugenia, desde el día 15 de mayo de 2016 hasta el 30 de junio de 2017, fecha anterior a la inclusión en nómina”* ; luego se complementó *“Para lo anterior, debemos informar que el expediente pasional se remitió a la Subdirección de Determinaciones V (…) con el fin de que solicite mediante el mecanismo de dobles pagos el reintegro del mayor valor girado a favor de GUAUTA MARÍA EUGENIA y que* ***una vez reintegrados se podrá girar el retroactivo de la sustitución pensional”***. (f. 63, c. 1) (Se destaca).

1. Finalmente, el 6 de agosto de este año, coactivamente, COLPENSIONES ordena el cobro de $2.509.806.oo a la señora María Eugenia Guauta.

Del derrotero relucen evidentes, por lo menos dos situaciones que derruyen las pretensiones del amparo.

Una, la que se anticipó, que los recursos mensuales, de los que disponen los menores, derivados de la pensión de sobrevivientes les están siendo entregados con normalidad; y que ellos sean reducidos, es una cuestión que escapa al control de la entidad encartada, que se limita a realizar la distribución de la pensión entre los sobrevivientes, conforme con las disposiciones normativas; así que es imposible pedirle que incremente su monto o que despliegue alguna actividad en tal sentido.

Y la otra, que la representante legal de los menores actuó con desidia, así se afirma porque dejó pasar un año aproximadamente, desde el momento en que les fuera pagada la primera mesada a los menores, hasta cuando fue a solicitar el pago del retroactivo, esta situación desfigura cualquier alusión que pretenda presentarse en torno a la urgencia que se tiene de recibir el dinero y obliga a pensar que el asunto se reduce a una reclamación de orden patrimonial que de hecho está siendo resuelta por la entidad encartada.

Lo planteado impide que se profiera alguna orden contra la entidad encartada, a lo cual se suma el hecho, no menos importante, de que COLPENSIONES está en el trámite para pagar la prestación reclamada, tan es así que, luego de que condicionara su pago al reintegro por parte de la señora María Eugenia Guauta, se lo exigió coactivamente, lo que indica que una vez sea recaudado, será pagado a los menores, tal como se ha dicho en los actos administrativos precedentes.

 Trasuntando todo, y sin que se pueda concluir categóricamente que la lamentable situación que atraviesan los menores, sea inexistente, tampoco es posible, por ese solo hecho, impartir alguna orden contra una entidad que, como quedó visto, no ha violentado ninguno de sus derechos fundamentales; por el contrario, ya el 6 de agosto anterior inició el trámite de cobro coactivo contra la señora María Eugenia Guauta, lo que necesariamente tendría que derivar en el pago del retroactivo a los menores.

 Sobre ese preciso aspecto, es decir la obligación del juez de valorar la actividad desplegada por la administradora de pensiones, es pertinente recordar lo recientemente expuesto por la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4).

 3.1. Esta Corporación de manera reiterada ha sostenido que la acción de tutela no es la vía judicial, en principio[[5]](#footnote-5), para la reclamación de mesadas retroactivas de la pensión reconocida[[6]](#footnote-6). Ha fundamentado esa decisión en el carácter subsidiario del amparo que, a la luz de los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En esa línea, la Corte ha sostenido que el reconocimiento del retroactivo, por tratarse de un derecho legal, es de competencia de la jurisdicción laboral ordinaria o de la contencioso administrativa, a menos que se demuestre la afectación del derecho fundamental al mínimo vital. Esa afectación debe ser clara, puesto que se entiende que con el reconocimiento y pago de la pensión se protege el derecho a recibir un sustento digno[[7]](#footnote-7). **Así mismo, debe evidenciarse una conducta antijurídica por parte de la entidad encargada del reconocimiento de la pensión, que privó de los medios económicos para vivir a quien efectivamente tenía el derecho pensional[[8]](#footnote-8).**

 3.3. Con base en lo anterior, se concluye que esta Corporación ha protegido el derecho al mínimo vital y ha ordenado el pago de retroactivos pensionales **en casos en los que las entidades encargadas del reconocimiento de la pensión han demorado el trámite o han negado su otorgamiento de manera indebida**. Específicamente, en cuanto a las reclamaciones de los retroactivos resultantes del reconocimiento o la reliquidación de una pensión compartida, la Corte ha indicado que a la empresa le deben ser girados únicamente los mayores valores efectivamente pagados como complemento de la pensión legal desde el momento del reconocimiento de la reliquidación, por cuanto ellos debieron ser pagados por la administradora de pensiones. Además, que de encontrar que los valores pagados por la empresa superan el monto del retroactivo, ellos no pueden ser objeto de cobro al pensionado. No obstante, ha precisado que debido a que el cálculo sobre la cuantía de dichas sumas es un conflicto que debe ser resuelto por el juez laboral o contencioso administrativo, a quien le corresponde efectuar “análisis juicioso y técnico”[[9]](#footnote-9) sobre el asunto. (Se destaca)

 Por lo expuesto, sin que haya lugar a otras estimaciones, se prohijará la sentencia impugnada, en tanto despachó desfavorablemente el amparo, pero se modificará, porque no se trata en este caso de un hecho superado.

 En su lugar se negará, habida cuenta de que, como quedó visto, hubo lugar a analizar el fondo de la problemática planteada, en consideración a la calidad de sujetos de especial protección con la que se reportan los menores representados.

 Se adicionará para absolver a los demás citados al trámite por no hallar de su parte vulneración alguna a los derechos fundamentales invocados.

**DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, **Sala de Decisión Civil Familia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **MODIFICA** la sentencia dictada por el  Juzgado Segundo de Familia local en esta acción de tutela que **Andrea Marcela Pinzón Botero** en representación de los menores **LXAP, LFAP, AYAP, LMAP** promovió frente a **COLPENSIONES** y **María Eugenia Guauta.** En su lugar, se **NIEGA**.

 Se absuelve a los demás intervinientes citados al trámite.

 Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados, en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992; oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. A su regreso, archívese.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. En virtud del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia, armonizado con el canon 7 de la Ley 1581 de 2012, Se omite el nombre de los menores, siguiendo de igual manera la posición que sobre este particular ha adoptado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando un asunto de esta naturaleza involucra menores de edad. [↑](#footnote-ref-1)
2. En virtud del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia, armonizado con el canon 7 de la Ley 1581 de 2012, Se omite el nombre de los menores, siguiendo de igual manera la posición que sobre este particular ha adoptado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, cuando un asunto de esta naturaleza involucra menores de edad. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-343 de 2014 [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-201A/18 [↑](#footnote-ref-4)
5. La Corte ha declarado procedente el pago de retroactivos pensionales en casos en los que las entidades encargadas de reconocer la pensión han negada indebidamente la pensión. Entre otras, sentencias T-421 de 2011, T-019, T-127, T-297 y T-480 de 2012, y T-315 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-280 de 2010. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencias T-1419 de 2000, T-056 y T-765 de 2002, T-250 de 2010, T-110 de 2011, T-628 de 2013, T-539 y T-628 de 2014, T-341 de 2015 y T-42 de 2016. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-482 de 2010. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-628 de 2013. [↑](#footnote-ref-9)