

Cartagena de Indias D. T y C, dos (02) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

<b>Medio de control</b>	ACCIÓN DE TUTELA
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-013-2020-00186-01
<b>Demandante</b>	JAIME DIAZ BUELVAS
<b>Demandado</b>	UGPP
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Tema</b>	RECONOCIMIENTO PENSIONAL VIA ACCIÓN DE TUTELA/IMPROCEDENCIA

## I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Alfabética de Decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionada – UGPP -, contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena que tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso y seguridad social del menor Jaime José Díaz Buelvas.

## II.- ANTECEDENTES.

### 1. Hechos.

Fueron informados en síntesis los siguientes:

- Jaime José Díaz Álvarez, identificado en vida con el número de cedula 9.050.623, estuvo casado con la señora Modesta Vides de Díaz, identificada con cedula de ciudadanía número 22.990.889, desde el 12 de febrero de 1967, con quien creó una familia, procreando a Diana Patricia Díaz Vides.

- De una relación extramatrimonial entre Jaime José Díaz Álvarez (fallecido) y Diana Paola Buelvas Martínez, nació el día 5 de junio de 2004, **Jaime José Díaz Buelvas** (accionante).

- El señor Jaime José Díaz Álvarez, asumió la custodia y patria potestad de su hijo Jaime José Díaz Buelvas, desde los nueve (9) meses de nacido,

llevando a su hogar y acogiéndolo en el seno de su familia con todo el amor que un hijo recién nacido merece.

- Diana Paola Buelvas Martínez, madre de Jaime José Díaz Buelvas, nunca ha procurado por la manutención, vivienda, esparcimiento, educación, vestuario, salud y general, todo lo esencial para el desarrollo integral de su hijo Jaime José Díaz Buelvas, tanto así que a los nueve (9) meses de nacido, lo dejó bajo el cuidado del padre Jaime José Díaz Álvarez, desentendiéndose totalmente de su responsabilidad como madre, perdurando esa situación hasta la actualidad.

- Al señor Jaime José Díaz Álvarez le fue reconocida pensión de jubilación por la empresa "Puertos de Colombia". Cuando transcurría el año 2007, el señor Jaime José Díaz Álvarez expresó su voluntad por escrito ante el grupo de pasivo pensional de Puertos de Colombia de designar como beneficiario de su pensión en caso de muerte, a Jaime José Díaz Buelvas. En el año 2010, el señor Jaime José Díaz Álvarez expresa su voluntad por escrito ante la aseguradora SURAMERICANA para designar como delegado para la solicitud del seguro de estudio en favor de Jaime José Díaz Buelvas, a Diana Patricia Díaz Vides.

- El señor Jaime José Díaz Álvarez fallece el día 31 de enero de 2018. Desde el fallecimiento del señor Jaime José Díaz Álvarez, la señora Modesta Vides de Díaz ha asumido la manutención, el cuidado y la representación de su hijo de crianza Jaime José Díaz Buelvas; y su hermana Diana Patricia Díaz vides, ha colaborado en lo económico para el soporte educativo y en las pautas de crianza en la adolescencia de Jaime José.

- Mediante Resolución No. 037138 del 12 de septiembre de 2018, la UGPP reconoció □ pensión de sobrevivientes de manera definitiva con ocasión del fallecimiento de Jaime José Díaz Álvarez, a partir de 1 de febrero de 2018, a favor de la señora Modesta Vides de Díaz en un porcentaje del 50% y el 50% restante se dejó en suspenso por el posible derecho y el porcentaje que le pudiera corresponder respecto a dicha pensión al joven Jaime José Díaz Buelvas.

- La UGPP no discute el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente de Jaime José Díaz Buelvas, pero no reconoce la familia de crianza, dejando en suspenso el reconocimiento definitivo hasta que el representante legal del menor adulto Jaime José Díaz Buelvas acuda a reclamar el derecho pensional.

- Ante las dificultades que representa no recibir la mesada pensional que le corresponde a Jaime José Díaz Buelvas como beneficiario sobreviviente de Jaime José Díaz Álvarez, la señora Diana Patricia Díaz Vides, hermana del menor adulto, decide iniciar proceso de alimentos en contra de Diana Paola Buelvas Martínez.

- Con el propósito de subsanar este impase, la hermana mayor de Jaime José Díaz Buelvas, señora Diana Patricia Díaz Vides presentó solicitud de reconocimiento definitivo de pensión de sobreviviente del joven Jaime José Díaz Buelvas como beneficiario de Jaime José Díaz Álvarez, aportando los documentos como el fueron solicitados y adjuntado su declaración juramentada ante notario donde manifiesta que su hermano natural llegó a su núcleo familiar desde los nueve (9) meses de edad, conformándose lazos familiares entre Modesta Vides de Díaz como madre de crianza de su hermano Jaime José, así como la solicitud de designación de curador para el joven Jaime José Díaz Buelvas en cabeza de Diana Patricia Díaz Vides ante juzgado de familia de Cartagena.

- El día 3 de noviembre de 2020 la UGPP, expide la Resolución No RDP 024778, por medio de la cual se deja en suspenso el posible derecho y el porcentaje que le pudiera corresponder respecto a la pensión de sobrevivientes a Jaime José Díaz Buelvas en calidad de Hijo menor de edad con un argumentando en esta ocasión, que a la fecha, Diana Patricia Díaz Vides no es la representante legal de Jaime José, porque para obtener dicha calidad debe ser designada por un Juez como tutora o guardadora del menor.

- Esta conducta de la UGPP está vulnerando los derechos fundamentales de Jaime José Díaz Buelvas, y de la familia Díaz, al privarles de la posibilidad de gozar del derecho de pensión de sobrevivencia de Jaime José.

## **2. Pretensiones:**

Se invocaron las siguientes (se transcribe):

*“Que se declare que el accionado Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social – UGPP ha vulnerado los derechos fundamentales a la familia, a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso de Jaime José Díaz Buelvas, al no expedir un acto administrativo que le reconozca definitivamente el derecho de pensión de sobrevivencia del causante Jaime José Díaz Álvarez.*

*Como consecuencia de lo anterior, y con el propósito de proteger los derechos fundamentales de Jaime José Díaz Buelvas, en término de veinticuatro (24) horas:*

*Se ordene a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social – UGPP expedir un acto administrativo definitivo de reconocimiento de pensión de sobreviviente a favor de Jaime José Díaz Buelvas en porcentaje de cincuenta (50%) como beneficiario del causante Jaime José Díaz Álvarez.*

*Se ordene a la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social – UGPP incluir en nómina de pensionados por sobrevivencia y a pagar la mesada que le corresponde a Jaime José Díaz Buelvas como beneficiario de sobrevivencia del causante Jaime José Díaz Álvarez en el porcentaje que el corresponde (50%).*

*Se declare que se ha conformado una familia de crianza entre Modesta Vides de Díaz y Jaime José Díaz Buelvas, siendo la señora Modesta Vides de Díaz, madre de crianza de Jaime José Díaz Buelvas, pudiendo ejercer los derechos que esta figura jurídica le permiten.*

*Se reconozca a la señora Modesta Vides de Díaz como madre de crianza de Jaime José y como la persona autorizada para reclamar la mesada pensional de Jaime José Díaz Buelvas.*

*Se nombre a Diana Patricia Díaz Vides como curador y representante legal de Jaime José Díaz Buelvas hasta que el joven adulto cumpla la mayoría de edad, respecto de la reclamación de la pensión de sobrevivencia, ante la Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social – UGPP.*

*(....)”*

### **3. Respuesta de la autoridad accionada.**

Informó la UGPP que las razones de la negativa para dejar en suspenso el derecho del menor son que con las pruebas aportadas por las señoras Modesta Vides de Díaz y Diana Patricia Díaz Vides se logró evidenciar que no existe documento que acredite que alguna de las solicitantes sea la representante legal del menor.

Que por lo tanto, si creen cumplir las calidades para desempeñar la representación y consecuentemente, administrar los bienes del menor, es indispensable que sea un juez de la República que así lo declare y las designe como tutoras o guardadoras del menor Jaime José Díaz Buelvas.

Argumenta que en el caso existe la posibilidad de reconocer la pensión de sobrevivientes a favor del menor Díaz Buelvas Jaime José, designando a su madre biológica como representante legal, y que en el momento en que se allegue la sentencia que defina la curatela y se designe al tutor o guardador

junto con el acta de posesión y discernimiento del cargo, se reconocerá como tutor o guardador a la persona designada.

Lo anterior, en razón a que, de conformidad con el artículo 288 del Código Civil, sobre quien recae la patria potestad es sobre el padre o la madre de familia, por lo tanto, si no existe un pronunciamiento emitido por una autoridad judicial, no hay lugar a privar de ella a los padres o excluirlos de su ejercicio.

#### **ICBF – Defensoría de Familia.**

Refirieron que revisado el sistema de información de los servicios de protección, no se encontró solicitud de atención o restablecimiento de derechos, ni reporte de amenaza o vulneración de derechos, ni solicitud de trámite de conciliación de custodia y alimentos en favor de Jaime José Díaz Buelvas.

#### **Diana Buelvas Martínez (madre biológica – vinculada).**

Manifestó al *a quo* (vía mail) que *“reafirma el poder otorgado a la señora Diana Patricia Díaz Vides como curadora y representante legal de su menor hijo Jaime José Díaz Buelvas, hasta que cumpla la mayoría de edad, respecto a la pensión reclamada ante la UGPP”*.

#### **4. Sentencia de Primera Instancia**

Mediante la sentencia que se impugna, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso y seguridad social del menor Jaime José Díaz Buelvas.

El amparo se concedió de manera transitoria, y hasta que se decida de forma definitiva el proceso de pérdida de la patria potestad y nombramiento de tutor, que deber iniciar el ICBF en contra la progenitora del menor, a través del Defensor de Familia.

Como consecuencia de la declaratoria de amparo constitucional, fueron emitidas las siguientes órdenes:

#### **Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Defensor de Familia.**

**a)** Presentar, a más tardar dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del fallo de tutela, ante el Juez de Familia el proceso respectivo para despojar de la patria potestad a la señora **Diana Buelvas Martínez**, (madre del menor Jaime José Díaz Álvarez), de ser procedente, e igualmente adelantar el de tutoría, para que la señora Diana Patricia Díaz Videz (de ser la persona idónea), sea designada la tutora del menor y pueda así representarlo.

**b)** Intervenir de manera inmediata (si aún no lo hecho), como representante judicial del menor Jaime José Díaz Álvarez en el proceso de alimentos radicado 13001311000720190041600, que se tramita ante el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena contra la señora Diana Paola Buelvas Martínez.

**A la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP.**

**a)** Reconocer, en el término de tres (3) días contados desde la notificación de del fallo, a favor del menor **Jaime José Díaz Buelvas**, identificado con T.I. 1043638239, **pensión de sobrevivientes**, como beneficiario del señor Jaime José Díaz Álvarez, en calidad de hijo menor y en el porcentaje que le corresponda, supeditado a que dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la sentencia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Defensor de Familia en representación del menor, inicie el proceso judicial respectivo para despojar de la patria potestad a la señora Diana Buelvas Martínez, progenitora del mismo, y el de tutoría para que esta sea otorgada a la señora Diana Patricia Díaz Vides, media (sic) hermana del menor, y hasta que se tome una decisión definitiva en ellos.

**b)** Cancelar, dentro del mes siguiente a la expedición del acto administrativo de cumplimiento del fallo, a favor del menor Jaime José Díaz Buelvas, identificado con T.I. 1043638239, las mesadas pensionales derivadas de la pensión de sobreviviente ordenada, en la cuenta bancaria que le sea indicada por la señora Diana Patricia Díaz Vides, media hermana del menor, y ello se hará por el tiempo que dure el proceso judicial de pérdida de patria potestad y de tutoría que deberá iniciar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Defensor de Familia.

Fueron razones fundamentales del fallo las siguientes conclusiones:



- Que el joven Jaime Díaz Buelvas es hijo menor del causante señor Jaime José Díaz Álvarez, como se deriva del registro civil de nacimiento, y por ende beneficiario de este en relación con la pensión de sobreviviente.

- Que entre la señora Modesta Vides de Díaz y el menor Jaime Díaz Buelvas se ha constituido una familia de crianza, porque está a pesar de no ser su madre ni biológica ni adoptiva, fue la que, junto con su cónyuge, padre fallecido del menor, han ejercido el cuidado y protección del accionante, ante el total desligamiento de sus obligaciones de la señora Diana Buelvas Martínez, como madre de este. Esta situación es efectivamente reconocida y aceptada por la madre biológica del menor en documento en que la misma otorga curatela, que es el número 22 del expediente.

- Existe una clara sustracción de las obligaciones de cuidado, alimentos y representación de la señora Diana Buelvas Martínez respecto de su hijo menor Jaime Díaz Buelvas, y pretende trasladar esto a la señora Diana Patricia Díaz Videz, medio hermana del niño, como se deriva del informe allegado a este Juzgado, y así renunciar a los deberes que la patria potestad que tiene le imponen, cuando expone que "reafirmo donde otorgo el poder a la señora Diana Patricia Díaz Vides como curadora y representante legal de Jaime José Díaz Buelvas hasta que el joven adulto cumpla la mayoría de edad, respecto de la reclamación de la pensión de sobrevivencia, ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP"

- Hay una total desprotección del menor para cubrirse sus necesidades básicas pues la madre, como se demuestra en el proceso de alimentos que se adelanta en el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, no provee lo mínimo a este para cubrir ellas, y se reitera, no le interesa hacerlo.

- Es claro que ni la señora Modesta Vides de Díaz, madre de crianza del menor, ni la señora Diana Patricia Díaz Videz, medio hermana de este, tienen ni la curaduría, ni la tutoría, ni la representación legal del joven Jaime Díaz Buelvas, pero son estas las que hasta el momento tienen, de hecho, el cuidado personal del niño, derivado de la muerte del padre del menor Díaz Videz

- El sustento jurídico que tuvo en consideración la UGPP para dejar en suspenso el 50% de la pensión de sobreviviente y no otorgar este al menor accionante, es porque las solicitantes no tienen la representación legal del menor, como ha quedado demostrado, es cierto, pero como lo ha dicho la Corte Constitucional en toda decisión que conlleve la afectación de derechos de menores se debe hacer prevalecer la efectividad de sus derechos y garantizar de manera efectiva su concreción.

- En el expediente está demostrado que el menor está sufriendo un perjuicio irremediable, pues por su condición de incapacidad por edad, no cuenta con ningún tipo de ingreso que le permita solventar sus necesidades básicas, que el otro padre sobreviviente que es la señora Diana Buelvas Martínez, de manera clara y expresa se ha sustraído de toda obligación respecto de este, y que esa situación ha dejado al menor en un limbo jurídico que le ha impedido poder ser beneficiario de la pensión de sobreviviente de su padre, y con la cual evidentemente puede cubrir dichas necesidades básicas que le permitan ejercer una vida digna.

- Atendiendo lo que señala el Artículo 55 del Código General del Proceso el Defensor de Familia es quien ejercerá la representación del incapaz, y más cuando este debe adelantar proceso en contra del único progenitor que ejerce la patria potestad que no suministra alimentos, ni ejercer las obligaciones propios de esta, y por tanto, la misma no puede, como lo pretende hacer el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no cumplir con sus cargas en el caso concreto que nos ocupa

## 5. Impugnación

La UGPP presentó escrito de impugnación, reiterando una a una las razones que expuso en el primer informe dado al *a quo* acerca de la situación pensional del actor, y en el entendimiento de que no existe un documento que acredite que alguna de las solicitantes, esto es, MODESTA VIDES DE DÍAZ y DIANA PATRICIA DÍAZ VIDES, sea la representante legal del menor, así como la posibilidad que dicha representación la asuma la madre biológica, constituyéndose esto último en el camino más expedito para solucionar la situación del menor.

Ahora precisa que, las señoras MODESTA VIDES DE DÍAZ y DIANA PATRICIA DÍAZ VIDES no han aportado ante al UGPP la **sentencia** que defina la curatela y en consecuencia designe al tutor o guardador el menor, junto con el acta de posesión y discernimiento del cargo, razón por la cual resulta a todas luces **improcedente reconocer la prestación** y a su vez tenerlas como representantes del menor para que ejerzan la administración de sus bienes.

Pide que se tenga en cuenta que la UGPP, como parte de la administración pública, debe velar por el cumplimiento de la constitución y la ley, pero además garantizar plenamente el ejercicio de los derechos de los administrados, máxime cuando ellos recaen sobre menores de edad.

llama la atención al hecho de que, a pesar de que desde el mes de septiembre de 2018, en los actos administrativos que ha expedido la UGPP se ha enfatizado en la necesidad de aportar los documentos que acrediten la representación legal del menor JAIME JOSE DIAZ BUELVAS, no se observa que las señoras MODESTA VIDES DE DÍAZ y DIANA PATRICIA DÍAZ VIDES hayan adelantado proceso judicial para lograr el reconocimiento en la calidad de tutoras del menor, por ende es claro que en la presente acción no se cumple con el requisito de subsidiariedad, ello por cuanto han trascurrido más de dos (2) años en los cuales han podido adelantar y finiquitar los trámites judiciales para la designación de la curaduría, no obstante, de las pruebas aportadas en la presente acción únicamente se observa un oficio dirigido a un juzgado.

Finalmente acotó que la presente acción de tutela está llamada a declararse improcedente, toda vez que no se han acreditado los requisitos

legales mínimos para acceder al reconocimiento de la sustitución pensional, ya que no se aportan los documentos o pruebas que permitan dilucidar en quién recae la representación legal del menor **JAIME JOSÉ DIAZ BUELVAS**.

### **III.- CONSIDERACIONES.**

#### **3.1. Competencia.**

Conforme lo establecen los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del circuito de Cartagena.

#### **3.2. Problema jurídico**

Lo contraerá la Sala, a determinar si en el caso concreto se debe o no revocar la sentencia de primera instancia, en tanto amparó los derechos fundamentales del menor JAIME JOSE DIAZ BUELVAS, asociados al pago de una prestación económica (pensión de sobrevivientes) que se le dejó en suspenso por la accionada.

#### **3.3. Tesis de la Sala**

Se revocara la sentencia impugnada para en su lugar declarar la IMPROCEDENCIA de la acción toda vez que se acredito que si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable.

#### **3.4. Argumentación normativa y jurisprudencial**

El artículo 86 de la Constitución Política introdujo la acción de tutela para que toda persona pueda:

*"...reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública."*

De lo anterior se deduce que cuando una persona considere que se le han vulnerado sus derechos constitucionales, será a través de esta acción, perentoria y sumaria, ante la autoridad competente, que podrá reclamar la tutela de su derecho conculcado.

La acción de tutela fue concebida **únicamente** para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, **respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces para lograr la protección del derecho**, es decir, tienen origen dentro del ordenamiento jurídico con el fin de dar respuesta oportuna a circunstancias en que, por la falta de previsiones normativas específicas, el afectado se ve expuesto a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona sus derechos fundamentales. De allí que, como lo señalan el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591, **no sea procedente cuando exista un medio judicial para la defensa del derecho trasgredido o amenazado.**

#### **Principio de subsidiariedad de la acción de tutela.**

Como se advirtió en las líneas que vienen de citarse, tiene su fuente el principio aludido en el artículo 6 numeral 1 del decreto 2591 de 1991, el cual a la letra reza:

*“Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:*

*1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*

*(...)”.*

Basados en lo anterior ha de concluirse sin ambages, que los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales han de ser resueltos en principio, a través de los medios de defensa o recursos ordinarios dispuestos para ello, **y solo cuando no existan, procederá la acción de amparo. Plantea igualmente el precepto la posibilidad de que prospere la acción no obstante existir medio alternativo de defensa, pero solo si con esta se busca evitar un perjuicio irremediable**, debiendo invocarse como mecanismo transitorio.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha explicado el alcance del principio de la siguiente manera<sup>1</sup>:

*“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- **y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.** En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. **Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 superior.** Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo.” (Negrillas y subrayas de la Sala).*

### **Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes respecto de menores de edad.**

Tal y como se indicó supra, la acción de tutela es un mecanismo dispuesto con el fin de obtener la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando el accionante no disponga de otros instrumentos judiciales de defensa, o cuando existiendo, estos no sean idóneos o eficaces. De la misma forma, la acción de tutela procederá de manera transitoria cuando exista riesgo de configuración de un perjuicio irremediable. De lo anterior se desprende que el amparo constitucional es residual y subsidiario a los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico y, en esa medida, cuando la pretensión versa sobre el reconocimiento de derechos de índole prestacional, como es el caso de la pensión, la tutela, en principio no es procedente, habida cuenta de que para ese fin existen acciones establecidas ante la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa.

<sup>1</sup> Sentencia T-480/11

No obstante, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha ajustado dicho principio a las reglas consignadas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, señalando que existen algunos eventos en los cuales es posible que el juez constitucional pueda resolver de fondo controversias relacionadas con el reconocimiento y pago de un derecho pensional. Es decir que, en cada caso, corresponde al fallador examinar sus particularidades, puesto que esta prestación podría convertirse en el único medio que tienen las personas para garantizar para sí mismos un mínimo vital y, en esa medida, una vida digna<sup>2</sup>.

En sentencia del año 2015 (SU-355 de 2015), la Corte Constitucional unificó su postura respecto del requisito de subsidiariedad<sup>3</sup> estableciendo que este principio responde a las reglas de (i) **exclusión de procedencia** y (ii) **procedencia transitoria**.

Lo que explicó de la siguiente manera: (i) si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración, la tutela será procedente de manera definitiva; y (iii) de manera excepcional, cuando la persona disponga de medios de defensa idóneos y eficaces, pero existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable<sup>4</sup>, el amparo será procedente de manera transitoria con el fin de proteger los derechos fundamentales del accionante<sup>5</sup>. Lo anterior, implica que la idoneidad y la eficacia del otro medio de defensa no pueden ser valoradas en abstracto por parte del juez constitucional, sino que por el contrario, el fallador deberá centrarse en responder si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que considera vulnerados de manera oportuna y eficaz.

<sup>2</sup> Sentencias T-200/11 y T- 165/16.

<sup>3</sup> Estas reglas fueron reiteradas en la sentencia SU-588/16.

<sup>4</sup> Esta Corporación en su jurisprudencia ha desarrollado el concepto de *perjuicio irremediable* y ha establecido que para su configuración se requiere la concurrencia de los elementos de *gravedad*, *inminencia*, *urgencia* e *impostergabilidad*. En cuanto a la *gravedad*, se ha determinado que esta sucede cuando la *vulneración de los derechos fundamentales es mayúscula y ocasiona un menoscabo o detrimento de esa misma proporción*; la *inminencia* ocurre cuando el daño está por suceder en un término de tiempo corto, por lo cual es necesario que el Juez intervenga de inmediato; frente a la *urgencia*, se ha referido que *se identifica con la necesidad apremiante de algo que resulta necesario y sin lo cual se ven amenazadas garantías constitucionales, lo que lleva a que una cosa se ejecute pronto para evitar el daño* y, por último, respecto de la *impostergabilidad* se ha dicho que la misma se determina dependiendo de la urgencia y gravedad de la situación, por tanto si se somete a la persona a agotar los mecanismos ordinarios, los mismos serán ineficaces.

<sup>5</sup> Sentencia T-308/16.

En ese entendimiento, la jurisprudencia de la Honorable Corte 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<sup>6</sup>. 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.

### **3.5. Caso concreto.**

Así pues, sentadas las reglas anteriores, comiencese diciendo que tiene el asunto concreto un cariz particular muy diferente al analizado en la primera instancia, si se tienen en cuenta los razonamientos probatorios que pasan a exponerse.

Lo primero es que, se tiene prueba que el 12 de septiembre del 2018, la accionada (UGPP), a través de la Resolución RDP 037138, reconoció la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite, señora MODESTA VIDES DE DIAZ, pagadera a partir del día siguiente a la muerte de su esposo, esto es, del 01 de febrero del 2018.

Dicha prestación se limitó solo al 50% de lo que en vida percibía el esposo fallecido por cuanto, el ente estatal previo la posibilidad cierta y concreta de reconocimiento del derecho del menor JAIME JOSE DIAS BUELVAS, es decir, quien hoy acciona ante la jurisdicción constitucional, en un porcentaje equivalente al otro 50%, por tener acreditada la calidad de hijo del causante y ser beneficiario de dicha prestación dada su minoría de edad, lo cual no escapó al análisis de la entidad accionada, tanto así que

<sup>6</sup> Estos requisitos fueron sistematizados por la Corte en la sentencia T-634/02 reiterada, entre otras, por las sentencias T-050/04, T-159/05 y T-079/16.

del cuerpo del mentado acto administrativo se desprende dicho discernimiento.

Particularmente se hizo saber la razón concreta del porque operaba la suspensión del pago de la prestación correspondiente al hijo menor, esto es, a JAIME JOSE DIAS BUELVAS, dada su condición particular de contar con una persona (madre) que legalmente ejerce la potestad parental en su calidad de madre y no era la solicitante.

Así las cosas, tanto el menor, que para esa época contaba con 14 años de edad (aproximadamente), por eso se le ha referido a lo largo del debate como menor adulto, como la señora MODESTA VIDES DE DIAZ y DIANA PATRICIA DIAZ VIDES, esta última, hermana paterna, mencionadas en el presente medio de control como la familia de aquel, tuvieron pleno conocimiento de las razones jurídicas que le impedían a la UGPP proceder al pago de lo correspondiente al menor, en tanto existía una problemática de representación legal que no le permitía a la señora VIDES DE DIAZ asumirla, siendo que le sobrevive al menor su madre.

Pues bien, ese acto administrativo, aun cuando se mostró, no del todo conveniente para los intereses de la familia conformada por MODESTA VIDES, su hija y el menor accionante, dado que no ordenó el pago del 50% correspondiente a este último, no fue cuestionada en sede administrativa, aun cuando se puso de presente en el la posibilidad de interponer los recursos de reposición y apelación ante la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales.

La misma situación ocurrió respecto de la Resolución RDP 024778 del 3 de noviembre del 2020, mediante la cual se resolvió nuevamente una actuación administrativa iniciada por iniciativa de MODESTA VIDES DE DIAZ y DIANA PATRICIA DIAZ VIDES, en búsqueda del pago del porcentaje correspondiente al menor JAIME JOSÉ DIAZ BUELVAS, no obstante lo cual, habiéndoseles enterado a las solicitantes de la posibilidad de cuestionar la decisión en sede administrativa ante la Sub Dirección de Determinación de Derechos Pensionales, la respuestas de las interesadas fue la abstención, pues no se agotó dicha instancia y si en cambio se optó directamente por la acción de tutela.

A lo anterior debe agregarse que no existe evidencia que la familia del menor, es decir, ni MODESTA VIDES DE DIAZ, ni su hermana paterna, DIANA PATRICIA DIAZ VIDES, y tampoco el, hayan iniciado proceso ante los jueces competentes, llámese tutela o curatela, en procura de obtener la guarda

del menor y con ello la representación del menor adulto para todos efectos legales. Tampoco hay evidencia que se haya intentado la privación o suspensión de la patria potestad de la madre biológica del menor, esto es, de Diana Paola Buelvas Martínez, muy a pesar de que esta ha dado muestras claras de no tener intención de ejercer sus obligaciones como madre.

Lo segundo es que se encuentra acreditado por el propio dicho del accionante (que bien puede valer como confesión), que tiene un hogar de base constituido por su padre, quien lamentablemente falleció, la esposa o compañera de su padre, que viene a ser Doña MODESTA VIDES DE DIAZ y la persona que al parecer se ha atribuido voluntariamente la responsabilidad de crianza, y su hermana paterna, esto es, DIANA PATRICIA DIAZ VIDES, lo cual es indicativo que no se trata de un menor abandonado a su suerte, sino todo lo contrario, pues contó con la fortuna de convertirse (como bien se destaca en el libelo) en un miembro más de la familia, a quien se le prodigó, desde los 9 meses de edad, afecto, protección, auxilio y respeto, consolidándose un verdadero núcleo familiar y de crianza, como bien se expone en la demanda.

Como tercer punto merece la atención que, también a título de confesión, se ha narrado por el propio accionante la circunstancia de no encontrarse en apuros económicos, pues si se recuerda, se esbozó en la demanda que desde la muerte del señor JAIME JOSÉ DIAZ ÁLVAREZ (padre del menor), la señora MODESTA VIDES DE DIAZ ha prodigado sin reproche la manutención y el cuidado del menor, contando incluso con la colaboración económica de la hermana paterna, es decir, de DIANA PATRICIA VIDES DIAZ, para la educación, todo esto perpetuado hasta la actualidad, como bien se comenta en el libelo.

Lo anterior es indicativo de que el componente económico y de afecto no se encuentra vulnerado ni en riesgo, debiéndose agregar que tampoco se han puesto en evidencia condiciones de vulnerabilidad asociadas a la salud del menor.

En cuarto lugar se tiene por demostrado que ha transcurrido un tiempo importante entre la primera solicitud y la interposición de este amparo constitucional, pues la primera solicitud, según lo informa el texto de la Resolución RDP 024778 del 3 de noviembre del 2020 (última resolución), data de una época anterior al 18 de julio del 2018, pues esta es la fecha en que se profirió la resolución RDP 029022 del 18 de julio del 2018, que

primigeniamente había ordenado de manera provisional el pago de la pensión de sobrevivientes a la señora VIDES DE DIAZ en un 50%, para dejar en suspenso el otro 50% que le corresponde al menor, es decir, pasaron no menos de 2 años (aproximadamente) entre la primera respuesta de la entidad accionada, con la cual enteran a los interesados de la situación particular, y la interposición de la acción de tutela; con esto no se quiere significar transgresión al principio de inmediatez, se trae a colación como criterio de valoración del perjuicio irremediable y en función de la eficacia e idoneidad del posible medio alternativo de defensa.

En quinto lugar advierte la Sala que el menor de autos, se trata de una persona que tiene una formación académica que bien le permite el conocimiento acerca de la defensa de sus derechos y el nivel de convicción necesario sobre la titularidad de lo que reclama; siendo justos, al día de hoy ya es casi un mayor de edad (está por cumplir 17 años) y bien que se puede, a esa edad, comprender el mundo circúndate. Esto se constata, de la fotocopia de la tarjeta de identidad y de la certificación que emite el Instituto Central de Colombia para Adultos de Educación Formal, del cual se desprende que para el año 2020, el menor cursaba noveno grado de bachillerato flexible.

Todo lo anterior para concluir que:

En el *sub lite*, si existen medios de defensa, es más, han existido y el accionante no los ha utilizado, tal cual quedó subrayado líneas arriba, luego necesariamente debe colegirse que impera la aplicación de la sub regla jurisprudencial sentada en la postura de unificación (SU-355 de 2015) de la Corte Constitucional respecto del requisito de subsidiariedad<sup>7</sup>, según la cual, **“si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente”**.

Y es que, definitivamente debe abandonarse la idea de que en el *sub lite* no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración, pues ha quedado claro que si existen; y menos aún, que deba prosperar de manera excepcional la acción de tutela, en tanto a pesar de disponer de medios de defensa idóneos y eficaces, existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo de manera transitoria, pues la situación del actor, contrario a mostrarse grave y con la posibilidad de irrogar daños

<sup>7</sup> Estas reglas fueron reiteradas en la sentencia SU-588/16.

inminentes, que ameriten medida urgentes e impostergables, se muestra como normal y óptima.

Se debe dejar claro que, en tratándose del criterio de idoneidad y eficacia que debe envolver el medio de defensa alternativo, realmente, lo que necesitaría el actor en el asunto de marras para principiar a disfrutar de su cuota parte pensional y así consolidar su derecho, no implica ni siquiera una sentencia de fondo en un proceso de familia donde se discuta la posibilidad de nombramiento de una guarda provisional; para ello bastaría con una medida anticipada que puede disponer el juez de familia en el auto admisorio de la demanda, y más aún cuando se conoce de un pariente de consanguinidad como lo es su hermana paterna mayor de edad, luego, en ese estado de cosas, conforme a lo que la Corte Constitucional viene acuñando en su jurisprudencia, no puede el caso *sub examine* ser valorado en abstracto por parte del juez constitucional, para decantar simplemente que el medio alternativo no es eficaz, sino que por el contrario, se debe responder si, de acuerdo con las condiciones particulares del accionante, dicho medio le permite ejercer la defensa de los derechos que consideran vulnerados de manera oportuna y eficaz, a lo que se responde que, a no dudarlo, ello es eficaz, pues no se requiere, para solucionar la problemática – se itera- ni siquiera de un proceso judicial en el sentido estricto y su decisión de fondo, ya que bien puede el juez de familia anticipadamente y con el auto admisorio de la demanda delegar provisoriamente la representación legal del menor en su hermana paterna para los efectos que se persiguen con esta tutela.

No se olvide que la UGPP no ha negado el derecho del menor, lo que ha hecho es suspender el pago, pues incluso en este juicio ha admitido en varias oportunidades que la negativa no va enderezada al no reconocimiento del derecho, sino a que el menor sea representado por la persona llamada por la ley para ello, lo que bien pudo solucionarse, desde mucho tiempo atrás, pues recuérdese que han pasado algo así como dos aproximadamente desde la resolución de la primera petición, sin que se haya intentado siquiera agotar trámite ante juez de familia o en su defecto ante el defensor de familia.

Es más, bien pudo haberse impetrado los recursos de ley contra los actos administrativos que suspendieron el pago, con miras a hacer posible que, a través de una **autorización especial** y conforme lo dispone el artículo 2 de la



Ley 700 de 2001<sup>8</sup>, modificado por el artículo 1 de la Ley 952 de 2005<sup>9</sup>, las mesadas pensionales pudieran ser cobradas, no por el titular o el representante legal, sino por un tercero; lo mismo cabría hacer en la actualidad por trámite administrativo, máxime cuando se sabe que la madre biológica del menor, siempre ha estado dispuesta a descargar sus responsabilidades, particularmente la de representar a su hijo en la administración y cobro de su mesada pensional, prueba de ello es el documento arrojado al expediente, al que denominaron “*otorgamiento de consentimiento para curatela por documento privado a persona determinada*”, que fue signado por la madre biológica del menor y por la señora DIANA PATRICIA DIAZ VIDES, al parecer con el propósito de incorporarlo a un proceso judicial de “*curatela del menor adulto*”, del que por supuesto no hay prueba en el expediente, pues ese documento no dejó de ser un documento privado ya que no hay constancia de que haga parte de un expediente judicial.

Así pues, por todo lo dicho, la Sala no encuentra que devenga nítida la configuración del perjuicio irremediable, y menos aún que los medios de defensa alternativos y ordinarios con que efectivamente se ha contado resulten inidóneos o ineficaces, antes por el contrario, lo que se evidencia es que no han sido utilizados.

Esto por cuanto, de lo único que realmente se tiene certeza (y en eso hay que estar de acuerdo con él *a quo*) es que el actor se trata de un sujeto de especial protección constitucional, pero aun así, dado que no se acreditó la posibilidad de concreción de un perjuicio irremediable y aunado ello, que valorados los demás criterios sentados jurisprudencialmente<sup>10</sup> para

<sup>8</sup> “Por medio de la cual se dictan medidas tendientes a mejorar las condiciones de vida de los pensionados y se dictan otras disposiciones”.

<sup>9</sup> “Artículo 2°. A partir de la vigencia de la presente ley se crea la obligación, para todos los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones, que tengan a su cargo el giro y pago de las mesadas pensionales, de consignar la mesada correspondiente a cada pensionado en cuentas individuales, en la entidad financiera que el beneficiario elija y que tenga sucursal o agencia en la localidad donde se efectúa regularmente el pago y en la cual tenga su cuenta corriente o de ahorros, si este así lo decide.

Para que proceda la consignación de las mesadas pensionales, en cuentas de ahorro o corriente, las Entidades de Previsión Social deberán realizar previamente un convenio con la respectiva entidad financiera, especificando que dichas cuentas solo podrán debitarse por su titular mediante presentación personal o autorización especial. No podrán admitirse autorizaciones de carácter general o que la administración de la cuenta se confíe a un apoderado o representante.

Parágrafo 1°. Las consignaciones a que hace referencia esta ley, solo procederán en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o en Cooperativas de Ahorro y Crédito o las multiactivas integrales con secciones de ahorro y crédito vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria” (subrayas fuera del texto)

<sup>10</sup> Desde la sentencia SU-355 de 2015 se sostiene que, en los casos en los que se solicita el reconocimiento y pago de una pensión vía acción de tutela, la determinación del medio es idóneo y eficaz para ejercer la defensa material de los derechos, de conformidad con las particularidades del caso concreto, debe conllevar la

determinar la idoneidad y eficacia del medio ordinario de defensa judicial, cuando se persigue el reconocimiento y pago de pensiones, se abre paso a la aplicación de la siguiente sub regla: **“si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente”**.

Así pues, la Sala debe considerar el hecho de que, en el asunto, de entrar a analizar el fondo, se sacrificaría el principio de **subsidiariedad** que le es ínsito y connatural a la acción de tutela, y con ello, tal y como lo explica la doctrina constitucional, se correría el peligro de vaciar las competencias de las demás autoridades judiciales y administrativas, además de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.

Como acotación final y bajo excusa de reiteración, debe destacarse que en virtud de la subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias (jurisdiccionales y administrativas) y sólo ante la ausencia de dichas vías, o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. Lo que quiere decir que **dicho principio impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales.**

Tal imperativo, pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, del mecanismo de pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia amparo establecido en el artículo 86 superior. Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia, **que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él** y, además, pudiendo evitarlo,

---

valoración de los siguientes criterios: (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”.

permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental.

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

#### IV.- FALLA

**PRIMERO: REVÓCASE** la sentencia impugnada, por las razones previamente expuestas.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DECLÁRASE** la improcedencia de la acción, conforme lo dispuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CUARTO:** Notifíquese de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

#### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

#### LOS MAGISTRADOS



**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**



**DIGNA MARIA GUERRA PICON**  
*Con salvamento de voto*



**JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

**Roberto Mario Chavarro Colpas**

Magistrado(a)

Tribunal Administrativo De Bolivar

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: **758f1bf9ffab91fe20a5f829e883babfea5c05a92308cde8bafe26e47fea3443**

Documento firmado electrónicamente en 05-02-2021

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>**