

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 180

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, mayo doce (12) del año dos mil veintidós (2022)

RADICADO: 81-736-31-89-001-2022-00133-01
RAD. INTERNO: 2022-00105
ACCIÓN: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: SANDRA LILIANA AMAYA BELLO representa a sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
ACCIONADO: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por la apoderada judicial de la accionante contra la sentencia de marzo 30 de 2022, proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena¹, que negó el amparo solicitado.

ANTECEDENTES

En el escrito de tutela², la apoderada judicial de la señora SANDRA LILIANA AMAYA BELLO, quien actúa en representación de sus hijos K.N.O.A. de 13 años³, J.O.A. de 7 años⁴ y T.M.O.A. de 7 años⁵, manifestó, que su prohijada mantuvo una relación sentimental con el señor DIEGO MAURICIO OSPINA REYES, quien es Sargento Viceprimero del EJÉRCITO NACIONAL, relación de la que nacieron sus 3 hijos.

¹ Dr. Rafael Enrique Fontecha Barrera.

² Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fls. 8 a 16.

³ Hija nacida en el municipio de Riosucio el 28 de marzo de 2009.

⁴ Hija nacida en la ciudad de Bogotá D.C. el 29 de enero de 2015.

⁵ Hijo nacido en la ciudad de Bogotá D.C. el 29 de enero de 2015.

Radicado: 2022-00133-01
Acción de tutela – 2ª instancia
Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Añadió, que K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A. están inscritos en el subsidio familiar que el EJÉRCITO NACIONAL otorga a su personal en cumplimiento del literal c) del art. 79 del Decreto Ley 1211 de 1990, y que pese a que el padre de los menores recibe ese beneficio no se los proporciona a ellos, quienes son los verdaderos destinatarios de esa ayuda, no obstante que no es un derecho del trabajador sino de los hijos.

Expuso que el 21 octubre de 2021, actuando como apoderada de SANDRA LILIANA AMAYA BELLO, solicitó formalmente al señor DIEGO MAURICIO OSPINA REYES, a través de un correo electrónico, suministrara a su prohijada el dinero que recibe por concepto del subsidio familiar por los hijos habidos con ella, petición de la cual hizo caso omiso.

Dijo, también, que debido a que el señor OSPINA REYES tampoco cumple con las cuotas alimentarias pactadas el 5 de abril de 2021 en la Comisaría de Familia de Tame – Arauca, su *"poderdante tuvo que solicitar el pago vía judicial por medio de un proceso ejecutivo de alimentos ante el JUZGADO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE TAME – ARAUCA"*.

Acotó, además, que en estos momentos la señora AMAYA BELLO es madre cabeza de familia, lleva más de 2 años desempleada y está sumida en una profunda desesperación, ya que los pocos ingresos que recibe de *"labores independientes"* no alcanzan para suplir totalmente su mínimo vital y el de sus 3 hijos.

Indicó, igualmente, que *"ante la resistencia del señor DIEGO OSPINA, a reconocer los alimentos suficientes"* y *"entregar el beneficio del subsidio a los hijos"* de su poderdante, el 24 de enero de 2022 solicitó al EJÉRCITO NACIONAL le proporcionara directamente la ayuda económica proveniente del subsidio familiar a los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A., entidad que se negó argumentando falta de competencia para ello, señalando además que deben iniciarse las acciones judiciales correspondientes.

Corolario de lo anterior, pidió se tutelaran los derechos fundamentales al subsidio familiar y mínimo vital de los hijos de su mandante y, en consecuencia, se ordene al EJÉRCITO NACIONAL que: (i) otorgue a los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A. el subsidio correspondiente al 5% del salario devengado por el señor DIEGO MAURICIO OSPINA REYES por su primera hija, y el 4% por los 2 siguientes, y; (ii) en lo sucesivo realice tal pago a su progenitora SANDRA LILIANA AMAYA BELLO, por ser quien tiene su cuidado y custodia.

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Anexó a su escrito copia de: poder especial⁶; registros civiles de nacimiento de los menores K.N.O.A.⁷, J.O.A.⁸ y T.M.O.A.⁹; documento de identidad de la señora AMAYA BELLO¹⁰; acta de diligencia surtida ante la COMISARÍA DE FAMILIA DEL MUNICIPIO DE TAME el 5 de abril de 2021¹¹; consulta efectuada en el Sistema Integral de Información de la Protección Social -SISPRO- a nombre de la accionante¹²; poder otorgado a la Dra. García Velásquez para solicitar el pago del subsidio familiar¹³; derecho de petición elevado al EJÉRCITO NACIONAL¹⁴, y; su correspondiente respuesta¹⁵.

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela el asunto fue asignado el 15 de marzo de 2022 por reparto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena¹⁶, Despacho que le imprimió el respectivo trámite el día siguiente¹⁷ y procedió a: (i) admitir la tutela contra el MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL; (ii) vincular al señor DIEGO MAURICIO OSPINA REYES y a la COMISARÍA DE FAMILIA DEL MUNICIPIO DE TAME, requiriendo además a esta última para que indicara las razones por las cuáles el acta aportada por la accionante no estaba firmada por el señor OSPINA REYES; (iii) solicitar al accionado y vinculados informaran sobre los hechos constitutivos de la vulneración alegada, en el término de dos (2) días; (iv) tener como pruebas los documentos aportados con el escrito introductorio de la acción, y; (v) reconocer personería jurídica a la Dra. García Velásquez como apoderada de la actora.

Luego de establecerse telefónicamente con la señora AMAYA BELLO que el proceso de alimentos que interpuso contra el padre de sus hijos lo está conociendo el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE TAME, con Radicado No. 2022-00126-00¹⁸, esta Corporación el 6 de los corrientes¹⁹ solicitó a ese Despacho remitiera copia de la demanda formulada por la accionante e informara en qué estado se encontraba la actuación. La respuesta se allegó el pasado 9 de mayo²⁰.

⁶ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fls. 17 y 18.

⁷ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fl. 20.

⁸ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fl. 19.

⁹ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fl. 21.

¹⁰ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fls. 22 y 23.

¹¹ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fls. 24 a 28.

¹² Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fls. 29 y 30.

¹³ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fls. 31 a 36.

¹⁴ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fls. 37 a 40.

¹⁵ Cdno digital del Juzgado, ítem 1, fl. 41.

¹⁶ Cdno digital del Juzgado, ítem 2.

¹⁷ Cdno digital del Juzgado, ítem 3.

¹⁸ Cdno digital del Tribunal, ítem 6.

¹⁹ Cdno digital del Tribunal, ítem 8.

²⁰ Cdno digital del Tribunal, ítem 8.

*Radicado: 2022-00133-01
Acción de tutela – 2ª instancia
Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.*

INFORME DEL ACCIONADO Y VINCULADOS.

1. El Departamento Jurídico del EJÉRCITO NACIONAL el 29 de marzo del presente año²¹, contestó, que esa Entidad carece de competencia para afectar discrecionalmente la nómina de sus funcionarios, y después de asegurar que no había vulnerado ni puesto en peligro los derechos fundamentales de la accionante y de sus hijos, pidió negar el amparo constitucional.

De igual manera, señaló, que SANDRA LILIANA AMAYA ABELLO cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo para reclamar lo que pretende vía tutela, toda vez que puede acudir a la jurisdicción ordinaria y pedir se libre mandamiento de pago contra OSPINA REYES por incumplir las obligaciones contenidas en el acta de regulación de cuota alimentaria, y se ordene también el descuento del subsidio familiar por nómina.

2. Los demás vinculados guardaron silencio dentro de la presente actuación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²²

En el fallo que culminó la instancia, proferido el 30 de marzo de 2022, el *a quo* resolvió no amparar el derecho fundamental al mínimo vital invocado por la señora AMAYA BELLO en representación de sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A., tras considerar que la normatividad indica claramente que el subsidio familiar es un beneficio otorgado a los trabajadores con escasos ingresos económicos para que puedan cumplir con las cargas económicas que implica el sostenimiento de la familia, razón por la cual justamente dicho pago se hace al trabajador y no a sus hijos o representantes.

Estimó, también, que ese subsidio familiar debió tenerse en cuenta cuando se fijó la cuota alimentaria de los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A., ya que hace parte de los elementos que ayudaron a definir la capacidad económica de su padre, de ahí que si la accionante cree que ese beneficio revela una mejor situación económica de DIEGO MAURICIO OSPINA REYES puede acudir al Juez de Familia en procura de obtener un incremento de la cuota alimentaria pactada, si es su deseo.

²¹ Cdno digital del Juzgado, ítem 5.

²² Cdno digital del Juzgado, ítem 6.

De otra parte, acotó, que ni el EJÉRCITO NACIONAL ni el señor OSPINA REYES están vulnerando el mínimo vital de los hijos de la actora constitucional, toda vez que ella reconoció que *"en la actualidad se está efectuando el pago de las cuotas alimentarias"*, y destacó que el subsidio familiar se entrega al trabajador progenitor *"como contraprestación a las cargas asumidas para cumplir con las necesidades apremiantes de sus hijos, como es la alimentación, el vestuario, educación y alojamiento"*, para aclarar finalmente, que *"el factor custodia no podría modificar por sí solo el pago del subsidio familiar, pues las partes ya pactaron una cuota alimentaria, en la cual no se indicó de manera expresa alguna modificación frente al pago de tal contraprestación, por lo que se entiende que los niños disfrutan del valor reconocido a través del pago de las cuotas alimentarias que cancela su progenitor"*.

IMPUGNACIÓN²³

Inconforme con la decisión adoptada, la apoderada judicial de la accionante la impugnó al considerar que de los fundamentos jurídicos expuestos en la sentencia recurrida se advierte, claramente, que los dineros que se reconocen a través del subsidio familiar no pertenecen al trabajador sino al núcleo familiar, y en este caso los recibe el señor OSPINA REYES sin que sus hijos obtengan provecho alguno.

Resaltó, que los derechos de los NNA prevalecen sobre los demás; que la suma de dinero que percibe mensualmente el padre de los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A. por subsidio familiar sería de gran ayuda para su manutención, pues la señora AMAYA BELLO es madre cabeza de familia y se encuentra desempleada, y; que el solicitar el multicitado subsidio mediante de un proceso de aumento de cuota alimentaria tardaría demasiado tiempo.

Seguidamente trajo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el subsidio familiar y la procedencia de la acción de tutela para su reclamación y, agregó, que el *a quo* se equivocó al asegurar que cuando se fijó la cuota alimentaria en favor de los menores se incluyó dicho beneficio, porque ello no ocurrió, como fácilmente lo evidencia el acta que se aportó.

En suma, pidió considerar sus argumentos y fallar de forma justa este asunto.

²³ Cdno digital del Juzgado, ítem 8.

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para decidir la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena el 30 de marzo de 2022, conforme al art. 31 del Decreto 2591 de 1991, conocimiento que se asumirá toda vez que dentro del término de ejecutoria la apoderada judicial de la accionante la impugnó exponiendo los motivos de su inconformidad.

La tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

1. Definición del subsidio familiar y sus características.

La Ley 21 de 1982, mediante la cual se modificó el régimen del Subsidio Familiar y se dictaron otras disposiciones, en su artículo 1º establece que el subsidio familiar es «una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad» y, su artículo 2º agrega, que aquella prestación social «no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso».

Cuando de sus características se trata, la Corte Constitucional recientemente en la Sentencia C-271 de 2021²⁴ las describió así:

*"La Corte ha definido **las características del subsidio**. Se trata de "una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario"²⁵. Ha destacado que [t]iene por objetivo fundamental la protección integral de la familia²⁶ señalando que "[c]onstituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno" puesto que contribuye a "alcanzar la universalidad de la seguridad social, en consonancia con el postulado contemplado*

²⁴ M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuatras.

²⁵ Sentencia C-337 de 2011. En esa misma dirección se encuentran las sentencias C-508 de 1997, C-1173 de 2001 y C-629 de 2011.

²⁶ Sentencia C-337 de 2011. C-1173 de 2001.

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

en el artículo 48 de la Carta Política²⁷. Ha reiterado también que "es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores"²⁸ y su cumplimiento adecuado compromete "el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue"²⁹. Además de lo indicado, este tribunal ha precisado que el subsidio supone "un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar"³⁰ y, bajo esa perspectiva, constituye "un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento"³¹. (Subraya y Resalta este Tribunal)

A su turno, la Corte Suprema en providencia del 8 de mayo de 2019 dijo que ese beneficio económico se caracteriza, entre otras cosas, porque «(i) es una prestación social a que tiene derecho el trabajador de bajo ingreso salarial; y (ii) cuya finalidad es solventar, en parte, las necesidades básicas de su núcleo familiar»³². (Subrayado del texto original).

Ahora, para dilucidar a quién se le paga dicho subsidio el art. 5º de la misma Ley 21 de 1982³³ señala, que se le entrega «exclusivamente a los trabajadores beneficiarios» en dinero, especie o servicios, y; su art. 4º aclara que este beneficio es inembargable, salvo unos casos que esa misma norma prevé:

"Artículo 4º. El subsidio familiar es inembargable, salvo en los siguientes casos:

²⁷ Sentencia C-337 de 2011. Igualmente pueden consultarse las sentencias C-508 de 1997, C-1173 de 2001, C-440 de 2011 y C-629 de 2011. Sobre la vinculación del subsidio familiar a la seguridad social pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-223 de 1998, T-586 de 1999, T-753 de 1999, T-712 de 2003, T-588 de 2004, T-942 de 2014 En la sentencia T-1034 de 2000 la Corte indicó: "En cuanto al caso objeto de estudio, la Sala deberá negar el amparo impetrado, como quiera que los trabajadores que solicitan la tutela no demostraron que la ausencia de pago del subsidio familiar vulnere derechos fundamentales, puesto **que el derecho a la seguridad social que contiene el derecho al pago de la prestación económica en discusión, no es por sí solo fundamental**. Por ende, los actores deberán acudir a la jurisdicción ordinaria para proteger sus derechos de rango legal" (Negrillas no son del texto original). En igual dirección la sentencia C-356 de 2002 señaló: "La ley y la doctrina han definido al subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral, y perteneciente al régimen de seguridad social".

²⁸ Sentencia C-508 de 1997.

²⁹ Sentencia C-508 de 1997.

³⁰ Sentencia C-508 de 1997. En semejante sentido se encuentra la sentencia C-440 de 2011.

³¹ Sentencia C-508 de 1997. La sentencia C-440 de 2011 indicó: "Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, ha dicho la Corte, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso".

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. 25000-22-13-000-2019-00076-01, STC5570-2019, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

³³ Art. 5º "El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios en dinero especie o servicios de conformidad con la presente ley. // Subsidio en dinero es la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que se dé derecho a la prestación. // Subsidio en especie es el reconocido en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación de esta ley. // Subsidio en servicio es aquel que se reconoce a través de la utilización de las obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades prescrito en la ley".

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

1º. En los procesos por alimentos que se instauren en favor de las personas a cargo que dan derecho al reconocimiento y pago de la prestación.

2º. En los procesos de ejecución que se instauren por Instituto de Crédito Territorial, el Banco Central Hipotecario, El Fondo Nacional de Ahorro, las Cooperativas y las Cajas de Compensación Familiar por el incumplimiento de obligaciones originadas en la adjudicación de vivienda.

Tampoco podrá compensarse, deducirse, ni retenerse salvo autorización expresa del trabajador beneficiario". (Subraya este Tribunal)

Por otra parte, el art. 79 Decreto 1211 de 1990 dispone que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquida mensualmente sobre su sueldo básico, así:

"a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%)".

2. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como el subsidio familiar, y la razón de ello es el carácter subsidiario que posee el mecanismo judicial previsto en el art. 86 de la Constitución, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, y/o de familia, según sea el caso.

Sin embargo, la Corte Constitucional con base en ese mismo artículo de la Constitución Política de Colombia, también ha indicado que es procedente el uso de la tutela para obtener el reconocimiento y pago del subsidio familiar si se demuestra que su incumplimiento vulnera otros derechos fundamentales, que permitan deducir su conexidad con el derecho a la seguridad social y el afectado es un menor de edad, pues en la Sentencia C-271 de 2021, sostuvo:

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

*"El reconocimiento del subsidio familiar como expresión del derecho a la seguridad social también ha tenido lugar en sentencias de tutela. La Corte ha sostenido que "es una prestación económica derivada del derecho a la seguridad social"³⁴ **precisando que su reconocimiento y pago "no es susceptible de protección por vía de tutela, salvo si se demuestra que el incumplimiento (...) vulnera otros derechos fundamentales que permitan deducir su conexidad con el derecho a la seguridad social"**³⁵. En ese sentido ha recordado que "el derecho a recibir el subsidio familiar, que ha sido reconocido como una derivación prestacional del derecho a la seguridad social, **puede ser reclamado por vía de tutela cuando el afectado es un menor de edad, pues la Constitución lo eleva en estos casos a la categoría de derecho fundamental**(...)"³⁶ y que lo propio ocurre "cuando se trata de exigir el pago del subsidio familiar de ancianos, puesto que (...) es obvio que si no se recibe el subsidio familiar, destinado a esos ancianos sin trabajo y sin recursos, ello significa una transgresión que afecta no solo la dignidad sino el mínimo vital"³⁷. (Subraya y Resalta este Tribunal).*

Postura que ha sido compartida por la Corte Suprema de Justicia pues en la sentencia STP2814-2015, pese a que se negó por improcedente el amparo tutelar al considerarse que no se acreditaba un perjuicio irremediable, ni se afectaban los derechos fundamentales del menor al no recibir el dinero por concepto de subsidio familiar, expuso lo siguiente:

"En el presente asunto, es claro que la solicitud de amparo constitucional presentada por la madre de J.E.S.R. está orientada, en esencia, a que se ordene a la Sección de Nóminas del Ejército Nacional la retención del 5% del salario que recibe el mayor D. S. M. por concepto de subsidio familiar a favor del menor.

En cuanto a los derechos de las niñas y los niños, la Corte Constitucional ha sostenido que «los derechos fundamentales de las niñas y de los niños se caracterizan por ser derechos de protección. Como tales, implican la necesidad de que se adopte un grupo de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar su efectividad. Dentro las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de la niñez sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existe todo un conjunto de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral» (Sentencia T-677-07).

Igualmente, el Máximo Tribunal Constitucional, en cuanto a la finalidad de las medidas de protección y asistencia de la niñez, resaltó que éstas son sólo aceptables cuando el desarrollo del menor es armónico, esto es, «cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos». (Sentencia C-507-04)

*Ahora bien, **en cuanto al reclamo del pago del subsidio familiar, la jurisprudencia constitucional ha establecido la procedencia de la tutela cuando la titularidad de dicho emolumento radica en cabeza de las niñas y los niños.***

³⁴ Sentencia T-1034 de 2000.

³⁵ Sentencia T-1034 de 2000.

³⁶ Sentencia T-1034 de 2000. En la misma dirección pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias T-753 de 1999, T-356 de 2002, T-712 de 2003, T-728 de 2003, T-677 de 2007 y T-942 de 2014. Incluso en algunas de ellas se protegió esa prestación para el que estaba por nacer, tal y como ocurrió en las sentencias T-223 de 1998 y T-588 de 2004.

³⁷ Sentencia T-1034 de 2000. Igualmente, las sentencias T-753 de 1999, T-942 de 2014.

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

A propósito de este derecho, la Corte Constitucional ha precisado que es uno de los componentes del derecho a la seguridad social. Además, ha señalado que esto concuerda con la exigencia de ofrecer protección a las niñas y a los niños y con la necesidad de emprender acciones encaminadas a mitigar los efectos que se desprendan de una eventual situación de debilidad en la que ellas y ellos puedan verse envueltos. Dentro de esta misma línea de protección, ha destacado la Corte Constitucional que en caso de presentarse un conflicto entre los derechos de las niñas y de los niños, por una parte, y derechos o intereses que puedan jugar en contrario, por otra, si no resulta factible encontrar un equilibrio entre los extremos dilemáticos, habría de dársele aplicación "al principio de primacía y favorabilidad de los derechos de los niños y de las niñas. Lo anterior, en virtud de la aplicación del principio de prevalencia y amparo especial a la niñez contenido en el artículo 44 de la Constitución Nacional al que se hizo referencia en líneas precedentes. (Sentencia T-677-07)"³⁸ (Subraya y Resalta este Tribunal).

3. Decisión a adoptar.

Se pretende a través de la acción de tutela la protección de los derechos fundamentales al subsidio familiar y mínimo vital de los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A, que la accionante a través de su apoderada judicial considera vulnerados, con el fin que se ordene al MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL que dicho beneficio económico que le otorga al señor DIEGO MAURICIO OSPINA REYES sobre su salario por sus 3 hijos se le pague directamente a su progenitora SANDRA LILIANA AMAYA BELLO, por ser quien tiene el cuidado y custodia de los mismos, toda vez que esa ayuda es para ellos y el padre no se las proporciona.

Además, aduce la abogada de la actora, que el señor OSPINA REYES no cumple con el pago de la cuota alimentaria pactada en la COMISARÍA DE FAMILIA DEL MUNICIPIO DE TAME; que instauró en su contra un proceso ejecutivo ante el "JUZGADO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE TAME – ARAUCA", y; que ya solicitó al EJÉRCITO NACIONAL que el subsidio familiar sea cancelado directamente a su mandante, pero esa Institución se negó hacerlo señalando que carece de competencia para realizar tal pago.

De la documental obrante en el expediente se desprende: (i) que los señores SANDRA LILIANA AMAYA BELLO y DIEGO MAURICIO OSPINA REYES son los padres de los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.; (ii) que el señor OSPINA REYES es Sargento Viceprimero del EJÉRCITO NACIONAL, como dicha Institución lo aceptó en su contestación, y; (iii) que el 5 de abril de 2021, en diligencia virtual adelantada ante la COMISARÍA DE FAMILIA DEL MUNICIPIO DE TAME, si bien se declaró fracasada la audiencia de conciliación celebrada

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de marzo de 2015, Rad. 78.294, STP2814-2015, M.P. Dr. José Luis Barceló Camacho.

Radicado: 2022-00133-01
Acción de tutela – 2ª instancia
Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

entre los señores AMAYA BELLO y OSPINA REYES, también se fijó provisionalmente a cargo de éste último una cuota de alimentos mensual de \$750.000, acta en la que se dejó consignado que lo allí resuelto presta mérito ejecutivo e hizo tránsito a cosa juzgada.

Igualmente, se advierte, que en la citada acta se dejó expresa constancia que *"debido a la pandemia del covid-19, (sic) el señor DIEGO MAURICIO OSPINA, se realizó de manera virtual por eso no se cuenta con la firma del progenitor, sin embargo, él se encontró conectado durante la diligencia"*.

Del mismo modo, se evidencia, que contra el señor OSPINA REYES no se adelanta ningún proceso ejecutivo de alimentos, como se dijo en el escrito de tutela, sino que la actora promovió en su contra proceso de aumento de cuota alimentaria con Radicado No. 2022-00126-00 ante el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO MUNICIPAL DE TAME, como se aprecia de la constancia vista en el ítem 6 del cuaderno del Tribunal y de la respuesta suministrada por ese Juzgado el pasado 9 de mayo, donde además incluyó el expediente digital de dicha actuación.

Establecido como está que la acción de tutela en ningún caso podrá utilizarse como recurso procesal alternativo o suplementario cuando las partes han contado o cuentan con los recursos propios de los procedimientos ordinarios judiciales, corresponde analizar si en el presente asunto se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción y si se han violado los derechos fundamentales de los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.

En aras de resolver el problema jurídico precedentemente planteado, y conforme a lo sostenido por la jurisprudencia en las sentencias C-271 de 2021 y STP2814 de 2015, se tiene, que la acción de tutela solo sería procedente de demostrarse que el incumplimiento del pago del subsidio familiar vulnera otros derechos fundamentales que permitan deducir su conexidad con el derecho a la seguridad social y, además, si se evidencia la exposición a un perjuicio irremediable, pues de lo contrario la accionante debe acudir a los mecanismos de defensa judicial disponibles ante la jurisdicción ordinaria, en la especialidad familia, para reclamar lo que pide vía constitucional.

Descendiendo al caso que nos ocupa, considera la Sala que la resolución de las pretensiones que aquí se reclaman es asunto que en manera alguna compete al juez constitucional, pues si bien el amparo tutelar se está pidiendo a favor de tres (3) menores de edad (K.N.O.A.,

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

J.O.A. y T.M.O.A), para lo cual se indica que la falta del dinero que ellos deberían recibir como subsidio familiar afecta su mínimo vital, lo cierto es que en este caso no se aprecia que la negativa del EJÉRCITO NACIONAL de suministrarles directamente el beneficio económico sea ilegal y/o violatorio de sus derechos fundamentales.

Lo anterior es así toda vez que el subsidio familiar es una ayuda que se caracteriza, entre otras cosas, por ser *"una prestación social a que tiene derecho el trabajador de bajo ingreso salarial"*³⁹, como lo acotó el juez de primera instancia y lo dispone el art. 5º de la Ley 21 de 1982, de ahí que se entregue exclusivamente al empleado. De hecho, así también lo concluyó la Corte Suprema en sentencia del 20 de enero de 2012 cuando en un caso similar a éste, donde se pedía que el subsidio se entregara a los hijos del trabajador, señaló:

*"3. Examinados los fundamentos de la solicitud de amparo y los documentos allegados a esta tramitación, **se advierte que la tutela no tiene vocación de prosperidad**, por cuanto tal como lo aseveró el juez constitucional de primer grado, el subsidio familiar según el artículo 1 de la Ley 21 de 1982 y el artículo 15 del Decreto 1091 de 1995⁴⁰ [miembro de la Policía], es una prestación social establecida a favor de los trabajadores de mediados y menores ingresos, con el objetivo fundamental de disminuir o aliviar "las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad", la cual debe ser pagada o cancelada **exclusivamente al trabajador** y, por lo tanto, **la decisión de no entregar directamente a las hijas de la accionante los dineros que recibe el señor Triana González por dicho beneficio, no puede tildarse de absurda, arbitraria, antojadiza o desconocedora de los derechos fundamentales invocados, por no ser contraevidente ni abiertamente contraria a la normatividad que regula la materia**"⁴¹. (Subraya y Resalta este Tribunal).*

Es más, la Corte Suprema en otra providencia más reciente aclaró, que ni siquiera el hecho que la progenitora del menor alimentario tenga su custodia implica que en cabeza de ella recaiga dicho subsidio, pues esa circunstancia no varía la titularidad que tiene el trabajador con respecto a esa ayuda económica. Veamos:

*"4.3. En este orden de ideas, **no cabe duda que el Juzgado de Familia de Soacha desatendió la normatividad vigente y la jurisprudencia constitucional respecto de la naturaleza y la finalidad del subsidio familiar, al concluir erradamente que «por ministerio de la ley», esa prestación es un «derecho» en cabeza de la demandante Adriana Candela Arana por tener la custodia de la menor alimentista, desconociendo de esta manera que aquel auxilio, se reitera, lo***

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. 25000-22-13-000-2019-00076-01, STC5570-2019, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁴⁰ Por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de enero de 2012, Rad. 11001-22-03-000-2011-01512-01, M.P. Dr. William Namén Vargas.

Radicado: 2022-00133-01
 Acción de tutela – 2ª instancia
 Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
 sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
 Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

percibe el empleado para ayudar al sostenimiento de la familia⁴². (Subraya y Resalta este Tribunal).

Además, recuérdese que de conformidad con el art. 4º de la Ley 21 de 1982 ese beneficio es inembargable, salvo unos casos específicos, que son: "1. *En los procesos por alimentos que se instauren en favor de las personas a cargo que dan derecho al reconocimiento y pago de la prestación*" y "2. *En los procesos de ejecución que se instauren por el Instituto de Crédito Territorial, el Banco Central Hipotecario, El Fondo Nacional de Ahorro, las Cooperativas y las Cajas de Compensación Familiar por el incumplimiento de obligaciones originadas en la adjudicación de vivienda*", y a la fecha no se ha decretado ninguna medida cautelar contra el señor OSPINA REYES al interior del proceso de aumento de cuota alimentaria con Radicado 2022-00126-00, es más ni siquiera se adelanta el proceso ejecutivo que se mencionó en el escrito de tutela, como para que de manera oficiosa este Despacho proceda a ordenar transitoriamente que ese beneficio se le proporcione a los menores beneficiarios de alimentos (K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.).

Bajo tales presupuestos se concluye, entonces, que el EJÉRCITO NACIONAL no ha vulnerado ningún derecho fundamental de los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A. al negarse a entregarle directamente a su progenitora el beneficio económico que recibe el militar DIEGO MAURICIO OSPINA REYES por concepto de subsidio familiar y, por consiguiente, no hay motivo que justifique la injerencia del juez constitucional, pues en eventos como el acá expuesto, *"retoma vigencia el precedente según el cual, para soportar una tutela «no basta con que el accionante señale que se le ha vulnerado un derecho fundamental», sino que es menester la demostración de que éste u otros de orden superior «han sido vulnerados o están amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley» (CSJ STC sep. 5 de 2012, exp. 00630-014, citada entre otras en STC1433-2020, 13 feb. 2020, rad. 02448-01)*⁴³.

Adicional a lo expuesto, no hay certeza que el señor OSPINA REYES se esté sustrayendo de la obligación alimentaria que tiene con los multicitados menores, como que en su contra no se ha iniciado proceso ejecutivo, trámite donde está previsto el decreto de medidas cautelares desde que se libra mandamiento de pago para asegurar el recaudo del dinero adeudado, inferencia que se refuerza si se tiene en cuenta que solo hasta el 14 de marzo

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de mayo de 2019, Rad. 25000-22-13-000-2019-00076-01, STC5570-2019, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de marzo de 2020, Rad. 25000-22-13-000-2020-00050-01, STC3063-2020, M.P. Dr. Luis Alonso Rico Puerta.

Radicado: 2022-00133-01
Acción de tutela – 2ª instancia
Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

de 2022, es decir, un día antes de interponer la tutela, la señora AMAYA BELLO decidió presentar en contra del padre de sus hijos demanda de aumento de cuota alimentaria, lo que descarta entonces la exposición a un perjuicio irremediable o la urgencia que validaría, así sea transitoriamente, la intervención del juez constitucional.

De otra parte, conviene destacar que aquí tampoco se cumple con el requisito de subsidiaridad que caracteriza este amparo constitucional, toda vez que revisado el expediente digital del proceso de aumento de cuota alimentaria con Radicado 2022-00126-00, se observa, que la señora SANDRA LILIANA MAYA BELLO en su demanda no hizo referencia al subsidio familiar que solicita vía tutela, y contra la negativa del JUEZ PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE TAME de decretar alimentos provisionales a favor de los menores K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A. en cuantía de 2 s.m.l.m.v., tampoco interpuso recurso alguno, es decir, no demostró inconformidad con esa determinación.

En ese orden de ideas, se concluye, que le asiste razón al juez de instancia cuando decidió no amparar el derecho fundamental al mínimo vital invocado por la señora AMAYA BELLO en representación de sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A., y adujo que el EJÉRCITO NACIONAL no está transgrediendo ningún derecho de los citados menores al entregar el subsidio familiar al señor DIEGO MAURICIO OSPINA REYES, pues ese beneficio económico se le paga directamente al trabajador, amén que ya se activaron los mecanismos de defensa judicial idóneos ante el juez competente.

Conforme a lo anterior, esta Colegiatura confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena el pasado 30 de marzo de 2022.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de fecha 30 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena dentro de la acción constitucional de la referencia, por las razones expuestas *ut supra*.

Radicado: 2022-00133-01
Acción de tutela – 2ª instancia
Accionante: Sandra Liliana Amaya Bello en representación de
sus hijos K.N.O.A., J.O.A. y T.M.O.A.
Accionado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVIAR el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada