



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla

SICGMA

JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIAD. Barranquilla, Junio doce, (12) de dos mil veinte (2020).

Juez : DILMA ESTELA CHEDRAUI RANGEL

Expediente No. 08- 001- 40- 53- 007- 2020- 00163

ACCION : ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE : PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ
ACCIONADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN

1. ASUNTO

Procede el Juzgado a decidir la acción de tutela incoada por PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ contra FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, o quien haga sus veces, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, petición, vivienda digna y educación, consagrados en nuestra Constitución Política.

2. HECHOS

Señala la accionante PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ, que el 20 de septiembre del año 2018, falleció su padre y al momento de su deceso era menor de edad y se encontraba culminando sus estudios de bachillerato en el grado 11°. Que formalmente, el 23 de mayo del año 2019, inició el proceso para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia ante la entidad accionada.

Indica el accionante, que el 02 de octubre del año 2019, le fue reconocida la pensión de sobrevivencia en un 100% pero solo le están girando el 50% de la pensión, porque su hermano mayor no ha podido iniciar su proceso debido a un error en su cedula. Así mismo, indica que su hermano es consiente que no tiene derecho porque al momento de fallecer su padre él tenía la edad de 25 años y no se encontraba estudiando, por lo que solicitó se girara el 100% de la pensión a su favor.

Señala que con el reconocimiento de la pensión le fue reconocido un valor de retroactivo por la suma DIEZ MILLONES TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS. (\$10.036,352.00), del cual solo le giraron la suma de UN MILLON CIEN MIL PESOS porque en palabras de protección al momento de fallecer su padre y durante el curso del proceso no estaba estudiando, lo cual es cierto porque dependía de él económicamente en todo, además de ello, quedó huérfano de ambos padres porque su madre también falleció hace unos 2 años y actualmente vive de la caridad de algunos familiares que esporádicamente le ayudan en sus gastos básicos.

Agrega que actualmente de pensión recibe la suma (\$370.000,00) pesos, suma que no alcanza a cubrir sus gastos fundamentales. Que en reiteradas ocasiones por medio de llamadas telefónicas y personalmente ha solicitado el pago del resto del dinero por concepto de valor de retroactivo ante la entidad accionada, pero esta se ha rehusado alegando que por no estar estudiando durante el curso del proceso no lo pueden entregar y que debe esperar a que cumpla la edad de 25 años para poder iniciar el proceso de sucesión y pueda reclamarlo.

Indica el accionante, que al proceso de pensión anexó por sugerencia de la entidad accionada, una declaración juramentada de fecha 10 de junio del año 2019 en la que declaraba bajo la gravedad de juramento las razones por

ACCION : ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE : PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ
ACCIONADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN

las cuales no se encontraba estudiando y que estaba diligenciando un crédito con ICETEX pero el mismo no le fue otorgado.

Finaliza diciendo el accionante que si PROTECCIÓN le entregara el retroactivo, sus condiciones económicas mejorarían porque con ese dinero puede establecer algún tipo de negocio en el que pueda trabajarlo personalmente, y acceder a estudiar la carrera profesional en ciencias sociales que quiero. Además de ello, actualmente por la situación que vive el país con el COVID 19, ha tenido que ver sus clases de estudio con el SENA de manera virtual y no posee un computador que le facilite cumplir con su horario de estudio.

PETICION

Pretende la parte accionante, se amparen los derechos cuya protección invoca y se ordene a la accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, cancelar el valor de la totalidad o de la mitad del retroactivo que le corresponde; que en caso de no conceder su pretensión inicial, se le ordene a la entidad accionada, que le permita iniciar el proceso de sucesión para poder cobrar el valor del retroactivo que le corresponde.

ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela fue admitida mediante auto de fecha junio 2 de 2020, donde se ordenó al representante legal de FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, para que dentro del término de un (1) día rindieran informe sobre los hechos del libelo e indicaran el estado actual de la situación planteada por la parte accionante.

- Respuesta de accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN.

Manifiesta la accionada, que ante el deceso del señor Yailer Javier Barraza Vizcaino presentado el 20 de diciembre de 2018, el joven Pedro Luis Barraza Quiroz, en calidad de hijo del afiliado fallecido presentó solicitud de pensión de sobrevivencia. Que mediante comunicación de fecha 02 de octubre de 2019 se resolvió la solicitud mediante la cual se reconoció la pensión de sobrevivencia pretendida a su favor, en calidad de hijo del afiliado fallecido a quien se le otorgó un 50% de la prestación económica.

Con relación al pago del retroactivo, informa la administradora, que le canceló el 27 de noviembre de 2019 la suma de \$ 469.748 y posteriormente se le cancelaron \$ 1.142.774, que correspondían \$ 343.721 al pago de retroactivo y \$ 778.416 al pago de la mesada, que se dejó en reserva el 50% del beneficio pensional, porcentaje correspondiente al otro hijo del afiliado fallecido, el cual está pendiente por radicar solicitud ante esta administradora, razón por la cual no es viable lo que pretende el accionante, que se le reconozca el 100% de la mesada pensional, cuando existe otro beneficiario con igual derecho.

Que la suma reconocida fue de \$828.116,00 por concepto de mesada pensional (13 mesadas por año), y \$10.036.352,00, desde septiembre 20 de 2018 hasta agosto 31 de 2019.

Precisan al despacho que los dineros que se encuentran retenidos al señor Pedro Luis Barraza Quiroz se debe a que él no ha acreditado debidamente su condición de estudiante.

Lo anterior, según lo regulado en el Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con lo establecido en la Ley 1574 de 2012, "por la cual se regula la condición de estudiante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes". Así como también el artículo 2°, Ley 1574 de 2012: DE LA CONDICIÓN DE ESTUDIANTE.

ACCION : ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE : PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ
ACCIONADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN

Aclara además, que el accionante debe aportar la administradora los certificados de estudios (de noviembre de 2018 hasta septiembre de 2019 y a partir de abril de 2020) con la densidad horaria mínima establecida, para poder liberar el pago de la suma de dinero retenida. Que no hay lugar al pago de intereses moratorios, toda vez que la mesada pensional tiene un elemento de actualización legal que es el IPC.

Expresa la accionada que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que debe ser utilizado solo cuando los procedimientos legales resultan ineficaces o cuando no existen otros medios de defensa judicial y en forma transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no ocurre en este caso, donde el legislador ha previsto las acciones legales para que las personas acudan ante la jurisdicción a pedir el amparo jurídico de sus derechos.

CONSIDERACIONES

- Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la acción de tutela en referencia, por ocurrir en esta ciudad los hechos que motivan su presentación, lugar donde el Juzgado ejerce su jurisdicción constitucional.

- La acción de tutela y su procedencia contra particulares.

Para garantizar a toda persona la protección inmediata y efectiva de sus derechos fundamentales, amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública o determinados particulares, el constituyente de 1991 consagra la acción de tutela en el artículo 86 de la Carta Política, el cual en su inciso tercero señala que el amparo solo procederá cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, con lo cual le asigna un carácter subsidiario o residual mas no alternativo, salvo su ejercicio como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El inciso final del artículo 86 de la C. P. postula que la acción de tutela solo procederá contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente un interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión. Significa lo anterior que el amparo constitucional no resulta viable contra todo o cualquier particular sino respecto de aquellos en quienes concurren las características ya anotadas, e incluso incursos en las situaciones de procedencia descritas en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

CASO CONCRETO Y PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

¿Vulnera la accionada el derecho fundamental al mínimo vital, petición, vivienda digna y educación, del accionante Pedro Luis Barraza Quiroz, al no cancelar el valor de la totalidad del retroactivo de la pensión sustitutiva y en consecuencia debe ordenarse el pago solicitado, o por el contrario la acción de tutela debe negarse por improcedente al existir otro medio de defensa judicial como lo alega la entidad tutelada?

TESIS

Se resolverá declarando la improcedencia de la presente acción, pues existe otro medio ordinario de defensa judicial y no se prueba la existencia de perjuicio irremediable que conlleven a desplazar al juez natural.

ACCION : ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE : PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ
ACCIONADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN

ARGUMENTACION

Sobre la existencia de otro medio de defensa.

Tratando el tema del pago de retroactivo en materia pensional, la Corte Constitucional en la sentencia T – 201 A de 2018 señaló:

“ La acción de tutela no es procedente, en principio, para obtener el reembolso del retroactivo resultante del reconocimiento o la reliquidación de una pensión compartida. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. *Esta Corporación de manera reiterada ha sostenido que la acción de tutela no es la vía judicial, en principio, para la reclamación de mesadas retroactivas de la pensión reconocida. 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. 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.

3.2. *En cuanto al otorgamiento del retroactivo que surge del reconocimiento de una pensión compartida a través de la acción de tutela, la Corte ha reiterado la regla de la improcedencia de la tutela para la concesión de ese tipo de prestaciones. En las sentencias T-628 de 2004, T-628 de 2013 y T-539 de 2014, que analizaron los casos de personas a quienes el entonces ISS les reconoció pensión de vejez compartida pero dejó en suspenso la entrega del retroactivo hasta tanto el ex empleador o la justicia ordinaria decidieran a quién le pertenecía, se declaró la improcedencia de las acciones de tutela. Al respecto, las salas de revisión consideraron que la discusión sobre el beneficiario de esa suma era de índole legal y debía ser resuelta por el juez ordinario, máxime cuando se evidenció que los peticionarios recibían mesadas pensionales, lo que descartaba una amenaza a su derecho fundamental al mínimo vital. De igual manera, estimaron que a pesar de que podría pensarse que la avanzada edad de los accionantes podría justificar la intervención del juez constitucional, lo cierto es que “tal condición no es razón suficiente para que sin el debido trámite probatorio y análisis técnico del juez laboral, se comprometan los recursos del Estado en una suma tan alta”.*

En la sentencia T- 341 de 2015, en la que se estudió si una administradora de pensiones había vulnerado los derechos fundamentales al no efectuar el pago de un retroactivo de una pensión de vejez compartida hasta que el pensionado y su antiguo empleador acordaran a quién le correspondía, se estableció que la vulneración al mínimo vital era calificada, esto es, debía ser i) sistemática y ii) repetitiva. Explicó que esa situación se daba cuando la pensión se ha causado con el pleno de los requisitos legales y la entidad encargada de reconocerla se demora meses o años en incluir al pensionado en nómina, privándole del sustento básico entre el momento en el que se causó el derecho y su efectivo reconocimiento, pero no sucedía lo mismo cuando la pensión se otorgaba a tiempo o cuando un empleador se subrogaba en el pago de la misma sin que existiera un lapso de interrupción en el pago de la prestación.

En esa ocasión, este Tribunal sentó como criterios para determinar la procedencia de la acción de tutela en los casos de reclamación de retroactivos que: i) existiera certeza de que al accionante le asiste el derecho al

ACCION : ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE : PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ
ACCIONADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN

retroactivo pensional; ii) se diera una afectación directa del derecho al mínimo vital ante su falta de reconocimiento; iii) el actor hubiera adelantado los recursos en la vía gubernativa con el fin de controvertir los actos que desconocen su derecho y; iv) que hubiera iniciado el proceso judicial ordinario pertinente. No obstante, al momento de resolver a quién le correspondía el retroactivo, la Corte sostuvo que no existía certeza sobre quién debía ser el beneficiario, porque el antiguo empleador pagó la pensión de jubilación hasta que el accionante acudió al entonces ISS, mucho tiempo después de haber cumplido los requisitos para reclamar la pensión de vejez. Por tanto, concluyó que:

"p]ara dirimir dicho asunto se hacía necesario entrar en un debate probatorio profundo donde se determine si existió alguna manifestación expresa por parte del empleador o del trabajador donde se manifestara a quién le pertenecería el eventual retroactivo (...)

Todo ello lleva a concluir que este tipo de debate se debió surtir en la jurisdicción ordinaria, donde se podían controvertir ampliamente los argumentos de las partes, se hubiera podido aportar las pruebas pertinentes y así el juez de la causa entrara a decidir a quién realmente le correspondería el derecho al retroactivo."

Teniendo en cuenta las directrices expuestas por la Corte constitucional en la citada sentencia se entra a establecer si en este caso la acción de tutela impetrada es procedente.

Indica el actor que el 02 de octubre del año 2019, le fue reconocida la pensión de sobrevivencia en un 100% pero solo le están girando el 50% de la pensión, porque su hermano mayor no ha podido iniciar su proceso debido a un error en su cedula Así mismo, indica que su hermano es consiente que no tiene derecho porque al momento de fallecer su padre, él tenía la edad de 25 años y no se encontraba estudiando, por lo que el accionante solicitó se le girara el 100% de la pensión a su favor.

Señala que con el reconocimiento de la pensión le fue reconocido un valor de retroactivo por la suma DIEZ MILLONES TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS. (\$10'036,352.00), del cual solo le giraron la suma de UN MILLON CIEN MIL PESOS porque en palabras de protección, al momento de fallecer su padre y durante el curso del proceso el accionante no estaba estudiando, lo cual es cierto porque dependía de su padre económicamente en todo, además de ello, quedó huérfano de ambos padres porque su madre también falleció hace unos 2 años y actualmente vive de la caridad de algunos familiares que esporádicamente le ayudan en sus gastos básicos.

Solicita el accionante se ordene a accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, cancelar el valor de la totalidad o de la mitad del retroactivo que le corresponde; que en caso de no conceder su pretensión inicial, se le ordene a la entidad accionada, que le permita iniciar el proceso de sucesión para poder cobrar el valor del retroactivo que le corresponde.

Por su parte la accionada señala que ha procedido conforme las exigencias legales para el caso, pues canceló el 27 de noviembre de 2019 la suma de \$ 469.748 y posteriormente cancelaron \$ 1.142.774, que correspondían \$ 343.721 al pago de retroactivo y \$ 778.416 al pago de la mesada. Que se dejó en reserva el 50% del beneficio pensional, porcentaje correspondiente al otro hijo del afiliado fallecido, el cual está pendiente por radicar solicitud ante esta administradora, razón por la cual no es viable lo que pretende el accionante, que se le reconozca el 100% de la mesada pensional, cuando existe otro beneficiario con igual derecho. Que la suma reconocida fue de \$828.116,00 por concepto de mesada pensional (13 mesadas por año), y \$10.036.352,00, desde septiembre 20 de 2018 hasta agosto 31 de 2019.

ACCION : ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE : PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ
ACCIONADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN

Precisan al despacho que los dineros que se encuentran retenidos al señor Pedro Luis Barraza Quiroz se debe a que él no ha acreditado debidamente su condición de estudiante. Ello, según lo regulado en el Artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con lo establecido en la Ley 1574 de 2012, "por la cual se regula la condición de estudiante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes". Así como también el artículo 2°, Ley 1574 de 2012: DE LA CONDICIÓN DE ESTUDIANTE.

Para el Juzgado es claro que los hechos expuestos por cada una de las partes dan lugar al trámite de un proceso ante la justicia ordinaria, pues se trata de pago de retroactivo frente al cual para poder concederse por tutela debe verse claro entre otros aspectos, que la accionada incurrió en una conducta antijurídica y que existiera certeza de que al accionante le asiste el derecho al retroactivo pensional y el actor hubiera iniciado el proceso judicial ordinario pertinente.

En este caso, la accionada está alegando las normas que le impiden pagar el retroactivo solicitado y está haciendo ver que existe otra persona quien tiene derecho a parte del retroactivo y ésta aún no ha efectuado el reclamo.

Se estima que le corresponde al juez competente dentro de la justicia ordinaria realizar el estudio o análisis de las normas alegadas y ser quien defina a cual de las partes le asiste la razón dentro de un proceso amplio donde se tenga la oportunidad el accionante y la entidad accionada, aportar, solicitar y controvertir las pruebas que se alleguen al proceso.

Se requiere que el juez competente a través de sentencia lleve certeza de la persona a quien debe realizarse el pago del retroactivo solicitado por el accionante lo cual no se puede determinar a través de la acción de tutela debido al corto tiempo que se tiene para fallar y que no permite practicar y analizar pruebas en la forma que corresponde y que debe hacerse dentro de un proceso.

Si bien es cierto el actor señala que se encuentra afectado su mínimo vital, cabe señalar que en palabras de la Corte Constitucional, dicha afectación debe generar un alto grado de afectación a este derecho, y actualmente se tiene que se encuentra recibiendo el 50% de la pensión mensual, lo que en principio no muestra su afectación grave al mínimo vital.

No encuentra el Despacho en el caso concreto, que se configuren los elementos de un perjuicio irremediable. Es decir como lo ha dicho la Corte Constitucional, esto es, que sea inminente, que justifique las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética, la urgencia que se predica del accionante por salir de ese perjuicio inminente y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales.

Ha sostenido la Corte Constitucional, que no todo perjuicio puede ser visto como irremediable, sino aquel que debido a sus características de inminencia y gravedad necesita que se tomen medidas urgentes e impostergables. Dado lo anterior, se estima que en este caso, la tutela se toma improcedente, pues existe otro medio de defensa judicial.

Sobre este respecto ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional al sentar como criterio definitivo la imposibilidad del juez de tutela para invadir la órbita de la jurisdicción ordinaria. El desconocimiento de este aspecto se lleva de calle el principio del juez natural, el cual marca el régimen de competencias entre los funcionarios de la justicia, encomendándole a cada uno de ellos los asuntos que son de su conocimiento, imponiéndoles el deber absoluto de respetar los asuntos atribuidos a cada cual.

ACCION : ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE : PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ
ACCIONADO : FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN

De esta suerte, es prohibido, en principio, al juez de tutela decidir en los conflictos que corresponden a otra jurisdicción, so pena de incurrir en nulidad de lo decidido. Solo de manera excepcional, para evitar un perjuicio irremediable, puede este juez entrar a resolver situaciones sin importar la jurisdicción competente, toda vez que así lo ordena el mismo Art. 86 superior y el Art. 6° del decreto 2591 de 1991.

Siendo ello así, le asiste razón a la accionada cuando manifiesta que la tutela debe negarse por improcedente por falta del requisito de subsidiariedad.

Por lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. DECLARAR improcedente, el amparo de derechos fundamentales dentro de la acción de tutela incoada por PEDRO LUIS BARRAZA QUIROZ contra FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.
2. NOTIFICAR este fallo a las partes intervinientes y al defensor del pueblo en la forma más expedita posible.
3. REMITIR esta providencia, si no fuere impugnada, a la honorable corte constitucional, al día siguiente de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DILMA ESTELA CHEDRAUI RANGEL
Jueza