



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla
Sala de Decisión Penal

Radicación: 08001318700620220005801
Rad. Interna: 2022-00722-T
Accionante: Vilma Rosa Ortega De Ospino.
Accionado: Colpensiones.
Procedencia: Juzgado 06 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla.
Funcionario: Carmen Luisa Teran Suarez.
Derecho: Debido Proceso, y otros.
Magistrado Ponente: Jorge Eliecer Cabrera Jimenez.
Acta No: 00041

Barranquilla D.E.I.P., veintitrés (23) de enero de dos mil veintitrés (2023).

Vistos

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta por Colpensiones contra la decisión de tutela de fecha 29 de noviembre del 2022, proferida por el Juzgado 06 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla.

Antecedentes

Hechos:

Manifiesta la accionante que, fue cotizante en el Seguro Social hasta el año 1993 posteriormente paso Porvenir AFP, como consta en su historial laboral.

Indica que, revisada el número de semanas cotizadas en Porvenir AFP, reflejan 1.050.1 semanas cotizadas, sin embargo, informa que le hacen falta semanas.

Sostiene que solicito a Colpensiones su historia laboral en donde refleja que 131.43 semanas que Porvenir AFP no ha reclamado.

Por lo anterior, considera que Porvenir AFP ha vulnerado sus derechos fundamentales al no reclamar las semanas cotizadas en Colpensiones.

Respuesta De Los Intervinientes Vinculados

Colpensiones:

La accionada rinde informe acerca de los hechos constitutivos de la presente acción constitucional en los siguientes términos:

En cuanto a la afiliación, se encuentra en calidad de TRASLADADO A OTRO FONDO.

Que de acuerdo a la historia laboral, los periodos reportados y pagados por el empleador son los siguientes:

Número Aportante	Razón Social	Desde	Hasta
17012000452	ALIMENTOS ERRE R	8/04/1985	15/07/1986
17018401152	COOPERAMOS DE COL.LTDA.	22/09/1992	9/11/1992
17016105162	WILFRIDO SOLANO SALAMANCA	21/04/1993	3/12/1993
17016105162	WILFRIDO SOLANO SALAMANCA	2/02/1994	31/07/1994

Sin embargo, informa que los ciclos 199502 a 199511, 199601 a 199602, 199604 a 199609, 199612 a 199911, 20001 a 20009, 200011 a 200112, 200202 a 200212, 200910a200912, 201303 a 201304 fueron cancelados de forma errada en Colpensiones por el empleador, en dicho periodo de tiempo, ya se encontraba trasladado en la AFP PORVENIR, razón por la cual los aportes no corresponden a la entidad. Por lo tanto, con el fin de normalizar la historia laboral los pagos fueron trasladados a la Administradora donde se encuentra, dicho traslado se formalizó con el proceso que se realiza en el Sistema de Seguridad Social.

Es de señalar que los aportes serán trasladados bajo la normatividad consagrada en el Decreto 1161 de 1994. Así mismo señala que, NO se encuentra petición formal pendiente de resolver por parte de esta administradora relacionada con el objeto de la petición, hecho que se confirma con el traslado de tutela y anexos donde se evidencia que el accionante no aporta siquiera prueba sumaria en la que se evidencie que en ejercicio de la petición hubiese puesto en marcha la administración.

Porvenir AFP:

La accionada rinde informe acerca de los hechos generadores manifestando que, la accionante no ha radicado la documentación necesaria para realizar un estudio pensional y así determinar la prestación correspondiente.

Indica que, validados los sistemas de información se encontró que la historia laboral de la señora Vilma Rosa Ortega De Ospino, se encuentra completa, por tanto, a través de escrito de fecha 28 de octubre de 2022 se le invitó a radicar documentos para iniciar con el estudio y posterior definición pensional.

En virtud de lo anterior, se solicita conminar a la señora Vilma Rosa Ortega De Ospino a radicar documentos relacionados en el escrito adjunto.

Sentencia Impugnada

Previo análisis de los argumentos legales y líneas jurisprudenciales existentes en torno al derecho fundamental presuntamente transgredido, en donde consideró el Juez de primera instancia decidió amparar los derechos fundamentales de la señora Vilma Rosa Ortega De Ospino ordenando lo siguiente:

Primero: TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social de VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO contra vulnerado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y PROVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS AFP.

Segundo: ORDENAR al representante legal de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, o quien haga sus veces para el cumplimiento de los fallos de tutela, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si no lo hubiere hecho aún, proceda a efectuar, sin dilación injustificada, el trámite administrativo para el traslado a PORVENIR AFP de los aportes erradamente consignados dentro de los periodos 199502 a 199511, 199601 a 199602, 199604 a 199609, 199612 a 199911, 20001 a 20009, 200011 a 200112, 200202 a 200212, 200910 a 200912, 201303 a 201304 semanas, para materializar la corrección o actualización de la historia laboral de la señora VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO, ante PORVENIR AFP.

Tercero: ORDENAR al representante legal de PROVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS AFP, o quien haga sus veces para el cumplimiento de los fallos de tutela, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de que se haga efectivo el traslado de los aportes erradamente consignados dentro de los periodos 199502 a

199511, 199601 a 199602, 199604 a 199609, 199612 a 199911, 20001 a 20009, 200011 a 200112, 200202 a 200212, 200910 a 200912, 201303 a 201304semanas en COLPENSIONES, de la señora VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO, proceda a generar el reporte de historial laboral pensional con las correcciones, inclusive. Hecho este, que debe serle informado a la señora VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO.

Impugnación

Inconforme con la decisión; Colpensiones impugna la decisión de primer nivel alegando que la misma no cumple con el principio de subsidiariedad sumado a la ausencia de vulneración de derechos fundamentales.

Consideraciones de la Sala

Competencia:

De conformidad a las disposiciones normativas existentes respecto a la acción de tutela, tenemos que su ámbito de protección constitucional se desprende expresamente del artículo 86 de la Constitución Política; a su vez, esta se encuentra regulada a través de los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992, 1382 de 2000, 1834 de 2015 y 1983 de 2017, frente a lo cual, este Tribunal resulta competente para determinar la procedencia o no, en segunda instancia de la acción de tutela en cuestión, así como su respectiva solución.

La acción de tutela es un mecanismo de protección constitucional para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuya procedencia es de carácter residual frente a las acciones u omisiones de entidades públicas o privadas, que vulneren o amenacen las prerrogativas fundamentales en cabeza de las personas, en los casos así determinados en la ley.

Procedencia de la acción de tutela.

Entrará la Sala a estudiar sobre la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, trayendo a colación lo que la Honorable Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, ha establecido lo siguiente:

“... El artículo 86 de la Constitución de 1991 establece que la acción de tutela procederá siempre que **“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”**. En concordancia, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece las causales de improcedencia de la acción de tutela y, específicamente, en su numeral primero indica que la tutela no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla 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 encuentre el solicitante”.

De lo anterior se colige que **la acción de tutela no tiene como propósito servir de mecanismo alternativo o de reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuenta todo ciudadano para la protección de sus derechos y la solución de controversias**. En este sentido, esta Corporación ha dejado claro que “(...) de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo”.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha dado alcance a los preceptos normativos citados, fijando el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela frente a los mecanismos judiciales ordinarios, de forma que esta acción constitucional sólo procederá i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, **ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable**. Bajo los dos primeros supuestos, se ha entendido que la acción de tutela funge como mecanismo principal y, en el segundo, desplaza al mecanismo judicial ordinario, mientras que en el tercer caso la tutela es un mecanismo transitorio que no impide el ejercicio de acciones ordinarias.

En el caso en el cual existe un medio ordinario de defensa que se pretende desplazar para dar paso a la acción de tutela como mecanismo principal, es necesario establecer que el mecanismo ordinario no es idóneo para la protección de los derechos de los accionantes y, por tanto, se requiere de una evaluación en concreto, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada caso para así determinar la eficacia que tendría el mecanismo ordinario para defender los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. Además, debe evaluarse el objeto perseguido por el mecanismo judicial que se pretende desplazar con la acción de tutela y el resultado previsible que éste puede proporcionar en lo que respecta a la protección eficaz y oportuna de los derechos de los accionantes, de acuerdo con las circunstancias concretas a las que se ha hecho referencia...”
(Subrayado y negrilla por fuera del texto)

Del pronunciamiento emitido por ese Alto Tribunal, se desprende la importancia del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela como

mecanismo efectivo de protección constitucional, que opera cuando no existe otro mecanismo para lograr acceder a las peticiones de quien acude a tal, o los que existen no son los idóneos, o incluso, el actor haya agotado todos los procedimientos requeridos, y que a la results de éstos, exista una vulneración evidente a sus garantías que pongan a la acción constitucional como mecanismo principal de defensa.

Ahora bien, ya establecida la regla general, surge la excepción de procedencia de la acción de tutela, que se da cuando se ejerce como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, no obstante, la Corte ha establecido criterios para determinar en sede de tutela tal ocurrencia, estableciendo lo siguiente:

“... De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció esta Corporación, sobre el punto:

En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión” (Sentencia T-290 de 2005).

En consonancia con lo anterior, es posible concluir que la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, comoquiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en

los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente...”

Problema jurídico

A la Sala le corresponde establecer, i) si la presente acción de tutela cumple con el principio de subsidiariedad ii) si Colpensiones vulnero los derechos fundamentales de la señora Vilma Rosa Ortega De Ospino.

Caso en concreto.

En el caso en sometido a consideración tenemos que la señora Vilma Rosa Ortega De Ospino fue cotizante en el Seguro Social hasta el año 1993 y posteriormente se traslado a Porvenir AFP, como consta en su historial laboral.

La accionante alega que presenta inconsistencias en su historia laboral, manifestando que Porvenir no ha reclamado la totalidad de semanas a Colpensiones, razón por la cual considera vulneradas sus garantías fundamentales.

En sentencia de primer nivel el a quo decidió amparar los derechos fundamentales del señor Orlando Enrique Vargas ordenando lo siguiente:

VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO contra vulnerado por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y PROVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS AFP.

Segundo: ORDENAR al representante legal de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, o quien haga sus veces para el cumplimiento de los fallos de tutela, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si no lo hubiere hecho aún, proceda a efectuar, sin dilación injustificada, el trámite administrativo para el traslado a PORVENIR AFP de los aportes erradamente consignados dentro de los periodos 199502 a 199511, 199601 a 199602, 199604 a 199609, 199612 a 199911, 20001 a 20009, 200011 a 200112, 200202 a 200212, 200910 a 200912, 201303 a 201304 semanas, para materializar la corrección o actualización de la historia laboral de la señora VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO, ante PORVENIR AFP.

Tercero: ORDENAR al representante legal de PROVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS AFP, o quien haga sus veces para el cumplimiento de los fallos de tutela, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de que se haga efectivo el traslado de los aportes erradamente consignados dentro de los periodos 199502 a 199511, 199601 a 199602, 199604 a 199609, 199612 a 199911, 20001 a 20009, 200011 a 200112, 200202 a 200212, 200910 a 200912, 201303 a 201304 semanas en COLPENSIONES, de la señora VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO, proceda a generar el reporte de historial laboral pensional con las correcciones, inclusive. Hecho este, que debe serle informado a la señora VILMA ROSA ORTEGA DE OSPINO.

Inconforme con la sentencia de primera instancia Colpensiones la impugna argumentando i) que la misma no cumple con el principio de subsidiariedad y ii) alega inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.

En este orden de ideas, toda acción de tutela cuya solución favorable sea pretendida debe agotar el principio de subsidiariedad, concatenado a los requisitos previamente expuestos, cumplimiento que debe ser plenamente demostrado por el accionante, toda vez que, su procedencia está sujeta a la inexistencia de medios judiciales para obtener lo pretendido o la ineficacia de los medios judiciales existentes de cara a la finalidad perseguida con su utilización. La Corte Constitucional mediante Sentencia T-401 de 2017, detalla el principio de subsidiariedad, así:

*“... El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que **la acción de tutela 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 otras palabras, **las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección...**” (Subrayado y negrilla por fuera del texto)*

En sentencia T- 051 de 2016, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“(…) Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial¹ que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

De esta manera, en el marco del principio de subsidiaridad, es dable afirmar que “la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”.²

Ahora tratándose de sujetos de especial protección constitucional el máximo tribunal constitucional ha establecido lo siguiente:

El juez constitucional debe ser más flexible al estudiar la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta”[96] . Por tanto, se precisó que el juez debe dar un tratamiento diferencial positivo a estas personas, ya que “en estos casos [los solicitantes] no puede[n] soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad [, pues] los otros mecanismos de defensa no son eficaces en concreto para salvaguardar los derechos en juego³

Es así como, de la jurisprudencia citada se logra extraer las siguientes que, por regla genera no la acción de tutela no es procedente cuando el accionante dispone de otros medios de defensa, sin embargo, cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional el presupuesto de subsidiariedad se flexibiliza y permite la intervención del juez constitucional en

¹ Al respecto, revisar entre otras, las sentencias T-661 de 2007, T-556 de 2010, T-404 de 2010.

² Consultar, entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-273 de 2006, T-093 de 2008, SU-037 de 2009, T-565 de 2009, T-424 de 2010, T-520 de 2010, T-859 de 2010, T-1043 de 2010, T-076 de 2011, T-333 de 2011, T-377A de 2011, T-391 de 2013, T-627 de 2013, T-502 de 2015 y T-575 de 2015.

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-442 de 2016, M.P María Victoria Calle Correa.

ocasión a que los medios ordinarios resultan ineficaces para salvaguardar los derechos fundamentales.

Así las cosas, esta Sala advierte la señora Vilma Rosa Ortega De Ospino cuenta con de defensa ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en donde podrá iniciar el proceso de corrección de su historia laboral, siendo este el mecanismo idóneo y eficaz para controvertir lo traído hoy a sede de tutela, y en virtud del principio de subsidiariedad juez constitucional no esta llamado desplazar al juez natural, ni invadir competencias establecidas por el legislador en cabeza de otras jurisdicciones, máxime cuando no se advierte que la actora sea un sujeto de especial protección constitucional que permita inferir que los medios ordinarios son ineficaces.

En concordancia con lo anterior el máximo tribunal constitucional en un caso similar dispuso lo siguiente:

25. La solicitud de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad. Para la Sala Quinta de Revisión de Tutelas, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos fundamentales. Esto es así por tres razones. Primero, **la acción ordinaria laboral es un medio de defensa judicial idóneo. Dicha acción es adecuada para lograr la corrección de la historia laboral del accionante, así como el reconocimiento y pago de la pensión de vejez**, en caso de acreditar los requisitos legales para ello. A partir de la Sentencia SL 34270 de 2008, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “la mora y el incumplimiento a la obligación de cobro de las entidades administradoras no puede afectar los derechos del afiliado o de sus beneficiarios”[97]. Por tanto, “las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los obligados al pago de aportes al sistema, de suerte que de omitir esa obligación, deber responder por el pago de la prestación a que haya lugar, en la medida en la desidia de unos y otros no puede afectar los derechos de los afiliados o de sus beneficiarios”[98]. Estas consideraciones son compatibles con la jurisprudencia constitucional en este asunto. Esto permite concluir que la acción ordinaria laboral es, en principio, un mecanismo idóneo para solicitar la corrección de la historia laboral y el reconocimiento pensional cuando el afiliado reclame periodos en los que el empleador haya omitido su deber de pagar los aportes a la seguridad social.⁴

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-034/21, M.P Paola Andrea Meneses Mosquera.

Es así como, al no superar el examen de subsidiariedad esta Colegiatura no tiene otro camino mas que revocar la sentencia de 29 de noviembre del 2022 proferida por el Juzgado 06 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, y en su lugar denegar el amparo por improcedente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en su condición de juez constitucional, “administrando justicia en nombre de la República y por autorización del pueblo”

Resuelve:

Primero: Revocar en su totalidad el fallo de tutela de 29 de noviembre del 2022, proferido por el Juzgado 06 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Barranquilla, por lo expuesto en las consideraciones precedentes.

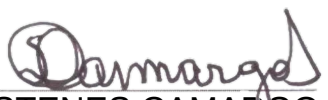
Segundo: Denegar por improcedente la acción de tutela impetrada por Vilma Rosa Ortega De Ospino en contra de Colpensiones y otros.

Tercero: Notifíquese a las partes esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el decreto 2591 de 1991.

Cuarto: Ordenar que se remita el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Comuníquese y Cúmplase,


JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado


DEMOSTENES CAMARGO DE AVILA
Magistrado


JORGE ELIECER MOLA CAPERA
Magistrado

Radicación: 08001318700620220005801
Rad. Interna: 2022-00722-T
Accionante: Vilma Rosa Ortega De Ospino.
Accionado: Colpensiones.

OTTO MARTÍNEZ SIADO
Secretario