



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: 08001310901220230006501
Rad. Interna: 2023-00564 T- CJ
Accionante: Cenith Yolanda Sanjuanelo Martínez
Accionado: Colfondos Fondo de Pension- Ministerio de Hacienda y Compañía de Seguros Bolívar
Procedencia: Juzgado 12 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla
Tutela Segunda Instancia
Funcionario: Beatriz Eugenia Arteta Tejera
Derecho: mínimo vital y al debido proceso
Magistrado Ponente: Jorge Eliecer Cabrera Jiménez.
Acta No: 0372

Barranquilla D.E.I.P., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Vistos

Procede la Sala a resolver la Impugnación interpuesta por el apoderado de la accionante señora Cenith Sanjuanelo Martínez, en contra de la decisión de tutela de fecha 02 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla, mediante la cual declara la improcedencia del amparo invocado.

Antecedentes

Hechos:

Manifiesta la accionante Cenith Yolanda Sanjuanelo Martínez a través de apoderado que solicitó ante Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al Ministerio de Hacienda y a la Compañía de Seguros Bolívar S.A, que le fuera reconocido su derecho a la pensión de sobreviviente que le asiste como cónyuge del señor Mario Rafael Caballero Pizarro (Q.E.P.D.) quien se encontraba afiliado al fondo en calidad de cotizante, con un total de 723 semanas cotizadas.

Indica que Colfondos resolvió la solicitud, mediante oficio del 20 de enero del 2023, radicado bajo el N°115691-123, en el que proceden a reconocerle, el 50% de la pensión de sobreviviente reclamada a partir del día siguiente del fallecimiento de su finado esposo, dejando por fuera el otro 50%, y que dentro de la investigación

adelantada evidenciaron la existencia de Maryceth Paola Caballero Sanjuanelo, hija del afiliado fallecido y de su poderdante.

Informa que la mencionada hija no solicitó reconocimiento de pensión de sobreviviente en atención a que ya no dependía económicamente de su padre y que había culminado sus estudios, por lo que no se entiende como la entidad pensional no incluye en nómina a su poderdante, mientras su hija no presentara su solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente.

Finalmente solicitó que se le tutelaran sus derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso y en consecuencia se le incluyera en nómina y se le pagara la pensión de sobreviviente, y las mesadas atrasadas y adicionales.

Respuesta De Los Intervinientes Vinculados

Compañía de Seguros Bolívar S.A.:

Indica que la acción de tutela es improcedente en este caso en concreto debido a que el problema jurídico debe ser resuelto por el juez ordinario laboral y no es el mecanismo viable para plantear discusiones relacionadas con prestaciones económicas del Sistema General de Pensiones.

Que Colfondos, contrato con la compañía de seguros, el seguro previsional IS que cubre los riesgos de Invalidez y Sobrevivencia a través de una póliza, por lo que dicho fondo de pensiones solicitó el reconocimiento y pago de la suma adicional requerida para financiar la pensión de sobrevivencia con ocasión del fallecimiento del afiliado Mario Rafael Caballero Pizarro, ocurrido el 19 de noviembre de 2021, a favor de la señora Cenith Yolanda Sanjuanelo Martínez, quien se presentó en calidad de cónyuge de afiliado fallecido.

El 17 de enero de 2023, mediante comunicación procedieron a informar a Colfondos sobre el reconocimiento y pago de la suma adicional requerida para financiar la pensión de sobrevivencia a favor de la señora Cenith Yolanda Sanjuanelo Martínez, sugiriendo además la suspensión del porcentaje correspondiente de la hija Maryceth Caballero Sanjuanelo, tomando en consideración que no se había presentado el trámite de la reclamación formal y que al interior de la verificación adelantada por la aseguradora, se evidencio que la joven manifestó encontrarse realizando la judicatura Ad Honorem y depender económicamente del afiliado para la fecha del fallecimiento.

Que procedieron a realizar el pago ante Colfondos mediante transferencia electrónica a la cuenta bancaria suministrada por la administradora, por lo que es claro que Colfondos se encuentra en la posibilidad de pagar las mesadas pensiones que le corresponde a la señora Cenith Sanjuanelo Martinez, y así como las que eventualmente le correspondieran a la hija, una vez presente el trámite de reclamación formal.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

Rindió informe manifestando que la AFP Colfondos s.a., a la cual se encontraba afiliado en vida el señor Mario Rafael Caballero Pizarro (Q.E.P.D.), es la entidad obligada a agotar el trámite administrativo relacionado con la solicitud de Liquidación, Emisión y Redención (pago) del bono pensional Tipo A modalidad 2 de su afiliado.

Así mismo, indica que la presente acción de tutela resulta totalmente improcedente por cuanto la señora Cenith Yolanda Sanjuanelo Martínez en su calidad de beneficiaria del señor Mario Rafael Caballero Pizarro (Q.E.P.D.), cuenta con otro mecanismo de defensa judicial diferente al utilizado actualmente, como es el proceso ordinario laboral, en contra de la entidad o entidades que considere que

le están vulnerando su derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes solicitada en un 100%.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías:

No rindió el informe requerido por el a quo.

Sentencia Impugnada

El Juez de primer nivel deniega el amparo solicitado por la accionante por improcedente, precisando que la acción constitucional de amparo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo para evitar un perjuicio irremediable y que no fue instituida para sustituir al juez ordinario, ni se trata de un recurso adicional a los establecidos en la misma.

Que la improcedencia deviene dado que la actora no aportó documento alguno, que soporte que hayan sido agotados todos los medios ordinario y extraordinario de defensa judicial, ya que no se probó que la decisión atacada haya sido objeto de recurso, o solicitud alguna.

Impugnación

Inconforme con la decisión; la accionante a través de su apoderado, la impugna manifestando que tenía toda la facultad legal, para decidir si presentaba recurso de ley o no, así mismo, era incoherente la decisión al no considerar a su poderdante, una persona de la tercera edad.

Finalizo solicitando se revoque el fallo del a quo y se tutelen sus derechos fundamentales y se le ordene a Colfondos, se le incluya en nómina con la pensión sustituta del 50%.

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 resultas 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, si la accionada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías ha vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social, mínimo vital y debido proceso de Cenith Yolanda Sanjuanelo Martínez, al negarle el 50% de sustitución pensional a que tiene derecho en su calidad de cónyuge supérstite, y el restante 50% al no haber acreditado su hija los requisitos para ello.

Caso en concreto.

En el caso sometido a consideración tenemos que a la accionante Cenith Yolanda Sanjuanelo Martínez, pretende a través de la presente acción constitucional de amparo el reconocimiento total de la sustitución pensional de su finado esposo, que a la fecha su disfrute deviene de su inclusión en la nómina de pensionados de Fondo privado AFP Colfondos S.A., se le ha negado, incluso el pago del aceptado 50% que le reconocieron.

La Compañía de Seguros Bolívar S.A., sostuvo la improcedencia del amparo dado que el problema jurídico debía resolverlo un juez ordinario laboral y recordó que no es viable discusiones sobre prestaciones económicas pensionales. Además en su respuesta a Colfondos, sugirieron la suspensión del porcentaje correspondiendo a

la hija Maryceth Caballero Sanjuanelo, al no haber reclamado su presunto derecho a pesar de haber manifestado su dependencia económica del afiliado fallecido para la fecha de su deceso, y sostuvieron finalmente que al accionado fondo le transfirieron a su cuenta bancaria el valor de la póliza de seguro provisional IS, que cubre los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Por su parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico manifestó en su respuesta que la AFP Colfondos S.A., era la obligada a realizar el trámite administrativo para resolver la redención o pago del bono pensional de su afiliado. Adicionaron que era improcedente la acción de amparo puesto que la accionante Cenith Sanjuanelo Martinez contaba con otra vía de defensa judicial, el proceso ordinario laboral en contra del presunto vulnerador de su derecho a disfrutar en 100% de la pensión de sobreviviente.

Queda claro que el debate jurídico se centra, como lo expresaron las entidades vinculadas, a un conflicto de tipo económico, aduciendo argumentos contrarios a lo expresado por el apoderado de la accionante.

Así mismo la accionada AFP Colfondos S.A., en su respuesta del 20 de enero de 2023, le reconoció a la accionante Cenith Sanjuanelo Martinez solo el 50%, dejando en suspenso la otra mitad, mientras se definía la situación de la joven hija Maryceth Paola Caballero Sanjuanelo.

El *a quo* denegó el amparo por improcedente ya que esta procede siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo para evitar un perjuicio irremediable, y con ello se evite sustituir al juez ordinario, ni se crea un recurso adicional a lo legalmente establecido. Además no aportó la accionante prueba de haber agotado los medios ordinarios de defensa judicial, es decir, haya interpuesto los recursos.

Inconforme con la decisión, la accionante a través de su apoderado impugna la sentencia de primer nivel, aduciendo que tenían el derecho para decidir si presentaban o no los recursos y de desconoció el no haber considerado a su poderdante como una persona de la tercera edad, solicitando se revoque el fallo de primera instancia y se le incluya en la nómina de sus pensionados.

En este orden de ideas se advierte que, 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 la 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 subsidiariedad, 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,

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

*desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”.*²

Es así como, de la jurisprudencia citada se logra extraer que la acción de tutela es improcedente cuando existan otros medios de defensa, como lo sostuvo el *a quo*, sin embargo, la excepción a la regla general, como por ejemplo cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Igualmente le asiste razón cuando sostuvo que no se acreditó ni aportó prueba que pudieran inferir la inminencia de un daño grave e irreparable para los derechos fundamentales de la actora, puesto que la jurisprudencia constitucional sostiene que si se pretende derivar un presunto perjuicio irremediable, se debe acreditar, ya que la simple afirmación de su ocurrencia es insuficiente para justificar la procedencia de amparo, es decir, el perjuicio debe aparecer acreditado en el expediente.

En concordancia con lo anterior, la acción de tutela se torna improcedente, pues esta no está llamada a invadir orbitas establecidas por el legislador en cabeza de otras jurisdicciones.

Además, vistas las respuestas de las partes involucradas se observa que se está en presencia de disparidad de criterios, que como conflicto deberá ser resuelto con el acreditamiento de pruebas, declaraciones o testimonios con respecto a lo afirmado por la hija de haber dependido de su progenitor, es decir, acudiendo a las otras vías judiciales existentes invocadas acertadamente por el *a quo*.

En lo referente al alegado desconocimiento de la tercera edad de la accionante, olvida que el *a quo* en los considerandos de su fallo se refirió a ello, sosteniendo que su edad al momento de estos hechos

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.

no se adecua al límite del índice promedio de vida para ser considerada como tal, es decir, como sujeto de especial protección.

Es así como, la impugnación impetrada por la accionante, no está llamada a prosperar, razón por lo cual, se confirmará la sentencia de 02 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla

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 de la Ley”

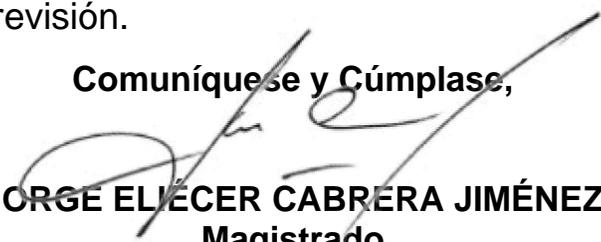
Resuelve:

Primero: Confirmar en su totalidad el fallo de tutela proferido por el Juzgado Doce Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Barranquilla, el día 02 de agosto del 2023, por lo expuesto en las consideraciones precedentes.

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

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

Comuníquese y Cúmplase,


JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ
Magistrado


DEMÓSTENES CAMARGO DE ÁVILA
Magistrado


LUCELLY AMPARO MARIN MARTINEZ
Magistrada

OTTO MARTÍNEZ SIADO
Secretario