

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**

Accionante : **PASTOR ALVARO DUEÑAS BARRETO**

Accionado : **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**

Radicación No. : **11001-33-42-047-2020-00103-00**

Asunto : **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA VIDA Y A LA VEJEZ DIGNA, A LA PENSIÓN, AL MÍNIMO VITAL y AL TRABAJO**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el artículo 86 de la C. P., el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela, promovida por el señor **PASTOR ALVARO DUEÑAS BARRERTO**, quien actúa en nombre propio, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida y a la vejez digna, a la pensión, al mínimo vital y al trabajo.

1.1. HECHOS

- El señor Pastor Álvaro Dueñas Barreto se encuentra afiliado a Colpensiones desde el 01 de mayo de 1988, realizando aportes correspondientes a pensión a partir del mes de mayo de 2005, en calidad de trabajador independiente.
- No obstante lo anterior, el pago de los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2005 y enero de 2006, fueron realizados el día 30 de agosto de 2016, por valor total del aporte a pensión, incluyendo los intereses moratorios y la entidad administradora los recibió sin ningún tipo de objeción en su momento.
- Una vez le expidieron su historia laboral, el accionante se encontró con que dichos pagos no fueron reportados y por ello, procedió a solicitar a la entidad información al respecto, quien le respondió con Oficio No. BZ2018_9540670_9574576 del 29 de agosto de 2018, donde se le indicaba que para ser subsanadas tales inconsistencias debía presentar una solicitud escrita de corrección para cada ciclo de cotización, teniendo en cuenta el cambio de IBC y demás.
- En consecuencia, el accionante a través de apoderado judicial radicó la respectiva solicitud de corrección de su historia laboral bajo el No. 2020_2267925 del 18 de febrero de 2020, anexando los formularios pertinentes debidamente diligenciados y demás pruebas y anexos.
- Colpensiones mediante Oficio No. BZ2020_2267925-0629048 del 05 de marzo de 2020, le informa nuevamente que debe realizar solicitud escrita por él mismo en un punto de atención de la entidad y pedir que se corrija cada ciclo de cotización aplicándolo a cada uno de los posteriores, teniendo en cuenta el cambio de IBC por anualidad que por su variación puede afectar los días de cotización dentro de cada uno de estos.
- Consideró el actor que cumple con los requisitos para la pensión, pues con su historia laboral actualizada a 31 de diciembre de 2017, tiene 1.169,86 semanas cotizadas, sin tener presente aquellas que ha solicitado de manera recurrente su cómputo y actualmente cuenta con 66 años.

- Señaló ser parte de la población de especial protección del Estado y que ante la situación de emergencia por la que atraviesa el país a causa de la propagación de la pandemia del COVID 19, le resulta imposible dirigirse a un punto de atención de Colpensiones como se pretende, o seguir radicando solicitudes para la inclusión de los aportes antes mencionados, para la corrección y actualización de su historia laboral y para el reconocimiento de su pensión de vejez, toda vez es una persona con mayor riesgo de contagio.
- Afirmó que se encuentra sin una fuente de ingresos para la subsistencia de sus necesidades de alimentación, servicios públicos, vestido, recreación y demás propias de él y de su núcleo familiar. Además de que a su edad y por causa de la crisis económica, social y sanitaria del país hace le es imposible volver a trabajar para obtener los recursos económicos suficientes para sobrevivir.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El accionante sostiene que con el actuar de Colpensiones, se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida y a la vejez digna, a la pensión, al mínimo vital y al trabajo.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio curso a través del auto admisorio del 03 de junio de 2020, que se notificó al Presidente de **COLPENSIONES**, para que informara a éste Despacho sobre los hechos expuestos en la acción de tutela respecto de los derechos deprecados y el formulario radicado por el accionante.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Dra. MALKY KATRINA FERRO AHCAR en calidad de Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones, a través de escrito enviado al correo institucional del Juzgado el día 4 de junio de los corrientes, dio contestación a la acción tutelar manifestando que el Juez Constitucional no está legitimado para realizar un análisis de fondo frente a la solicitud de corrección de la historia laboral

o el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, ya que el accionante en este caso pretende desnaturalizar la acción de tutela buscando que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y la subsidiariedad, otorgue derechos que son competencia del juez ordinario laboral a través de los mecanismos legales establecidos para ello, por tratarse de una controversia que se presenta dentro del marco del Sistema de Seguridad Social.

De otra parte, señaló que desde el año 2017 se le indicó al accionante que al haber realizado de forma extemporánea los aportes en el periodo comprendido desde mayo de 2005 a enero de 2006, estos no se contabilizan en el total de semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999 y como éste es el cotizante y pagador de los aportes, tales inconsistencias pueden ser subsanadas a solicitud escrita por parte del mismo, de manera inequívoca ante un Punto de Atención al Ciudadano, para que se corrija cada ciclo de cotización aplicándolo a un ciclo posterior, de acuerdo al cambio de IBC por anualidad, dado que por esa variación se pueden ver afectados los días de cotización dentro de cada ciclo, no obstante, hasta casi después de un año, esto es, el 08 de agosto de 2018 mediante PQRSD solicitó nuevamente la corrección de su historia laboral, razón por la cual la entidad mediante Oficio del 29 de agosto de 2018 de nuevo le indica el procedimiento que debe surtirse adicionalmente y los formatos correspondientes.

Es así que el apoderado judicial del actor radica el 18 de febrero de 2020 los formularios solicitando nuevamente la corrección de la historia laboral, sin referirse a lo relacionado a la corrección de cada ciclo aplicándolo a un ciclo posterior, teniendo en cuenta el cambio de variación del IBC por anualidad, el cual puede afectar los días de cotización dentro de cada ciclo, razón por la cual nuevamente esta administradora de pensiones mediante oficio del 05 de marzo de la presente anualidad, le reitera el procedimiento antes mencionado.

En consecuencia, no es posible jurídica ni materialmente responsabilizar a Colpensiones de la corrección de la historia laboral, cuando el interesado ni siquiera ha solicitado la subsanación de los ciclos como se le ha venido indicando, y además pretender por vía de tutela como mecanismo transitorio, reemplazar las acciones ordinarias para el reconocimiento y pago de su pensión de una vez, sin agotar los procedimientos administrativos para tal fin y ante la

ausencia de demostración de una amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Conforme a lo anterior, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, debido a que Colpensiones no es el responsable de transgresión a los derechos fundamentales alegados por acción u omisión imputable, archivar las presentes diligencias y notificar en debida forma la decisión que se adopte.

IV. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, con la cual se pretendió salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, de origen netamente constitucional ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

De esta manera el art. 86 de la C.P. lo consagró en los siguientes términos:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La mentada disposición constitucional fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, en la que se dispuso además de los principios que la regían, su objeto y el procedimiento que ha de seguirse en los estrados judiciales.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, ha vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida y a la vejez digna, a la pensión, al mínimo vital y al trabajo del señor **PASTOR ALVARO DUEÑAS BARRETO**, al no realizar la corrección de su historia laboral con inclusión de los aportes realizados de manera extemporánea el día 30 de agosto de 2016 y dejados de aplicar para los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2005 y enero de 2006, para efectos del reconocimiento de su pensión de vejez, pese a los requerimientos efectuados en tal sentido; exigiendo trámites personales a pesar de su edad y de la emergencia sanitaria que atraviesa el país por el COVID 19.

4.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera que se hace

necesario estudiar la normativa aplicable al caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que atañe a los derechos presuntamente vulnerados.

4.2.1. Derecho a la igualdad

La igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991, reconoce que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y les garantiza la misma protección y trato de las autoridades, así como la posibilidad de gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación.

El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 13 superior, en los siguientes términos:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Conforme a dicho precepto, la igualdad impone, tres obligaciones precisas: La primera, establecida en el inciso segundo, se refiere a la promoción de la igualdad material, mediante la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados. La segunda, en virtud del inciso tercero, impone la especial protección a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta “por su condición económica, física o mental”. La tercera, que también se desprende del inciso tercero, es la de sanción a los abusos o maltratos en contra de personas en situación de debilidad manifiesta. Las dos primeras obligaciones tienen el objetivo de balancear una situación de desventaja, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria.

A partir de la cláusula de igualdad también surge la prohibición de discriminación, es decir, el trato diferente y perjudicial que se da a una persona con fundamento en categorías como la raza, el sexo, el género, las ideas políticas o la religión, entre otras.

Para precisar el alcance de esa norma, la H. Corte Constitucional ha reiterado que a fin de hacer que este derecho fundamental devenga efectivo para todas las personas, el Estado debe acudir, incluso, al trato diferencial positivo. Así, en sentencia T-330 de agosto 12 de 1993, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero, precisó:

“(…)

Con el trato diferencial positivo se aplica la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, para hacer que la igualdad sea real y efectiva. El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo. (…)”

Ahora bien, dicha Corporación ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de distinción utilizado por la autoridad pública o el particular fue usado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13 C.P), a través de un juicio simple compuesto por distintos niveles de intensidad (*débil, intermedio o estricto*) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la aplicación del principio de igualdad, en una determinada actuación pública o privada¹.

El test de igualdad es débil: cuando el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia, creó una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

Se debe aplicar un **test intermedio de igualdad** cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia². En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea constitucionalmente importante,

¹ Sentencia C-093 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

² Sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

adicionalmente, ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado con la norma u actuación objeto de control constitucional.

Finalmente, el **test estricto de igualdad**: surge cuando las clasificaciones efectuadas se fundan en criterios “**potencialmente discriminatorios**”, como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.)

En este escenario, el análisis del acto jurídico objeto de censura por desconocimiento del principio de igualdad debe abarcar los siguientes elementos: i) la medida utilizada debe perseguir ya no solo un objetivo no prohibido, sino que debe buscar la realización de un fin constitucionalmente imperioso; y ii) el medio utilizado debe ser necesario, es decir no basta con que sea potencialmente adecuado, sino que debe ser idóneo.

Este Test es de aplicación excepcional, pues se limita a aquellas situaciones que están relacionadas con materias como son: **i) las prohibiciones no taxativas** contenidas en inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; **ii) medidas normativas sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares o discretas; iii) medidas diferenciales entre personas o grupos que prima facie, afectan gravemente el goce de un derecho fundamental; o iv) cuando se examina una medida que crea un privilegio para un grupo social y excluye a otros en términos del ejercicio de derechos fundamentales.**

4.2.2. Derecho a la Seguridad Social

La seguridad social es concebida como un instituto jurídico de naturaleza dual que tiene la condición tanto de derecho fundamental³, como de servicio público esencial bajo la dirección, coordinación y control del Estado⁴, surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus

³ Reiterado en Sentencias T-690 de 2014, T-915 de 2014, T-009 de 2015 y T-330 de 2015.

⁴ Artículo 48 de la Constitución Política de Colombia

derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo.

Esto derecho puede verse vulnerado por el actuar negligente de las administradoras de fondos de pensiones en atención a las obligaciones impuestas por la ley 100 de 1993, pues son estas las obligadas a contabilizar la totalidad de semanas que efectivamente haya laborado el trabajador dependiente dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (S.G.S.S.P.), con independencia de si éstas han sido pagadas o se encuentran en mora.

4.2.3. Derecho a la vida digna

El Derecho a la vida ha sido considerado como el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

En ese sentido, la H. Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.

Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano.

4.2.4. Derecho al mínimo vital

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha reiterado que el mínimo vital es un derecho fundamental, el cual se deriva directamente del Estado Social de

Derecho y se encuentra relacionado estrechamente con la dignidad humana, como valor fundante del ordenamiento jurídico, así como con la garantía del derecho a la vida misma, a la salud, al trabajo y a la seguridad social. En este sentido, en concepto de dicha Corporación, el mínimo vital "constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

Con respecto al contenido del derecho al mínimo vital, se ha indicado, que el mismo no se agota con la satisfacción de las necesidades mínimas de la persona, o de su grupo familiar, que simplemente le procure la mera subsistencia, sino que tiene un contenido mucho más amplio, en cuanto comprende tanto lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas para su subsistencia, como lo necesario para procurarle una vida en condiciones dignas, tales como alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda, recreación y medio ambiente, que consideradas todas en su conjunto, constituyen los presupuestos para la construcción de una calidad de vida aceptable para los seres humanos.

4.2.5. Derecho al trabajo

El contenido del artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado, por lo cual, toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Es así que de acuerdo con los artículos 25, 26 y 334 superiores, el derecho al trabajo tiene una doble connotación, el aspecto individual que se refiere a la facultad que tiene toda persona de elegir y ejercer profesión u oficio en condiciones dignas y justas y en una dimensión colectiva que implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo porque de lo contrario el ejercicio del derecho al trabajo se convierte en una simple expectativa.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-611 de 2001 refirió que el derecho al trabajo es un derecho fundamental consagrado como principio rector del Estado social de derecho y como objetivo primordial de la organización política, que debe ser reconocido como un atributo inalienable de la personalidad jurídica e inherente al ser, pues sin el ejercicio de ese derecho el individuo no podría existir dignamente, en la medida en que es el que le proporciona los medios indispensables para su congrua subsistencia y además desarrolla su potencial creativo y de servicio a la comunidad.

El trabajo se salvaguarda por la normativa constitucional "en condiciones dignas y justas", bajo el supuesto de que el ser humano que aporta su esfuerzo, lo hace a cambio de una remuneración, que constituye la finalidad y el propósito de la organización política, del orden jurídico y de las autoridades, y jamás un medio ni un instrumento para alcanzar otros fines, sean ellos particulares o públicos. Es propio de la dignidad en que debe desenvolverse la relación laboral que el trabajo se remunere proporcionalmente a su cantidad y calidad, ya que de este salario depende la subsistencia del trabajador y el sostenimiento de su familia.

El carácter de fundamentalidad del derecho al trabajo se refleja en la especial consagración que da la Carta Política y tiene especial relación con los principios mínimos que limitan el ejercicio legislativo (artículo 53) y con el reconocimiento expreso de la responsabilidad del Estado en la promoción de políticas de pleno empleo (artículo 334), lo cual da lugar que ante su vulneración, sea procedente la acción de tutela como mecanismo para que cese su amenaza o violación, sin dejar de lado el carácter subsidiario de esta vía y en el caso del derecho laboral la existencia de la jurisdicción ordinaria como medio de protección especial.

La jurisprudencia constitucional también ha considerado el derecho al trabajo es susceptible de tutela, siempre y cuando los derechos que se pretenden amparar consagrados en la Constitución a favor de los trabajadores hayan sido desarrollados por la ley o los tratados internacionales, que permitan precisar su contenido y delimitar sus alcances.

4.3. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El Decreto 2591 de 1991 *"Mediante el cual se regula la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"* establece las causales de improcedencia de este medio de acción de la siguiente manera:

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

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que 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. *(Destacado fuera del texto).*

“(…)”.

De la normatividad transcrita se observa con claridad que la acción de tutela resulta improcedente cuando **exista otro mecanismo o medio de defensa judicial para amparar los derechos del tutelante**, así como, resulte pertinente invocar el habeas corpus, o cuando se solicite proteger los derechos colectivos de ciertos individuos, siempre y cuando no se trate de impedir un perjuicio irremediable, caso en el cual sería procedente la tutela.

Asimismo, es improcedente cuando la violación del derecho originó un daño consumado o que se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Por consiguiente, concluye el Despacho que siempre que haya una amenaza evidente o un perjuicio irremediable que altere en cualquier forma la integridad del accionante la acción de tutela puede activarse para proteger sus derechos fundamentales; sin embargo, dicho perjuicio debe estar sustentado en pruebas siquiera sumarias que demuestren al Despacho que la actuación de la administración o entidad accionada está causando un perjuicio irremediable en su persona y en su núcleo familiar si es el caso.

Sobre este punto cabe recordar que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha resaltado la **subsidiariedad** de la acción tutela cuando no exista otro medio de defensa idóneo para proteger los derechos; de manera que de existir otro medio judicial de protección ordinario esta resulta improcedente.

En sentencia de T-177 del 14 de marzo de 2011 con ponencia del Doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el Máximo Tribunal Constitucional explicó, entre otras cosas, la subsidiariedad de la acción constitucional de tutela y los parámetros que debe tener en cuenta el juez constitucional al determinar si es procedente la acción de tutela y el perjuicio inminente a tener en cuenta:

“(…)

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 esta Corte precisó: (subrayado fuera del texto)

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, 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.”

Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergradable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.” (Subrayado fuera del texto)

Así mismo, la H. Corte Constitucional en sentencia T-343 de 5 de junio de 2014 precisó:

“(…)

A través del reconocimiento de la pensión de vejez se garantiza el derecho a la seguridad social y cuando es negada los afiliados disponen de herramientas de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral o en la de lo contencioso administrativo, según sea el caso, para pedir que se reconozca dicha prestación.

Sin embargo, de manera excepcional se puede reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez mediante acción de tutela, cuando los mecanismos ordinarios no resultan idóneos ni eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales sobre los que se reclama el amparo.

En relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de una derecho prestacional, la Corte Constitucional ha establecido que el juez constitucional deberá verificar los siguientes requisitos:

“a. Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional.

b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados (...). (Negrillas fuera del texto).

Bajo el contexto Jurisprudencial expuesto, es claro que la Corte Constitucional ha considerado que de manera excepcional procede la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que se deben cumplir con una serie de requisitos, que se circunscriben a lo siguiente: (i) quien solicite el amparo de sus derechos debe ser persona de especial protección, (ii) que el mínimo vital del accionante se vea afectado por la falta de pago de la prestación reclamada, (iii) que se haya reclamado ante la accionada el reconocimiento de la prestación que alega tener por derecho y (iii) probar siquiera sumariamente, que la solicitud del derecho reclamado ante un proceso ordinario, ya sea en jurisdicción laboral o contencioso administrativa, resulta ineficaz para la protección de sus derechos de manera inmediata.

Así las cosas, no sólo basta con que la persona que depreca el amparo constitucional sea sujeto de especial protección, sino que además debe acreditar la existencia de un perjuicio irremediable y que el trámite de un proceso ordinario para obtener el reconocimiento pensional resultaría más grave y lesivo a sus derechos fundamentales.

Sentado lo anterior, corresponde aclarar aquellos eventos en los cuales la Jurisprudencia Constitucional se ha referido al perjuicio irremediable.

Con relación a este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 29 de agosto de 2013, señaló:

“(…)

La Corte Constitucional ha sintetizado unas características para que proceda la acción frente al perjuicio irremediable. En primer lugar, debe ser inminente o próximo a suceder, acreditado ello con suficientes elementos fácticos y tomando en cuenta, además, el origen del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, material y/o moralmente, susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas desde la doble perspectiva de dar respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y armonizar con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

El perjuicio irremediable exigido se refiere entonces al “grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables” para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que requieren de un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

4.3. HECHOS PROBADOS

Se encuentran demostrados en el proceso con los medios de prueba documentales aportados al plenario, los siguientes:

- Copia del registro civil de nacimiento del señor Pastor Álvaro Dueñas Barreto.
- Constancia de la cuenta de ahorros que tiene el accionante en el Banco Caja Social.
- Derecho de petición radicado por el actor ante Colpensiones el 18 de febrero de 2020, a fin de obtener la corrección de su historia Laboral, junto con su respectivo poder.
- Copia de la cédula de ciudadanía del accionante.

- Formulario de solicitud de correcciones de historia laboral desde el mes de mayo de 2005 hasta enero de 2006.
- Copia de los comprobantes de consignación por aportes a pensión realizados en el Banco de Bogotá desde mayo de 2005 hasta enero de 2006 y las respectivas planillas de liquidación de pago.
- Certificación de afiliación a Saludcoop EPS y a AlianSalud durante el periodo referido.
- Copia de la historia laboral expedida por Colpensiones con corte a 31 de diciembre de 2017.
- Copia del Oficio de respuesta BZ2018_9540670_9574576 del 29 de agosto de 2018, emitido por la Gerencia de la Administración de la Información de la Dirección de Historia Laboral de Colpensiones, con su respectivo soporte de envío por correo certificado del 10 del mismo mes y año.
- Copia del formulario de solicitud de correcciones de historia laboral desde el mes de mayo de 2005 hasta enero de 2006, radicado el 18 de febrero de 2020.
- Copia del formulario de solicitud de correcciones de historia laboral desde el mes de mayo de 2005 hasta enero de 2006, radicado el 08 de agosto de 2018.
- Copia del Oficio de respuesta BZ2020_2267925_0629048 del 05 de marzo de 2020, emitido por el Director de Historia Laboral de Colpensiones, con su soporte de envío por correo certificado del 10 del mismo mes y año.

4.4. CASO CONCRETO

El señor **PASTOR ÁLVARO DUEÑAS BARRETO**, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida y a la vejez digna, a la pensión, al mínimo vital y al trabajo por parte de **COLPENSIONES**, en cuanto ha omitido realizar la corrección de su historia laboral con inclusión de los aportes realizados el día 30 de agosto de 2016 y que sean aplicados para los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2005 y enero de 2006, para efectos del reconocimiento de su pensión de vejez, pese a los requerimientos efectuados en tal sentido; en su lugar, la entidad ha exigido trámites personales a pesar de su edad y de la emergencia sanitaria que atraviesa el país por el COVID 19.

La instancia judicial advierte que en el presente caso, **COLPENSIONES** respondió el requerimiento efectuado por este Despacho, manifestando que desde el año 2017 se le indicó al accionante que al haber realizado de forma extemporánea los aportes en el periodo comprendido desde mayo de 2005 a enero de 2006, estos no se contabilizan en el total de semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999 y como éste es el titular cotizante y pagador de las cotizaciones, tales inconsistencias pueden ser subsanadas a solicitud escrita por parte del mismo, de manera inequívoca ante un Punto de Atención al Ciudadano, para que se corrija cada ciclo de cotización aplicándolo a un ciclo posterior, de acuerdo al cambio de IBC por anualidad, dado que por esa variación puede afectar los días de cotización dentro de cada ciclo.

No obstante, hasta casi después de un año, esto es, el 08 de agosto de 2018 mediante PQRSD solicitó nuevamente la corrección de su historia laboral, razón por la cual la entidad mediante Oficio del 29 de agosto de 2018 de nuevo le indica el procedimiento que debe surtirse adicionalmente y los formatos correspondientes.

Es así que el apoderado judicial del actor radica el 18 de febrero de 2020 los formularios solicitando nuevamente la corrección de la historia laboral, sin referirse a lo relacionado a la corrección de cada ciclo aplicándolo a un ciclo posterior, teniendo en cuenta el cambio de variación del IBC por anualidad, el cual puede afectar los días de cotización dentro de cada ciclo, razón por la cual nuevamente esta administradora de pensiones mediante oficio del 05 de marzo de la presente anualidad, le reitera el procedimiento antes mencionado.

En consecuencia, consideró que no es posible jurídica ni materialmente responsabilizar a Colpensiones de la corrección de la historia laboral, cuando el interesado ni siquiera ha solicitado la subsanación de los ciclos como se la ha venido indicando, y además pretender por vía de tutela como mecanismo transitorio, reemplazar las acciones ordinarias para el reconocimiento y pago de su pensión de vez, sin agotar los procedimientos administrativos para tal fin y ante la ausencia de demostración de una amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto, se advierte que en materia de seguridad social se exige a las administradoras una especial atención en la resolución de solicitudes con base en información fidedigna, tales como la existencia de periodos cotizados no registrados en el expediente pensional o periodos pagados de forma extemporánea, de tal manera que la inexactitud, actualización o corrección de ésta o la omisión total o parcial de éstas circunstancias incide negativamente contra el debido proceso y así mismo en otros derechos fundamentales del actor como el de la seguridad social. Sobre este punto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-079 de 2016, con ponencia del Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, refirió:

“(…)

*90. Para concluir, **la Sala prevendrá a Colpensiones sobre su obligación de incluir los periodos de cotizaciones no pagados, pagados de forma extemporánea y aquellos que no han podido cobrarse por su falta de diligencia en las historias laborales de sus afiliados.** También le advertirá que, a la luz de los precedentes de esta corporación y de los de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, la negativa a registrar esos ciclos de aportes constituye una trasgresión de los deberes que le incumben como responsable del tratamiento de los datos personales de sus afiliados y la expone a las sanciones contempladas en la Ley 1581 de 2012. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas tampoco podrán denegarse por razones de esa naturaleza. (Negrilla y sublíneas del despacho).*

(…)”

Por lo expuesto, esta Agencia Judicial considera que la entidad accionada, vulneró el derecho fundamental a la seguridad social, y en consecuencia, éste Despacho ordenará a COLPENSIONES, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda a realizar la corrección de la historia laboral del tutelante, en relación con los aportes a pensión realizados como independiente para los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2005 y enero de 2006, realizados de forma extemporánea el día 30 de agosto de 2016.

Ahora bien, pese a que el escrito de tutela se plantea un problema que en principio tendría naturaleza constitucional, pues señala la posible afectación de derechos que el accionante aduce como fundamentales, en cuanto al reconocimiento de su pensión de vejez, lo cierto es, que el presente asunto se encuentra dentro de la causal de improcedencia de la acción de tutela expuesta en el numeral 1ª del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, esto es, cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial.

Bajo este contexto, advierte el Despacho que existe **otro mecanismo de defensa judicial ordinario** por el cual podría el accionante debatir los actos administrativos por los cuales se llegara a pronunciar la administración frente a su reconocimiento a la pensión de vejez, pues contendrían una decisión de fondo que afectaría los intereses del aquí tutelante, una vez se realice la corrección de su historia laboral. Amén de lo anterior, resáltese que la entidad tuvo conocimiento de la solicitud pensional, hasta el momento de la interposición de la tutela.

Conforme lo anterior, no se encuentra en la argumentación del actor, sustento alguno que lleve a concluir la existencia de un perjuicio irremediable que afecte los derechos invocados en la presente acción, que sirva como excepción legítima de carácter subsidiario de la acción de tutela.

Lo anterior, como quiera que esta acción es netamente personal y subjetiva y debe radicarse el agravio sufrido en cabeza de quien solicita la protección, situación que no se predica en el caso bajo estudio, pues, si bien el accionante señala que no cuenta con una fuente de ingresos para la subsistencia de las necesidades de él y su familia, y que a su edad y por causa de la crisis económica, social y sanitaria del país hace que le sea imposible volver a trabajar para obtener los recursos económicos suficientes para sobrevivir, no se demuestra un perjuicio irremediable e inminente que active la acción de tutela como subsidiaria, en atención a que contrario a lo manifestado en el libelo demandatorio no hace parte de las personas de la tercera edad de especial protección del Estado, pues esta se adquiere a los 74 años según lo ha expresado el Alto Tribunal Constitucional en sentencias como T-844 de 2014 y T-047 de 2015, entre otras.

Bajo este contexto y ante la ausencia de gravedad y urgencia de la protección de los derechos fundamentales invocados; cabe advertir que la controversia planteada puede ser discutida ante la Jurisdicción Laboral dentro de un proceso judicial, el cual resulta ser el mecanismo idóneo y eficaz para la defensa de sus intereses, al tratarse del litigio de un afiliado en torno al sistema de seguridad social integral, acorde con lo dispuesto por el numeral 4º del artículo 2º del C.P.T. Sumado a lo anterior, resulta valioso sostener que no se acreditó que el demandante se encuentre en estado de vulnerabilidad o que se está afectando su vida digna hasta el punto de someter al Despacho a sobrepasar los límites

establecidos del juez natural y entrar a ordenar el reconocimiento de una prestación económica, en la medida en que transcurrió un período considerable sin adelantar la acción de tutela desde la primera vez que se le informó el trámite administrativo para la corrección de su historia laboral, sin que la administración tuviera conocimiento de solicitud pensional alguna por parte de este, que conlleve a pensar que las condiciones personales le permitían garantizarse su subsistencia durante dicho término.

En consecuencia, habrá de declararse improcedente la presente acción de tutela conforme lo mencionado en líneas anteriores.

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la vida y a la vejez digna, a la pensión, al mínimo vital y al trabajo, se denegarán en razón a que no se acreditó dentro del plenario la afectación de los mismos.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONCEDER la tutela por la vulneración al derecho fundamental a la seguridad social presentada por el señor **PASTOR ÁLVARO DUEÑAS BARRETO**, identificado con C. C. No. 19.242.506 de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES, que dentro de un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia proceda a realizar la corrección de la historia laboral del señor **PASTOR ÁLVARO DUEÑAS BARRETO**, identificado con C. C. No. 19.242.506 de Bogotá, en relación con los aportes a pensión realizados como independiente para los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2005 y enero de 2006, efectuados de manera extemporánea el día 30 de agosto de 2016.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por el accionante para el reconocimiento de la pensión de vejez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DENEGAR la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la vida y a la vejez digna, a la pensión, al mínimo vital y al trabajo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: NOTIFÍQUESE al Presidente de Colpensiones, al accionante y al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
Juez