

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



SALA DE DECISIÓN PENAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

Magistrado Ponente
MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)
Hora: 2:00 p.m.
Aprobado por Acta No. 1136

Radicación:	660013109004 2016 00108 01
Procedencia:	JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
Accionante:	LUZ DARY DAMIÁN DE MAFLA
Accionado:	COLPENSIONES
Decisión:	CONFIRMA

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la señora **LUZ DARY DAMIÁN DE MAFLA**, contra el fallo de tutela proferido el 24 de octubre de 2016 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, mediante el cual decidió negar la protección constitucional reclamada por ella.

ANTECEDENTES

El 10 de junio del 2016 la señora Luz Dary Damián de Mafla radicó en Colpensiones una solicitud de corrección de historia laboral, sin embargo la ausencia de respuesta por parte de esa entidad la obligó a instaurar una acción de tutela el 29 de agosto del presente año, la

cual fue resuelta en su favor el 8 de septiembre por parte del Juzgado Primero de Familia de Pereira y confirmada en segunda instancia por la Sala de Decisión Civil-Familia de este Distrito Judicial.

A raíz de lo anterior la accionada dio respuesta a su petición, sin embargo, ésta no resultó ser favorable a sus intereses, toda vez que en ella se le indicó que en algunos de los períodos con los aportantes Tapetes de Colombia e Ind Vary de Col Ltda., las novedades solicitadas le pertenecen a otro afiliado aunado a ello no se encontraron novedades con su nombre y apellido para esos empleadores; para los ciclos con los empleadores Jaime Eduardo González y Carmenza González, se encuentran con nombres diferentes, por lo tanto le solicitan que aporte los documentos probatorios que soporten ese tiempo; en cuanto a los demás períodos no se encontró registro de algunos y de los otros se reportó novedad de retiro con cero días cotizados.

En vista de la situación, la señora Luz Dary interpuso la presente acción constitucional en contra de la misma entidad, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y a la igualdad, ello en virtud de que los mencionados períodos cotizados con los empleadores si aparecen reflejados en la historia laboral del Instituto de Seguros Sociales y por ello le corresponde a Colpensiones realizar el traslado de las semanas faltantes, especificó que no se le ha hecho inclusión de varias semanas cotizadas en su historia laboral, puesto que no fueron tenidas en cuenta por esta última, pese a que en su momento fueron certificadas por el Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, la encartada se niega a hacerlo.

Explicó que a los períodos cotizados que se relacionan en ceros en su historia laboral debe dárseles el trámite que ha previsto la Corte Constitucional, esto es que las administradoras de pensiones no

pueden trasladar al trabajador los efectos negativos de la mora del empleador en el pago de aportes a pensiones, por ello en su caso ha operado el fenómeno del allanamiento a la mora, lo que quiere decir que le corresponde a Colpensiones asumir las consecuencias y reconocerle las semanas que le están siendo desconocidas por la mora de los empleadores morosos.

Manifestó que tiene 61 años de edad, escasos recursos y se encuentra desempleada, por lo que el estudio del requisito de subsidiariedad de la tutela debe ser más flexible.

Solicitó entonces que le sean amparados sus derechos fundamentales invocados, y en consecuencia ordenar a Colpensiones reconocer y transcribir a su historia laboral los períodos efectivamente cotizados al Instituto de seguros Sociales y de esa entidad, por un total de 60 semanas cotizadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. Admisión:

El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad avocó el conocimiento de la actuación el 10 de octubre de 2016, ordenando la notificación y traslado a la parte accionada en la forma indicada en la ley.

2. Respuesta de la accionada:

El Vicepresidente Jurídico y Secretario General (E) de esa entidad expresó que la accionante presentó allí una petición el 10 de junio del presente año, en la cual solicitó una corrección de su historia laboral, sobre la misma se dio respuesta mediante oficio del 6 de septiembre.

Considera que la acción de tutela no es el mecanismo para la presentación de las inconformidades frente a la respuesta, pues le

asisten otros mecanismos administrativos y judiciales de defensa, toda vez que hasta el momento la accionante no ha hecho ninguna observación en la entidad frente a su desacuerdo.

Señaló que la petición de la señora Luz Dary fue resuelta de fondo, pero esto no quiere decir que la entidad esté obligada a acceder a lo pedido.

3. Sentencia:

Una vez la Juez A-quo realizó el estudio de la situación fáctica planteada, decidió mediante sentencia del 24 de octubre declarar la improcedencia de la presente acción constitucional, esto en atención al principio de residualidad, pues si bien la accionante agotó la vía administrativa ante Colpensiones, existe otro medio de defensa judicial que es ante la jurisdicción ordinaria laboral.

4. Impugnación:

Una vez enterada de la decisión, la accionante procedió a impugnarla, argumentando que por su edad merece una protección especial, aunado a sus afirmaciones sobre sus actuales condiciones económicas, lo que hace que el mecanismo ordinario de protección judicial resulte ineficaz dado el tiempo que tardan en resolverse este tipo de asuntos.

Además en la actualidad no cumple con la totalidad de semanas cotizadas para acceder a una pensión de vejez, y para cumplir con los requisitos necesitaría seguir cotizando aproximadamente por diez años más, situación que le queda imposible porque no tiene recursos económicos, ni estudios, que sumados a su edad le imposibilitan conseguir trabajo; por esta razón su única opción es solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Señala que acudir a la vía ordinaria resulta desproporcionado, al

tardarse de tres a cuatro años para reconocer unas semanas que está acreditando en el líbello petitorio de la tutela.

Por otra parte, menciona que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos constitucionales al negar el reconocimiento de las semanas cotizadas, pese a que algunas están acreditadas en su historia laboral en el I.S.S. y otras han sido negadas con base en la mora patronal, desconociendo que es esa entidad quien por mandato legal se debe encargar de la recepción del historial laboral que anteriormente le correspondió al I.S.S.

Igualmente refirió que la Juez de primera instancia no se pronunció sobre la mora en la que incurrió Colpensiones al no ejercer su facultad de cobro en contra de los empleadores que presentaban mora en el pago de sus aportes como trabajadora.

Solicitó revocar la decisión de primer grado, y en su lugar ordenar a Colpensiones reconocer y transcribir a su historia laboral todos los períodos cotizados tanto al ISS como a esa entidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia:

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

2. Problema jurídico:

El problema jurídico que gira alrededor del presente asunto, se concentra en establecer si la acción constitucional resulta procedente para ordenar a Colpensiones trasladar a la historia laboral de la señora Luz Dary Damián de Mafla las 60 semanas que

fueron cotizadas al I.S.S. en épocas pasadas, y que no reposan en su historial actualizado.

3. Solución:

De acuerdo con la Carta Política, Colombia es un Estado social y democrático de derecho, lo que se traduce en la concepción humanista del Estado que procura la promoción y mantenimiento de unas condiciones mínimas de existencia de los asociados, acordes con la dignidad de la persona, por ello, el reconocimiento de la primacía de los derechos y las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para la protección y aplicación de los mismos.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces, cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente señalados en la ley, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

Sobre la procedibilidad de la tutela:

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela sólo 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 consonancia con ello el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 indica que son causales de improcedencia de la acción de tutela, las siguientes:

"ARTICULO 6o. 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 encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión el conflicto propuesto, especialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo para determinar cuál es la norma a aplicar o inaplicar en cada caso concreto; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

"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 impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad."¹

El caso concreto:

En el presente asunto, pretende la señora Luz Dary que por vía de tutela se le dé solución a una controversia que presenta con Colpensiones, y en virtud de ello, se le ordene por parte del Juez constitucional a la encartada, la inclusión de varias semanas

¹ Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

cotizadas en su historia laboral, que según ella no fueron tenidas en cuenta por la actual administradora de pensiones pero que en su debido momento si fueron certificadas por el I.S.S., lo cual a su parecer debe prosperar teniendo en cuenta su edad, su falta de ingresos económicos y el haber agotado la vía administrativa.

A pesar de lo anterior, no puede perder de vista la Colegiatura que la acción de tutela no es la vía para que las personas resuelvan sus disputas en cuanto al sistema de seguridad social integral y las entidades administradoras de pensiones, ya que estos han de resolverse idóneamente a través de la jurisdicción ordinaria laboral, especialmente en casos como el presente donde no existe dentro del proceso nada que dé cuenta que la no intervención del Juez constitucional puede causar o generar un perjuicio irremediable a la actora.

Si bien es cierto, en una primera acción constitucional se le otorgó a la libelista el amparo de su derecho fundamental de petición, ordenando a la encartada emitir un pronunciamiento de fondo frente a su solicitud de corrección de historia laboral, esto no quiere decir que necesariamente el pronunciamiento haya tenido que ser favorable a sus intereses, adicionalmente, no se observa qué actuación ha desplegado para tratar de que sea conjurado el daño que según ella se le ha causado, pues si bien en la decisión de primera instancia se hace referencia al hecho de haber agotado la vía administrativa, en ese momento se hizo referencia a la solicitud inicial que elevó ante Colpensiones solicitando la pluricitada corrección de historial laboral, y referente a la respuesta dada a esa petición concreta, la accionante no ha manifestado ante la entidad su inconformidad, en otras palabras, a la vía administrativa se acudió frente a un evento diferente al que aquí se suscita.

Por lo tanto, es claro que la parte accionante está usando la tutela como un medio para omitir el tener que acudir a las vías ordinarias para solucionar allí las polémicas planteadas con Colpensiones.

Debe decirse también que, si bien es cierto la señora Luz Dary tiene 61 años, fue clara la Juez A –quo y con razón, al señalar que su edad no es un impedimento para acudir ante el Juez natural, teniendo en cuenta que a nivel jurisprudencial² se ha dejado claro que el criterio para deducir que una persona pertenece al grupo poblacional de la tercera edad, y por lo tanto es sujeto de especial protección constitucional es cuando tiene una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia, que no puede ser confundida con la edad en la que se cumple con el requisito para obtener una pensión de vejez, sumado a esto, es necesario que concurren las demás causales de procedibilidad de la acción de tutela.

En conclusión, se habrá de confirmar la decisión de primer nivel, al determinarse que no es este el medio adecuado al que debe acudir la accionante para obtener la corrección de historia laboral a la que ha hecho referencia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 24 de octubre de 2016 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora **LUZ DARY DAMIÁN DE MAFLA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

² Sentencia T-138 de 2010

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado



JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado



JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado



MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria