

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente
MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 3:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 0041

Radicación:	660013109006-2016-00118-01
Procedencia:	Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira
Accionante:	Alcira García (a través de apoderado judicial)
Accionado:	Consortio Colombia Mayor
Decisión:	Confirma

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la señora **ALCIRA GARCÍA**, accionante dentro del presente asunto, contra la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual negó la acción de tutela instaurada en contra del **CONSORCIO COLOMBIA MAYOR**.

ANTECEDENTES

El abogado Diego Alberto Medina Díaz, actuando en calidad de apoderado judicial de la señora Alcira García, instauró acción de tutela en contra del Consortio Colombia Mayor por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la seguridad social, conforme a los hechos que a continuación se relacionan:

- La señora Alcira tiene en la actualidad tiene 65 años de edad, pertenece al programa de hogares comunitarios del ICBF, y desde el 16 de marzo de 2001 su familia se encuentra vinculada como hogar sustituto.
- Registra cotizaciones en Colpensiones desde el 1º de junio de 1971, cuenta con 969.14 semanas cotizadas, según reporte actualizado al 19 de julio de 2016.
- Desde el mes de julio de 2002 el pago de sus cotizaciones se efectuó en el régimen subsidiado mediante la entidad Colombia Mayor, sin embargo, se le informó a la señora Alcira que a partir del mes de marzo de 2016 el Estado dejaría de pagar el subsidio de sus cotizaciones.
- Ante dicha decisión se desconoció la normativa vigente contenida en la Ley 509 de 1999, modificada por la Ley 2013 de 2006, por medio de la cual se disponen algunos beneficios a favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social y se otorga un subsidio pensional; con lo que se está dejando desprotegida frente a los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

En vista de lo anterior, solicitó ordenar a Colombia Mayor reincorporar a su prohijada al programa de subsidio pensional, y recibir las cotizaciones que por ese concepto la accionante realice, sin tener en cuenta su edad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el 9 de noviembre de 2016 y corrió el traslado a la accionada en la forma indicada en la ley, posteriormente, ante la respuesta emitida por dicha entidad ordenó la vinculación del Ministerio de Trabajo.

Finalmente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió mediante fallo del 21 de noviembre de 2016, no tutelar el

derecho fundamental invocado por la parte actora.

Su fallo tuvo fundamento en que a su consideración, la decisión del Consorcio Colombia Mayor de retirar a la señora Alcira del programa de subsidio a pensión, tuvo un soporte legal que es el establecido en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 3771 de 2007, en lo que se refiere al límite de edad para recibir el subsidio del cual era beneficiaria, y con base en ello, se tiene que esa causal es incontrovertible y tuvo razón el referido Consorcio al darle estricta aplicación a la misma.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

Una vez conoció la sentencia de primera instancia, el Representante Judicial de la señora Alcira García, presentó un memorial mediante el cual manifestó su inconformidad con la decisión.

Señaló que su prohijada se ha visto afectada ante la actuación de la encartada al dar aplicación a la norma sustancial de forma radical, sin dar la interpretación que se desprende de la lectura de la norma.

De esta forma, la decisión de primer grado argumenta que su representada se encuentra excluida de lo dispuesto para las madres comunitarias en la Ley 509 de 1999, al hacer una diferenciación entre la figura de madre sustituta y madre comunitaria; sin embargo, a su parecer, al tener ambas tantas similitudes en la labor desarrollada, y que es inclusive más complicada la labor que desempeña una madre sustituta, por lo tanto, al tener objetivamente la misma función, se deben aplicar de manera análoga los mismos beneficios.

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:

Le corresponde determinar a la Sala si el Consorcio Colombia Mayor ha vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Alcira García, al desvincularla del programa de Subsidio al Aporte en Pensión como madre sustituta.

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 las garantías inalienables del ser humano y el establecimiento de mecanismos efectivos para su protección.

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 birlados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de los particulares de manera excepcional, 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.

Para entrar a analizar el problema jurídico, hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario,

como por la legislación, de tal suerte que no degenera en abuso del derecho.

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela:

El artículo 86 constitucional indica que la acción de tutela 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 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 unos 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. En ese orden, el requisito de procedibilidad denominado residualidad, está dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos.

El caso concreto:

En el presente asunto, pretende el libelista que a través de esta acción constitucional se determine que el Consorcio Colombia Mayor está incurriendo en un error al dar aplicación a los presupuestos de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 3771 de 2007 referentes al límite de edad para recibir el subsidio del cual era beneficiaria la señora Alcira.

Su inconformidad radica en considerar que su poderdante debe ser cobijada por lo estipulado en la Ley 509 de 1999, que regula beneficios en favor de las madres comunitarias en materia de seguridad social, y según él, permite que a éstas se les otorgue el subsidio pensional del Estado durante tiempo indefinido, y sin importar su edad, hasta el momento en que cese su actividad como madre comunitaria, lo cual debe ser aplicado también a las madres sustitutas.

A pesar de lo anterior, esta Colegiatura advierte desde este punto, y sin necesidad de hacer un estudio más profundo, que a la señora Alcira García le asisten otros mecanismos de defensa judicial en la vía ordinaria; así, se tiene que existen acciones como la nulidad y restablecimiento del derecho, dentro de la cual existe incluso la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del acto

administrativo por medio del cual se retiró del pluricitado programa de subsidio pensional.

Lo anterior, como ya se dijo, imposibilita de entrada a esta Corporación para efectuar análisis de fondo sobre el asunto, pues como se dijo en párrafos anteriores, la única posibilidad que le permite al Juez Constitucional intervenir en sede de tutela, y evadir los medios judiciales existentes y ordinarios establecidos por el legislador, sería si a simple vista se pudiera advertir la posible causación de un perjuicio irremediable, que sólo hallara solución por esta vía, lo que no ocurre en esta oportunidad, sobre todo, si se tiene en cuenta que la accionante no agotó en su momento los recursos que tuvo a su alcance, pues según la constancia¹ de notificación personal que se le realizó del acto administrativo que resolvió retirarla de su condición de beneficiaria del programa de aporte en pensión, se le advirtió que contra esa decisión procedía el recurso de reposición ante el Gerente General del Consorcio Colombia Mayor, pese a lo cual decidió guardar silencio, lo cual deja ver claramente que no se agotaron las instancias administrativas ordinarias, que eran el escenario natural para atacar las consideraciones del Consorcio, lo que se deriva en la improcedencia de la acción de tutela.

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,

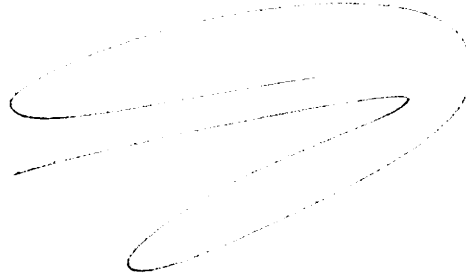
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Penal de Circuito de Pereira, el 21 de noviembre de 2016, dentro de la acción de tutela promovida por la señora ALCIRA GARCÍA, a través de apoderado judicial, en contra del CONSORCIO COLOMBIA MAYOR.

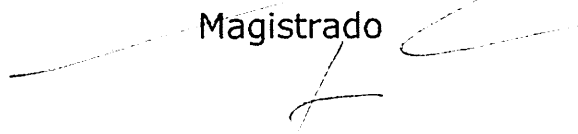
¹ Ver folio 34

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.

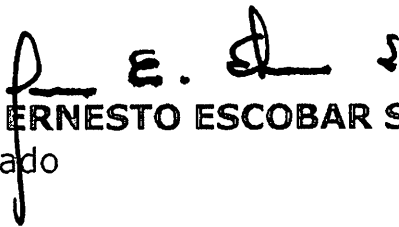
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



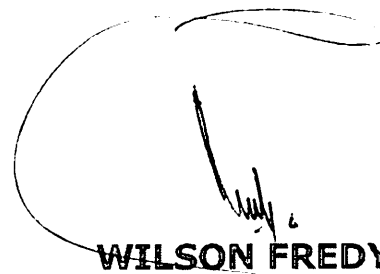
MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado



JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado



JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado



WILSON FREDY LÓPEZ
Secretario