El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.**

… el inciso 3º del artículo 86 Superior… indican que la acción pública de tutela es un mecanismo subsidiario o residual, que no procede cuando al accionante le asiste otro mecanismo judicial, salvo que se logre evidenciar dentro de la petición que este último resultaría ineficaz y poco idóneo frente a la afectación de los derechos invocados, o que de procederse a él, se estaría poniendo al solicitante ante el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable.

… se parte de la premisa consistente en que los conflictos de orden laboral, o aquellos relacionados con el sistema de seguridad social integral, tienen dispuesta una jurisdicción especial, que es la ordinaria laboral, la cual está diseñada para zanjar este tipo de asuntos de primera mano, tornándose en la vía natural a la que por regla general debe acudir quien pretenda controvertir una decisión de la administración de esta naturaleza…

… en el escenario de la tutela, la Sala de Decisión de Asuntos Laborales del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira… sostuvo en sentencia del 22 de junio de 2018 lo siguiente:

“(…) Partiendo de tales supuestos, estima la Sala que tal como lo afirmó la entidad accionada, en este asunto no se satisface el requisito de procedibilidad para solicitar por intermedio de este amparo constitucional la corrección de la historia laboral, pues el actor cuenta con un mecanismo idóneo para ventilar este tipo de controversia, como es, la justicia ordinaria laboral…”

**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, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

Hora: 2:20 p.m.

Aprobado por Acta No. 488

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-07-001-2020-00022-01 |
| **Procedencia:** | Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira |
| **Accionante:** | LUIS CARLOS MONSALVE CARDONA |
| **Accionado:** | Colpensiones |
| **Decisión:** | Confirma |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el señor **LUIS CARLOS MONSALVE CARDONA**, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira en las calendas del 19 de mayo de 2020, mediante el cual resolvió declarar improcedente la solicitud de amparo constitucional promovida por el recurrente en contra de **COLPENSIONES**.

**ANTECEDENTES:**

Narró el accionante que:

* Nació el 3 de diciembre de 1950, por lo que en la actualidad tiene 68 años de edad.
* Se afilió al ISS, hoy Colpensiones, desde el 1º de enero de 1978.
* Ingresó a laborar en la empresa Inversiones La Unión Ltda., en liquidación, desde el 1º de enero de 2002, hasta el 24 de septiembre de 2005.
* Acorde con lo consignado en la historia laboral de Colpensiones, se evidencia que los aportes de ese período fueron recibidos en la entidad, pero no fueron cargadas las semanas correspondientes, razón por la que el 15 de febrero de 2019 radicó ante la administradora de Pensiones una solicitud de corrección de historia laboral, para que le fueran cargados los ciclos faltantes.
* Mediante Oficio SEM2019-114207 del 27 de marzo de 2019, Colpensiones dio respuesta a su solicitud informándole que los ciclos fueron pagados por Inversiones La Unión Ltda. para una fecha en que no existía la relación laboral, además, le indicaron que se requiere copia de la afiliación realizada por el empleador ante esa entidad, o cálculo actuarial con pago expedido por Colpensiones, para así acreditar dichos períodos.
* A través de correo electrónico del 10 de mayo de 2019, el accionante solicitó a la empresa Inversiones La Unión Ltda. que allegara la documentación requerida por Colpensiones, petición ante la cual no recibió ninguna respuesta, por lo que tuvo que reiterarla el 21 de junio de 2019.
* Mediante escrito del 4 de septiembre de 2019, la empresa le dio respuesta indicándole que no contaba con la información reclamada, dado que ya habían transcurrido más de 13 años; de igual manera, le contestaron que al momento de realizar el pago de los aportes que la empresa presentaba en mora, Colpensiones no se negó a recibirlos, ni tampoco procedió a realizar su devolución ni a solicitar cálculo actuarial, por lo que la empresa no lo realizó.
* El 27 de noviembre de 2019 el accionante presentó ante Colpensiones una nueva solicitud de corrección de historia laboral, frente a la cual recibió respuesta el 22 de enero de 2020, en la que nuevamente se negaban a corregir los tiempos pagados extemporáneamente por la empresa Inversiones La Unión Ltda.
* Refirió el accionante que es cierto que para la fecha del pago de las cotizaciones por parte de su antiguo empleador, no existía ya el vínculo laboral que les dio origen, pero esto no quiere decir que no se pudieran realizar con posterioridad, porque los mismos se cancelaron con los respectivos intereses por mora.
* Así mismo, sostuvo que él es beneficiario del régimen de transición; que desde el 2011 cumplió con los requisitos para obtener una pensión, situación que no ha sido posible, en primera instancia por la mora en el pago de los aportes presentado por el empleador Inversiones La Unión Ltda., y en segunda, por la negativa de Colpensiones de acceder a la corrección de su historia laboral.

**PRETENSIONES:**

Acorde con los hechos narrados en precedencia, el accionante pidió el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana, vida digna, seguridad social y mínimo vital, y como consecuencia de ello, se le ordene a Colpensiones que proceda a realizar la corrección de su historia laboral, acorde con el pago realizado por su antiguo empleador Inversiones La Unión Ltda.; o que en el evento en que resulte indispensable la realización de un cálculo actuarial, se le ordene a Inversiones La Unión Ltda. que adelante dicho trámite ante Colpensiones, a fin de cargar correctamente los períodos faltantes en su historia laboral.

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

**1. Admisión:**

El Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira avocó el conocimiento de la presente actuación en las calendas del 6 de mayo de, fecha en la que ordenó correr traslado del escrito de tutela y sus anexos a Colpensiones y la empresa Inversiones La Unión Ltda.

**2. Intervenciones:**

Dentro del término de traslado la **AFP COLPENSIONES** presentó un escrito signado por la Dra. Malky Katrina Ferro Ahcar, Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones, mediante el cual indicó que mediante oficio BZ\_2020\_4776566 del 11 de mayo de 2020 le dio una nueva respuesta al accionante frente a su asunto, en la que se le insistió que: “*Tal como se le informó en su momento, los ciclos 2002/01 a 2005/02, fueron cancelados por el empleador INVERSIONES LA UNIÓN LIMITADA EN LIQUIDADA NIT 891902687 de forma extemporánea en 2018/07, fecha para la cual no tiene relación laboral con dicho empleador, razón por lo cual los ciclos solicitados no se contabilizan en la Historia Laboral. Nos encontramos a la espera de que el empleador se acerque a uno de nuestros puntos de atención al ciudadano a fin de validar y realizar el estudio del cálculo actuarial, para de ser procedente efectuar la liquidación correspondiente. Igualmente, es de vital importancia que en el momento en el cual el empleador solicite la liquidación del cálculo se informe que dicho proceso se realiza teniendo en cuenta que se* *efectuaron aportes de forma extemporánea para el periodo 2002/01 a 2005/02, a fin de que dichos aportes sean tenidos en cuenta en el estudio del cálculo”.*

El Representante Legal de la empresa **INVERSIONES LA UNIÓN LTDA.**, Sr. Jaime Rodrigo Escobar López, se pronunció frente a los hechos de la demanda argumentando que siempre ha cumplido con sus obligaciones frente a sus empleados, que en el caso del accionante, si en algún momento la empresa incurrió en mora para presentar los pagos a seguridad social, esta ha quedado subsanada con el pago posterior de los mismos junto con los intereses moratorios que se causaron, los cuales fueron recibidos por Colpensiones, por lo que escapa de su injerencia el hecho de que esta entidad del Estado recibiera el dinero y no lo cargara a las semanas de cotización del ahora accionante.

Por otro lado, manifestó que la empresa contestó el derecho de petición del accionante informándole que era imposible conservar el archivo físico con toda la información de los trabajadores, puesto que se está pidiendo archivo físico de más de 10 años.

Aseguró que no es necesario realizar un cálculo actuarial, porque los aportes se realizaron por el período contratado, pero de manera extemporánea y con el pago de los intereses moratorios.

De igual manera, aseguró que el accionante ya ha promovido acción de tutela bajo los mismos supuestos fácticos, la cual fue despachada desfavorablemente por un Juzgado de Manizales, pero le ordenaron a Colpensiones que resolviera de fondo la solicitud del accionante.

Finalmente expresó que en este caso no se cumple con el presupuesto de subsidiariedad de la tutela.

**3. Sentencia:**

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, el Despacho *A quo* resolvió mediante sentencia del 19 de mayo de 2020 declarar improcedente la solicitud de amparo constitucional, al concluir que no se cumplió con el presupuesto de subsidiariedad. Además, la falladora puntualizó que el debate propuesto por el accionante no es nada pacífico, de allí que en este escenario no resulte plausible predicar que lo solicitado corresponde a un derecho adquirido e irrefutable, a partir del cual Colpensiones estuviera obligado a corregir el reporte de las semanas cotizadas, incluyendo aquellas que fueron pagadas de manera extemporánea.

También sostuvo la Juez que, pese a lo dicho por el antiguo empleador del accionante, en relación con el pago extemporáneo de los aportes a seguridad social, se observa que dicha gestión fue realizada de manera unilateral e inconsulta, en otras palabras, no estableció por el canal oficial los valores que corresponden a cada período según el cálculo actuarial, lo cual es una obligación que debe asumir todo empleador cuando omite el pago oportuno de cotizaciones, indistintamente a sus razones.

Asimismo, aseguró que la configuración del vínculo laboral es ajena a la acción de tutela, porque este es un derecho que debe ser declarado por el Juez Ordinario.

De otro lado, argumentó que no puede aceptarse el argumento consistente en que el accionante depende del reconocimiento de una pensión de vejez para subsistir, por cuanto desde el 2011 cumplía con los requisitos para ello, pues está claro que hasta ahora él tan solo cuenta con una mera expectativa, que entre otras, depende del litigio que en esta oportunidad y por este medio pretende zanjar.

Finalmente, dijo que no se acredita la inmediatez, porque la omisión que el accionante menciona como vulneradora de sus derechos, data del mes de febrero de 2005, y el supuesto pago extemporáneo de aportes se dio en el mes de julio de 2018.

**4. Impugnación:**

Inconforme con la decisión de instancia, el accionante presentó dentro del término legalmente previsto un escrito mediante el cual la impugnó, acorde con los siguientes argumentos:

Argumentó el recurrente que la ausencia del vínculo laboral predicado por la entidad accionada no es más que un acto de mala fe, que además contradice sus propias aseveraciones en las certificaciones que fueron anexadas como documentos probatorios en la presente actuación, lo que a su vez devela una vulneración al debido proceso por parte del Despacho sustanciador, quien no se detuvo a valorar dichas pruebas, y por el contrario, en su análisis abordó circunstancias que no eran materia del debate por él propuesto, porque sus requerimientos estaban encaminados a obtener el debido pago de los aportes como lo exige Colpensiones, a través del cálculo actuarial, y no a la confirmación de que se hubieran presentado labores en dichos períodos, tanto es así que en ninguna de las respuestas la accionada alegó la ausencia del vínculo laboral para los períodos mal cargados, sino la ausencia de afiliación al SGSS y al pago extemporáneo de aportes sin cálculo actuarial porque Colpensiones los recibió sin objeciones, lo que no daba vía libre para que la Juez se refiriera a un hecho que ya estaba aceptado y confirmado.

Por otro lado, en relación con la entidad sobre la cual recae la responsabilidad de cargar en debida forma los períodos, aunque esta no es una atribuible a Colpensiones, porque Inversiones La Unión Ltda. no cuenta con una afiliación, lo cierto es que dicho trámite fue creado para que los empleadores morosos realizaran el pago de aportes que no se hicieron en su momento, carga administrativa que él no está en la obligación de soportar.

Finalmente, en relación con el presupuesto de la inmediatez, el mismo debe ser tenido en cuenta desde el 22 de enero hogaño, fecha en que recibió la última respuesta por parte de Colpensiones.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

* **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 1983 de 2017.

* **Problema jurídico:**

El problema jurídico del presente asunto, gira en torno a establecer si la acción de tutela resulta ser el mecanismo judicial adecuado para ordenarle a Colpensiones que incluya en la historia laboral del señor Luis Carlos Monsalve Cardona, los ciclos de cotización al SGSS que uno de sus antiguos empleadores pagó de manera extemporánea; o para ordenarle a dicho empleador que adelante las gestiones administrativas ante Colpensiones para acceder a dicho fin en sede administrativa.

* **Solución:**

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 Superior, reglamentada por el Decreto Ley 2591 de 1991, es el mecanismo judicial diseñado para brindar a los ciudadanos colombianos la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales transgredidos por la acción o la omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados 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.

Ahora, aunque este trámite preferente es un derecho Constitucional, y como tal, puede ser reclamado por cualquier persona, en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esa facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

En ese orden de ideas, el inciso 3º del artículo 86 Superior, así como los artículos 6º y 8º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción pública de tutela es un mecanismo subsidiario o residual, que no procede cuando al accionante le asiste otro mecanismo judicial, salvo que se logre evidenciar dentro de la petición que este último resultaría ineficaz y poco idóneo frente a la afectación de los derechos invocados, o que de procederse a él, se estaría poniendo al solicitante ante el riesgo de sufrir un perjuicio irremediable.

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, 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; 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 de ideas, el Juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va 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.

*“… cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii)* ***que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias****; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados…”.[[1]](#footnote-1)*

Así las cosas, se parte de la premisa consistente en que los conflictos de orden laboral, o aquellos relacionados con el sistema de seguridad social integral, tienen dispuesta una jurisdicción especial, que es la ordinaria laboral, la cual está diseñada para zanjar este tipo de asuntos de primera mano, tornándose en la vía natural a la que por regla general debe acudir quien pretenda controvertir una decisión de la administración de esta naturaleza. Al respecto, el # 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social señala que: *“La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.*

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia T-381 de 2017, M.P Carlos Bernal Pulido, lo siguiente:

*“28. Encuentra la Sala que si bien los hechos expuestos plantean un problema que puede tener relevancia constitucional por la posible afectación de intereses iusfundamentales estrechamente relacionados con la seguridad social, la acción no supera el análisis de subsidiariedad sobre el que se ha hecho referencia en las consideraciones de la presente providencia, por las siguientes razones.*

*29.* ***El accionante no ha hecho uso de las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento legal para perseguir sus pretensiones de corrección de historia laboral*** *y reconocimiento de pensión de vejez ante la jurisdicción ordinaria laboral, instancia que se considera idónea y eficaz por brindar los mecanismos de defensa necesarios para que se diriman las controversias relativas a las prestaciones sociales de los trabajadores.* ***Sobre este asunto, la Corte ha sido enfática en reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos.***

***30. Específicamente, el accionante, quien se ha limitado a actuar exclusivamente en sede administrativa, cuenta con un medio judicial idóneo, eficiente, expedito y eficaz como es el de instaurar la respectiva demanda laboral ante los jueces de esta materia existentes en el país****, de conformidad con lo previsto en el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, el cual prescribe que la Jurisdicción Ordinaria Laboral conoce, entre otras, de las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, asuntos que se tramitan mediante el sistema judicial de oralidad.”*

De igual manera, en el escenario de la tutela, la Sala de Decisión de Asuntos Laborales del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, con Ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, sostuvo en sentencia del 22 de junio de 2018 lo siguiente:

*“En el sub-lite, el señor Montaña Cortes considera que la entidad accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, al no acceder a su solicitud de corrección y actualización de su historia laboral respecto a los tiempos de servicio laborados con el patronal Luz Stella Ruiz Ramírez desde el mes de noviembre de 1997 a enero de 1999, lo cuales aduce, fueron debidamente cancelados, pues pese a las diferentes solicitudes que ha presentado para lograr tal cometido, no ha sido posible que la entidad proceda de conformidad. (…)*

*Partiendo de tales supuestos,* ***estima la Sala que tal como lo afirmó la entidad accionada, en este asunto no se satisface el requisito de procedibilidad para solicitar por intermedio de este amparo constitucional la corrección de la historia laboral, pues el actor cuenta con un mecanismo idóneo para ventilar este tipo de controversia, como es, la justicia ordinaria laboral, máxime cuando es evidente que ante la disimilitud en la información que poseen las partes, es menester la presencia del empleador en aras de que aclare si sostuvo o no vinculación laboral con el actor, y en caso de mora por el impago de aportes a pensión, se haga responsable de las obligaciones a su cargo.”***

En ese orden de ideas, se hace palmario que lo que busca la parte accionante es saltarse el debido proceso para este tipo de asuntos, a pesar de que sabe que lo que debe hacer es acudir a la vía jurisdiccional que tiene a su alcance, en vez de pretender que por medio de la tutela, en un término tan perentorio, se desate un litigio que necesariamente debe ser debatido ante las autoridades competentes.

Lo dicho hasta ahora es suficiente para llevar a esta Colegiatura a concluir que la acción de tutela resulta improcedente, como se partió diciendo inicialmente, al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, ni tampoco observarse el perjuicio irremediable que hubiera permitido pasar por alto aquel; de acuerdo a ello, la decisión evaluada se habrá de confirmar.

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 1º Penal del Circuito Especializado de Pereira, con ocasión de la acción de tutela promovida por el señor **LUIS CARLOS MONSALVE CARDONA** en contra de **COLPENSIONES** y otro, acorde con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**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

1. Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-1)