



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO
CARRERA 44 N° 38-11 EDIFICIO BANCO POPULAR PISO 4
ccto16ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
BARRANQUILLA – ATLÁNTICO.

JUZGADO DIECISÉIS CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla marzo diecinueve (19) de dos mil veintiuno (2021).

REFERENCIA: TUTELA (SEGUNDA INSTANCIA)

RADICACIÓN: 08001-41-89-006-2020-00445-02

DEMANDANTE: SANTOS MOLINARES MANGA

DEMANDADOS: COLPENSIONES Y ELECTRICARIBE S.A.

ASUNTO

Se decide la impugnación interpuesta frente a la sentencia proferida el 16 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples Localidad Suroccidente de Barranquilla, negó en su totalidad las solicitudes de amparo tutelar deprecadas por el señor SANTOS MOLINARES MANGA, quien actúa por conducto de apoderado judicial, en contra de la entidad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., en dónde se vincularon a COLPENSIONES y al FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA S.A. E.S.P. «FONECA».

ANTECEDENTES

1.- El gestor suplicó la protección constitucional de sus derechos fundamentales al «*debido proceso*» e igualdad, presuntamente vulnerados por la empresa acusada.

2.- Arguyó, como sustento de su reclamo, en síntesis, lo siguiente:

2.1.- Refiere, el accionante que «*mediante sentencia judicial se [le] reconoció el derecho pensional convencional de jubilación [...] a partir del 05 de agosto de 2005*», explicando que el anterior «*reconocimiento pensional el cual es de origen convencional no contempla la compartibilidad pensional de la misma con la pensión de vejez, si no por el contrario que las mismas sean compatibles y ambas sean canceladas respectivamente*».

2.2.- En boga a ese particular entendimiento de esas prestaciones pensionales, el accionante enfatiza que *«[e]n virtud de dicho reconocimiento y aplicación de la Ley 4 de 1976, se debe aplicar a [su] mesada pensional un incremento por valor no inferior a los cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes, [y considera] [que] la decisión emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de la ciudad de Barranquilla [respalda su postura]»*, sumado a ello afirma que *«[d]icho incremento pensional a las mesadas teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020, se estable en el tope de cuatro millones trescientos ochenta y nueve mil quince pesos (\$4.389.015)»*.

2.3.- A la par, que el actor le imputa a *«[l]a empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P.- ELECTRICARIBE [que] aplicó erróneamente la Ley al darle a la pensión a que tengo derecho la compartibilidad pensional, [debido a que en su opinión] la Ley 4 de 1976 consagra que las mismas no deben ser aplicadas de esta forma si no que la extralegal se constituye en un beneficio adicional a la pensión que se adquiere con el Administradora de Fondo de pensiones»*; además, el gestor narra que *«[m]ediante Resolución radicado No. 2018_9562798 COLPENSIONES reconoce el derecho pensional de vejez [a su favor] a partir del 5 de agosto de 2018»*.

2.4.- Sin embargo, el tutelante aún se muestra inconforme con el tratamiento legal prodigado a su pensión de vejez, es por ello que *«[a] través de derecho de petición presentado el día 26 de septiembre de 2019, a la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P.- ELECTRICARIBE, solicit[ó]»*, en primer lugar, que se le *«cancel[e] los valores correspondientes a mesadas pensionales y mesadas adicionales dejadas de cancelar a la pensión extralegal, motivo de haberla compartido con Colpensiones a partir de julio de 2018, y hasta que se restablezcan [sus] derechos»*, para en segundo término, pedir que se le *«cancele a [su] favor los intereses de acuerdo a lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993»* y que se *«cese la vía de hechos causada por compartir la pensión extralegal cuando esta había sido incrementada por sentencia judicial, la cual establece que esto no puede ser concedido por un valor NO inferior a los cinco salarios mínimos mensual legal vigente»*.

2.6.- Una vez enterado de dicha petición elevada por el señor MOLINARES MANGA, acaeció que *«la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P.- ELECTRICARIBE, mediante escrito de fecha 18 de octubre de 2019 dio respuesta*

a la petición presentada por [el actor] negando las peticiones planteadas en [su] escrito, [actitud que juzga le ha] violentando flagrantemente [sus] derechos constitucionales, legales y convencionales».

2.7.- En ese orden de sucesos, el accionante estima desacertada la postura asumida por ELECTRICARIBE, porque en su sentir y conforme a lo que mencionó «en la petición elevada el día 26 de septiembre de 2019, [estima que] es de suma importancia resaltar que la sentencia T-374 de 2016 señala que [...] “si bien algunos de los accionantes tienen pensión compartida entre ELECTRICARIBE SA ESP Y COLPENSIONES esta última aplicó un régimen distinto al convencional empleado por la accionada, para el reconocimiento de las pensiones, que de ninguna manera se verá afectado el presente caso, en ese orden de ideas no le asistiera interés alguno a Colpensiones de hacerse parte del proceso, más aun cuando en sede de revisión no se advierte que su intervención sea indispensable para la solución del caso concreto”».

2.8.- Finalmente, el promotor recalca que «en la actualidad [...] tiene 64 años, lo que lo convierte en una persona vulnerable al ser de la tercera edad, y al gozar de la protección que contempla la LEY 1850 DE 20172 , así mismo [indica] que en la actualidad es cabeza de su núcleo familiar y la dependencia económica de él y de su familia depende del sustento que obtuvo de sus años laborados y que se materializaron en el reconocimiento pensional, es por ello que pretende por medio de este mecanismo judicial la protección de sus derechos» y alude a los dictados de la sentencia T-0009 de 2019 emitida por la Corte Constitucional.

3.- Pidió, conforme lo relatado, que se «...amparen [sus] derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital; y como consecuencia de la anterior declaración, ruega que se «[ordene] a Electricaribe S.A. E.S.P. [...], [se sirva] cancelar los valores correspondientes a mesadas pensionales y mesadas adicionales dejadas de cancelar a la pensión extralegal, motivo de haberla compartido con Colpensiones a partir de julio de 2018, y hasta que se haga efectiva y materialmente el restablecimiento de [sus] derechos», también que se le paguen los intereses causados conforme a lo estipulado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y «ordenar a la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P.- ELECTRICARIBE que en el marco de la protección a los derechos fundamentales invocados cesen toda acción de vías de hechos causada por compartir la pensión extralegal cuando esta había sido incrementada por sentencia judicial, la cual

establece que esto no puede ser concedido por un valor NO inferior a los cinco salarios mínimos mensual legal vigente».

4.- Mediante proveído de 23 de noviembre de 2020, el *a quo* admitió la solicitud de protección y vinculó a COLPENSIONES y el 10 de diciembre de 2020 negó las pretensiones tutelares invocadas e inconforme con esa determinación el accionante impugnó el fallo y pidió la nulidad de la tramitación.

5.- El despacho mediante el auto adiado 27 de enero de 2021, decretó la nulidad de todo lo actuado y se le ordenó al *a quo* que vinculase a la entidad al FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA S.A. E.S.P. «FONECA».

6.- El Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples Localidad Suroccidente de Barranquilla, emitió de auto de obediencia a lo dispuesto por el estrado, el día 30 de enero de 2021, y una vez el *a quo* realizó todas las tareas de notificaciones de rigor al vinculado omitido y a los restantes intervinientes, es que emitió nuevamente el fallo el día 16 de febrero de 2021, en dónde negó las pretensiones tutelares invocadas e inconforme con esa determinación el accionante impugnó el fallo.

LAS RESPUESTAS DEL ACCIONADO Y DE LOS VINCULADOS

1.- La entidad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., con evocación de varias de sentencias de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, alegó y pidió que se declarará improcedente el amparo deprecado, por varias razones, que expone en amplitud en su escrito de réplica, en dónde alega tres motivos de fracaso del amparo, los cuáles denomina «falta de legitimación en la causa por pasiva», «justificación legal de la compartibilidad» e «improcedencia de la acción de tutela porque no se cumple con el requisito de la subsidiariedad».

En primera medida, la empresa accionada alega que carece de legitimación en la causa por pasiva, porque «mediante [el] Decreto No. 042 del 16 de enero de 2020, la Nación, a través del Fondo Nacional del Pasivo Pensional y Prestacional de la Electricadora del Caribe S.A. E.S.P.–FONECA, asumió el pasivo pensional de Electricaribe a partir del 01 de febrero de 2020», aprovechando la oportunidad para transcribir la totalidad del artículo 1º de ese decreto, igualmente, se dedica a reproducir los párrafos 1 y 2 del artículo 2.2.9.8.1 del aludido Decreto, en

aras de apoyar su conclusión, consistente que allí «se señala que la administración del pasivo pensional y prestacional comprenderá el reconocimiento derechos, las reliquidaciones pensionales, a que haya lugar, la inclusión novedades de nómina, el pago de las prestaciones, y todas aquellas actividades que hagan de la gestión del pasivo pensional y prestacional. Adicional, el parágrafo 2 establece la autonomía del FONECA en la gestión del pasivo, su pago, la defensa judicial necesaria, entre otras actividades necesarias para la eficiente gestión del pasivo prestacional. Así las cosas, es evidente que lo pretendido por el accionante no se encuentra a cargo de Electricaribe S.A ESP., por lo que en cuanto a mi representada se refiere existe carencia de legitimación en la causa por pasiva» y cita para esos propósitos el fallo T-247 de 2007 dictado por la Corte Constitucional.

En cuanto, al segundo medio defensivo titulado «justificación legal de la compartibilidad», arguye que «la Electrificadora del Caribe le concedió pensión de jubilación al señor SANTO MOLINARES MANGA a partir del 05 de agosto de 2007 mediante documento de fecha 01 de noviembre de 2007 y continuó realizando la totalidad de los aportes por pensión para compartir posteriormente la prestación con el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES. En dicho documento se señaló lo siguiente: “La pensión aquí reconocida se mantendrá por parte de la empresa hasta cuando el ISS o La entidad que haga sus veces le conceda la pensión de vejez, a partir de esa fecha la empresa pagará solamente el mayor valor si los hubiere, siendo a favor de la compañía el retroactivo que se llegue a generar», igualmente, trae a cuento que al señor SANTOS MOLINARES «una vez cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejes, se inició el trámite correspondiente y mediante Resolución No. 2018_9562798, COLPENSIONES, [se] le reconoció pensión de vejes compartida a partir del 5 de agosto de 2018».

En adición a lo anterior, el accionado glosa el artículo 105 de la Convención Colectiva de ELECTRICARIBE con sus trabajadores, entre los que se incluye el accionante, así como el artículo 5 del Decreto 2879 de 1985, para sustentar que la «jurisprudencia tiene establecido que las pensiones extralegales y voluntarias, concedidas directamente por el empleador con antelación al 17 de octubre de 1985 son por regla general compatibles con las pensiones legales otorgadas por el entonces ISS a no ser que en el acto administrativo, en la convención o pacto colectivo esté estipulado que dichas prestaciones no serán concurrentes con las que confiere dicho Instituto. En contraste, se ha proclamado que las pensiones convencionales y/o extralegales o voluntarias concedidas directamente por el

empleador con posterioridad al 17 de octubre de 1985, tienen la vocación de ser compartibles con las de vejez otorgadas por el otrora ISS a no ser que en la respectiva convención, pacto colectivo etc. Se haya estipulado que dichas prestaciones NO tendrían el carácter de compartibles, o dicho en otros términos, serían concurrentes», sustentando su posición en lo estipulado en la Sentencia 8 de mayo de 2007 con radicación 28.623 con ponencia del magistrado CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

Concluyendo con esos fundamentos legales y jurisprudenciales, que en su sentir *«resulta plenamente demostrado que le asiste el carácter de compartibilidad a la pensión de vejez otorgada al señor Santo Molinares Manga, motivo por el cual sus pretensiones elevadas en esta acción de tutela no tienen vocación de prosperar».*

Por último, tercer cargo, que se finca en la alegación de la *«improcedencia de la acción de tutela porque no se cumple con el requisito de la subsidiariedad»,* la cual se fundamenta en que *«el accionante debe acudir primero a los medios procesales judiciales o administrativos disponibles para la protección de sus derechos, en procura de mantener la competencia del Juez natural del asunto. Empero, si no existen medios judiciales, o los existentes no resultan eficaces e idóneos para la protección expedita de los derechos fundamentales, se podrá interponer acción de tutela y, dada la relevancia constitucional del asunto, la alteración de la competencia resulta justificada constitucionalmente»,* de allí que preconiza que *«en el caso sub examine, el accionante persigue la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales estima vulnerados por la compartibilidad pensional consagrada. En este sentido, con la presente acción el accionante solicita que se declare la compatibilidad en las pensiones de naturaleza legal»;* por lo tanto, *«se observa con claridad que lo que se pretende con la presente acción de tutela va más allá de una eventual vulneración a al mínimo vital y seguridad social, que repito, no es competencia de mi defendida, de fondo, lo que se busca es propiciar el pago en compatibilidad de acreencias pensionales, razón por lo cual se torna improcedente el estudio de fondo de la acción de tutela de la referencia».*

Y, que el accionado en su juicio *«no existe duda de que las pretensiones elevadas por el accionante tienen un contenido económico y guardan relación material con asuntos pensionales, esto es, sobre la no compartibilidad de la pensión extralegal del accionante y se declare la compatibilidad en las pensiones*

de naturaleza legal con la convencional del accionante. Por ello, resulta claro que el conocimiento sustancial de este asunto corresponde al Juez Ordinario Laboral encaminado por el mecanismo judicial previsto para el efecto y, en consecuencia, el estudio de la presente acción de tutela se torna improcedente. Dicho de otra manera, como el accionante acudir ante el juez de la jurisdicción laboral para solicitar el pago de las acreencias pensional, medio judicial de defensa que resulta eficaz, idóneo y efectivo para la protección de sus derechos fundamentales, esta acción de amparo se torna improcedente».

2.- La entidad COLPENSIONES, empieza por precisar que «*la ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P., reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a favor del señor(a) MOLINARES MANGA SANTOS, identificado(a) con CC No. 8,693,263, efectiva a partir del 05 de agosto de 2007*», que «*el (la) señor(a) MOLINARES MANGA SANTOS, [...], solicita el 8 de agosto de 2018 el reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de VEJEZ de carácter compartida, radicada bajo el No 2018_9562798*», sumado a que «*una vez revisado [las] bases de datos [de esa entidad], se evidenció que el accionante acredita un total de 12,214 días laborados, correspondientes a 1,744 semanas*», amén que puntualiza «*de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, “Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados Pensiones de JUBILACIÓN reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si los hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al Pensionado”*», y alude al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Del mismo modo, el accionado alude que «*como quiera que, si se cumple con el requisito de la edad y semanas requeridas de cotización, se procedió a realizar la liquidación de la prestación reconocida. Que para obtener el ingreso base de cotización de la presente prestación, se toman los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994, según el caso*», de tal suerte que con fundamento en esas normas jurídicas es que «*mediante la Resolución No SUB 232851 del 04 de*

Septiembre de 2018 – COLPENSIONES ordenó el reconocimiento de una Pensión de Vejez de carácter Compartida, reliquidada mediante la Resolución SUB 156874 del 18 de junio del 2020».

Todo ese recuento de hechos, lo emprende COLPENSIONES para aseverar que en su consideración *«es visible que Colpensiones, ha obrado hasta la fecha de forma responsable y en derecho, toda vez que los actos administrativos proferidos por esta entidad, se refleja el debido estudio y la respuesta debidamente motivada a la petición impetrada relacionada con el reconocimiento de Pensión de Vejez sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que si el accionante presenta desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial».*

Abundando en razones, COLPENSIONES explica que con *«[r]especto al tema de legalidad de los actos administrativos emitidos por esta administradora el artículo 88 ibídem señala: “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”*», para concluir que *«[s]i bien es cierto, la razón de ser de la tutela radica en la vulneración de los derechos fundamentales como consecuencia de una acción u omisión imputable, no es posible jurídica ni materialmente atribuir a Colpensiones dicha responsabilidad cuando el interesado pretende acudir a esta instancia judicial sin haberlo agotado antes a través de los correspondientes recursos ante la jurisdicción ordinaria».*

Y, finaliza con la reafirmación de su alegato de la existencia de contravención al postulado de la subsidiariedad, cuando refiere que *«de tal manera que, el no agotamiento de las demás vías pertinentes para solucionar los hechos por lo que se avoca la acción de tutela genera su vez la inexistencia de la acción u omisión en cabeza de Colpensiones, acontecimiento que resulta determinante para declarar la IMPROCEDENCIA de la acción como es del caso, en que el señor SANTOS MOLINARES MANGA acudió a la vía de tutela para obtener el reconocimiento y pago de mesadas causadas por pensión extralegal de jubilación».*

3.- EL FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA S.A. E.S.P. «FONECA» guardo silencio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples Localidad Suroccidente de Barranquilla, negó el amparo al promotor de sus prerrogativas invocadas en sede tutelar por considerar que con respecto a sus reclamos éstos se tornan improcedentes por el no acatamiento del postulado de la subsidiariedad, porque a juicio de dicha agencia judicial, éste ha operado porque *«en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la Acción de Tutela, también se ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial y ha señalado que: “no es propio de la Acción de Tutela el (de ser un) medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los Jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos Constitucionales fundamentales”*». Apoyando tal razonamiento con la citación de la sentencia SU-961 de 1999 emitida por la Corte Constitucional.

Igualmente, trae a colación que *«tratándose de controversias relacionadas con procesos laborales, cuyos conflictos, en principio, deben ser resueltos ante la jurisdicción laboral, ellos se caracterizan por contemplar instrumentos y herramientas para que los interesados tengan la oportunidad de reclamar sus derechos y, en dichas vías se otorgan amplias oportunidades para solicitar o controvertir pruebas y si se considera necesario interponer recursos*», lo que en su criterio ha acontecido en autos que los recursos ordinarios son suficientes para atender las prerrogativas del actor, reiterando que *«como bien se ha expresado en el caso sub examine, resulta ineficaz invocar una protección de posibles derechos Constitucionales, pues es un amparo que resulta improcedente ante la falta del requisito fundamental de subsidiariedad, previendo la existencia de otros medios de defensa judicial, no siendo el Constitucional el idóneo para la naturaleza del presente asunto aquí planteado*».

LA IMPUGNACIÓN

La presentó el tutelante aduciendo los mismos argumentos esgrimidos en su acción de tutela, en que funda su discrepancia con el fallo de primer grado, los cuáles no serán reproducidos en obsequio a la brevedad.

CONSIDERACIONES

1.- El artículo 86 de la Constitución -refrendado por las normas procesales de la tutela-, compiladas en el Decreto 2591 de 1991, establecen que esta acción constitucional procede como un mecanismo para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Sin embargo, la misma regla constitucional establece un claro límite a la procedencia del mecanismo tutelar, al señalar que ésta solo será admisible cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos donde el amparo sea utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el medio judicial no sea adecuado o idóneo.

Ahora bien, la Corte Constitucional, en repetidas ocasiones, ha señalado que los jueces de tutela tienen una obligación general frente a la procedencia de esta acción toda vez que, como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia T-788 de 2013, con ponencia del magistrado Luis Guillermo GUERRERO PÉREZ, se debe tener en cuenta que se trata de un mecanismo sumario y preferente creado para la protección de los derechos fundamentales. Por otra parte, debido a que el amparo constitucional se caracteriza por ser residual o supletorio, no puede convertirse en un mecanismo alternativo, sustitutivo, o paralelo de los diversos procedimientos judiciales, salvo que dichas vías sean ineficaces, inexistentes o se configure un perjuicio irremediable.

En relación con este último, es importante anotar que se configura cuando existe el riesgo de que un bien de alta significación objetiva, protegido por el orden jurídico o un derecho constitucional fundamental, sufra un grave menoscabo. En ese sentido, el riesgo de daño debe ser inminente, grave y debe requerir medidas urgentes e impostergables. De tal manera que la gravedad de los hechos exige la inmediatez de la medida de protección.

Entonces, respecto a esta obligación general el juez debe: (i) determinar si se vulnera, por acción u omisión, un derecho fundamental protegido

constitucionalmente o si existe un riesgo de que se vaya a actuar en detrimento del mismo; (ii) verificar que dicho riesgo sea inminente y grave, de ahí que debe atenderse de manera inmediata; y (iii) comprobar que no existe otro remedio judicial o que el ordinario no es un medio adecuado o idóneo de defensa para el caso concreto, o que si lo es la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- Ahora bien, como regla general, las controversias pensionales tienen como vía principal e idónea la jurisdicción laboral, por lo cual, en principio, no deben ser debatidas ante la jurisdicción constitucional. Por consiguiente, en primer lugar, los ciudadanos deben acudir a las instancias judiciales ordinarias, antes de pretender la defensa de sus derechos por vía de tutela. En virtud de lo anterior, en principio, el amparo constitucional resulta improcedente para reclamar el reconocimiento de derechos de naturaleza pensional, pues el debate sobre estos asuntos corresponde a la jurisdicción laboral. Sin embargo, en determinados casos, la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

3.- Así las cosas, para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por vía ordinaria, o si, por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia.

4.- Por lo anterior, en caso de encontrar que la tutela es procedente, la medida de amparo será definitiva cuando el mecanismo judicial no resulte eficaz e idóneo para la protección de los derechos que se pretenden garantizar. Por ejemplo, cuando la persona que intenta la acción de tutela se enfrenta a un estado de indefensión o a circunstancias de debilidad manifiesta. La medida será transitoria cuando, a pesar de la idoneidad de los medios de defensa judicial, la amenaza o violación de los derechos requiere una decisión urgente, mientras la justicia laboral decide el conflicto.

5.- Como se advirtió, específicamente en los casos pensionales la idoneidad del mecanismo judicial o el perjuicio irremediable se valora en relación con la afectación al mínimo vital por lo que, cuando se trata de personas en estado de indefensión o vulnerabilidad, la Corte Constitucional ha determinado que el examen de estos supuestos es más flexible ya que su condición amerita un tratamiento diferencial positivo. En este sentido, una de las maneras en las que un ciudadano se puede encontrar en estado de indefensión ocurre cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional.

6.- Ahora, aterrizando al presupuesto de la legitimación por activa, conviene reparar que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona, *«por sí misma o por quien actúe en su nombre»*, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En desarrollo del citado mandato, el Decreto 2591 de 1991, en el artículo 10, definió los titulares de la acción de tutela, quienes podrán impetrarla (i) en forma directa; (ii) por intermedio de un representante legal (caso de los menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); (iii) mediante apoderado judicial (abogado titulado con poder judicial o mandato expreso), (iv) o a través de agente oficioso (cuando el titular del derecho no está en condiciones de promover su propia defensa).

En el caso concreto, el estrado advierte que se satisface este requisito, ya que el señor SANTOS MOLINARES MANGA actúa a través de apoderado y en defensa de sus derechos a la seguridad social y mínimo vital, con ocasión –según alegan– de la aparente negación de reconocer y pagar unas sumas pensionales que a su juicio le adeudan con ocasión de la compartibilidad de su pensión de vejez con un beneficio pensional extralegal.

7.- Respecto a la legitimación por pasiva, el artículo 86 del texto superior establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley.

7.1.- En este contexto, conforme lo ha reiterado la Corte Constitucional, esta legitimación exige acreditar dos requisitos. Por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo y, por otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

7.2.- En cuanto a los sujetos que pueden ser demandados a través de la acción de tutela, la regla general es que la misma no procede contra los particulares, salvo en los casos previstos en los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991. El soporte sobre el cual se erige la viabilidad del amparo, es la posición de poder o autoridad desde la cual un particular se halla en una situación de preeminencia frente a otro, con la consecuencia de alterar la relación de igualdad que en principio debe existir entre ellos.

7.3.-Bajo tal consideración, el régimen constitucional establece tres eventos en los cuales es procedente la acción de tutela contra particulares, a saber: (i) cuando éstos se encargan de la prestación de un servicio público; (ii) cuando con su conducta afectan grave y directamente el interés colectivo; y (iii) cuando el solicitante se encuentra en estado de subordinación o indefensión respecto de quien amenaza o lesiona sus derechos fundamentales. Esta última hipótesis se reitera en el numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

7.4.- Ahora bien, la Corte Constitucional se ha ocupado de delimitar los conceptos de subordinación e indefensión, destacando que la diferencia entre ellos radica en el origen de la relación de dependencia. Al respecto, en la Sentencia T-290 de 1993, con ponencia del magistrado José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO se indicó que:

«la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada

en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate».

7.5.- En esta misma línea, al referirse específicamente a la subordinación, la Corte Constitucional ha señalado que esta se origina en virtud de un contrato o vínculo jurídico que sitúa a las partes en una relación jerárquica. En contraste, la indefensión ha sido caracterizada de la siguiente manera:

«La situación de indefensión a que alude el numeral noveno del artículo 42, significa que la persona que interpone la tutela carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra. El estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas y de los hechos relevantes (condiciones económicas, sociales, culturales, antecedentes personales, etc.). Evidentemente, el concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos».

7.6- Con sujeción a lo anterior, en el asunto *sub-judice*, este despacho judicial observa que se demanda a un particular, como lo es la empresa de servicios públicos de carácter privado Electrificadora del Caribe S.A. Ello implica verificar si se acredita alguno de los supuestos excepcionales que permiten la procedencia de la acción de tutela, en los términos previamente expuestos. Al respecto, en primer lugar, se advierte que la afectación de los derechos que se invocan no puede vincularse con la distribución y comercialización de energía eléctrica, por lo cual no se configuraría el primer supuesto de procedencia de la acción respecto de particulares, esto es, que se encargue de la prestación de un servicio público. En segundo lugar, tampoco se invoca que la demandada haya afectado con su conducta grave y directamente el interés colectivo, por lo que los únicos eventos que quedarían por analizar son los de la subordinación e indefensión.

7.7.- En concepto del estrado, el presente caso se sitúa en el escenario de la subordinación, toda vez que la controversia se origina en la existencia de una

convención colectiva suscrita entre el tutelante y la empresa accionada, de la cual el promotor deriva sus derechos pensionales. Cabe agregar que, en virtud del convenio de marras suscrito entre el tutelista y Electricaribe, esta última se comprometió a reconocer a los trabajadores los derechos contemplados en la Ley 4ª de 1976, entre estos, el reajuste pensional del 15% objeto de reclamación, y cuya falta de pago se alega como la posible afectación de los derechos al debido proceso e igualdad esgrimidos en la tutela.

8.- Una vez acreditada la legitimación en la causa por activa y por pasiva, se continuará con el examen del principio de subsidiariedad. Al respecto, cabe recordar que, por su propia naturaleza, la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, en virtud del cual *«procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección»*.

9.- Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, la Corte Constitucional ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar, cuando a través de él se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, en forma reiterada dicha Alta Corte ha señalado que: *«no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta Política, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales»*.

10.- Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado en forma invariable que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual procede

el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia.

11.- Ahora bien, dado que el promotor del amparo formuló pretensiones vinculadas de *«cancelar los valores correspondientes a mesadas pensionales y mesadas adicionales dejadas de cancelar a la pensión extralegal, motivo de haberla compartido con Colpensiones a partir de julio de 2018, y hasta que se haga efectiva y materialmente el restablecimiento de [sus] derechos»* y los intereses causados de su pensión convencional pactada con ELECTRICARIBE, el asunto podría debatirse en la jurisdicción ordinaria, pues, según lo previsto en el numeral 4° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a los jueces laborales conocer de aquellas controversias concernientes a la seguridad social. Incluso, se observa que, dependiendo de la cuantía, la demanda podría ser presentada ante los jueces laborales de circuito o ante los jueces municipales de pequeñas causas y competencia múltiple.

11.1.- Habiendo aclarado lo anterior, la el despacho en acatamiento del precedente constitucional vinculante sobre la materia, reiterará la jurisprudencia imperante sobre procedencia de la acción de tutela para efectuar las reclamaciones en comento.

12.- En lo que respecta al reajuste pensional, por regla general, la Corte Constitucional ha establecido que el recurso de amparo es improcedente. En este sentido, en la Sentencia T-320 de 2015, se señaló que, en estas situaciones, *«le corresponde al actor demostrar, además de que le asiste el derecho, que el monto económico mensual recibido, por sus condiciones actuales, no le alcanza para suplir sus necesidades básicas ni cumplir con las obligaciones financieras previamente adquiridas, situación que repercute en una afectación a sus derechos fundamentales»*.

De manera similar, en la Sentencia T-374 de 2016, al estudiar el caso de un grupo de pensionados de Electricaribe que solicitó el reajuste referido vía tutela, se expresó que *«es el juez ordinario quien debe zanjar este tipo de controversias de carácter puramente económico, donde en principio no existe amenaza del derecho al mínimo vital de quien ya percibe una mesada pensional, que lo aleja de situaciones extremas que le puedan acarrear un perjuicio irremediable»*.

Al analizar el caso concreto en aquel fallo citado, la Corte Constitucional destacó que el juez de segunda instancia había realizado un análisis excesivamente flexible sobre la procedencia de la acción de tutela, toda vez que se limitó a argumentar que este recurso era procedente en razón a la avanzada edad de los tutelantes. En tal virtud, la Corte Constitucional, en aquella oportunidad insistió en que debía examinarse minuciosamente el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, a fin de no desnaturalizar el mecanismo de amparo.

Por ello, resolvió declarar la improcedencia de la acción por tres razones: (i) no se había presentado una reclamación en sede administrativa; (ii) en algunos casos se había iniciado procesos ante la jurisdicción ordinaria y estos habían terminado normal o anormalmente (mediante transacción o conciliación), por lo cual había operado la figura de la cosa juzgada; y (iii) los tutelantes se limitaron a destacar que eran personas de la tercera edad y que la mesada que devengaban era insuficiente para cubrir su manutención, omitiendo demostrar que se encontraban en condiciones especiales y que la ocurrencia de un perjuicio irremediable era inminente.

Posteriormente, en la Sentencia T-548 de 2017, en dónde al estudiar la acción de tutela promovida por doce pensionados de Electricaribe, en la que solicitaban el reconocimiento del reajuste pensional contemplado en la Ley 4ª de 1976. En esa ocasión, la Corte Constitucional estimó que no se configuraba un perjuicio irremediable, toda vez que los ciudadanos eran beneficiarios de una pensión de jubilación y en ningún momento se acreditó que su nivel de vida se hubiese visto gravemente afectado. De otra parte, se consideró que, a pesar de que los tutelantes padecían algunas enfermedades, estas no eran de una trascendencia tal que hiciera necesaria la intervención del juez constitucional, como medida urgente y transitoria de protección. Por último, se resaltó que se había hecho un uso abusivo de la acción de tutela, dada la ausencia de un análisis minucioso de procedencia por parte del juez de segunda instancia.

En síntesis, cuando se reclama por vía de tutela un reajuste en la pensión, corresponde a su promotor demostrar una afectación grave de su derecho al mínimo vital. Ello, por cuanto, en ambos casos, se entiende que percibe una mesada pensional que le permite asegurar su congrua subsistencia.

14.- Dentro del caso *sub lite*, el estrado aprecia que el señor SANTOS MOLINARES MANGA, elevó en el año 2010 ante la jurisdicción un reclamo de reajuste de su pensión por intermedio de una demanda ordinaria laboral, que otrora conocieron el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, siendo identificado dicho litigio en que participaron tanto tutelante como accionada, totalmente favorables al accionante.

Precisamente, dichas instancias judiciales definieron el juicio desatado por el accionante contra ELECTRICARIBE, en que se reitera, que allí se invocaban como pretensiones el reconocimiento del reajuste pensional hoy pedido en sede tutelar, no soslayándose que sobre ese punto el Juzgado Octavo Laboral de Barranquilla, en la sentencia de 26 de enero de 2010, se declaró y condenó el pago de las diferencias pensionales generadas en virtud de la Ley 4 de 1976, siendo esa determinación confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, a través del fallo de 28 de febrero 2013 con ponencia de la magistrada MARÍA OLGA HENAO DELGADO.

En efecto, es claro que ese requisito de subsidiariedad se inobserva porque el tutelante acudió y le resultaron favorables sus pretensiones ante la jurisdicción, no admitiéndose que la tutela vuelva a reabrir debates decididos por la justicia, ni mucho menos pudiéndose predicar que la acción de tutela sea un mecanismo paralelo que sustituya al juez natural, o que sea una especie de tercera o cuarta instancia que revise decisiones cobijadas con los efectos de la cosa juzgada, de manera que la tutela se torna improcedente por efectos de la violación de la subsidiariedad evidenciada.

Huelga anotar, que con el agravante que en autos se estima que no se configuraba un perjuicio irremediable, toda vez que el tutelante es beneficiario de una pensión de jubilación y en ningún momento se acreditó que su nivel de vida se hubiese visto gravemente afectado, lo que cierne que no es necesaria la intervención del juez constitucional, como medida urgente y transitoria de protección, por no acreditarse un perjuicio irremediable.

En cuanto, al reclamo de los reajustes pensionales para los años 2018 hasta la actualidad, conviene acotar que es improcedente el reclamo de dicho reajuste pensional, debido a que su reclamo puede y debe hacerse ante la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral, no siendo los jueces de tutela los encargados de conocer dichas contenciones debido al requisito de la subsidiariedad. En suma,

en la presente oportunidad no se cumplen las condiciones para que proceda la reclamación de un reajuste pensional mediante acción de tutela, porque no se satisface el requisito de subsidiariedad.

Tal inobservancia es suficiente para descartar la procedencia del amparo constitucional. Por lo demás, cabe aclarar que el análisis efectuado por este despacho, en términos de procedencia, se circunscribe en su alcance a la reclamación efectuada en sede de tutela, por lo que nada restringe la posibilidad del actor de plantear sus pretensiones por la vía judicial ordinaria.

En buenas cuentas, se confirma la decisión impugnada.

Corolario de todo lo anterior, EL JUZGADO DIECISEIS CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

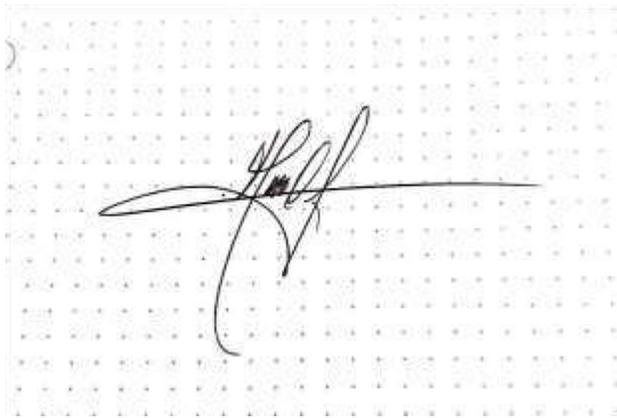
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 16 de febrero de 2021, proferida por el JUZGADO SEXTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES LOCALIDAD SUROCCIDENTE DE BARRANQUILLA, al interior del trámite de la acción de tutela formulada por el señor SANTOS MOLINARES MANGA, quien actúa por conducto de apoderado judicial, en contra de la entidad ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., en dónde se vincularon a COLPENSIONES y al FONDO NACIONAL DEL PASIVO PENSIONAL PRESTACIONAL DE LA ELECTRIFICADORA S.A. E.S.P. «FONECA», por los motivos anotados.

SEGUNDO: Notifíquese esta sentencia a las partes en la forma más expedita, y comuníquese esta decisión al a-quo.

TERCERO: Dentro del término legalmente establecido para ello, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZA,

A handwritten signature in black ink is centered on a white background with a light gray grid pattern. The signature is stylized and cursive, with a prominent horizontal stroke extending to the right. The signature is positioned above a solid black horizontal line.

MARTHA PATRICIA CASTAÑEDA BORJA