



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE EL BAGRE.
El Bagre (Antioquia), diciembre veintidós (22) de dos mil veintidós. - (2022)

Proceso	ACCIÓN DE TUTELA
Accionante	RAFAEL ENRIQUE URRUTIA GAVIRIA y YADIRA DEL CARMEN CALLE PEREZ.
Accionado	FONDO DE PENSIONES PROTECCION.
Radicado Interno:	Nro. 05250-31-84-001-2022-00165-01
Radicado de origen:	05250-40-89-001-2022-00321-01
Procedencia	Reparto
Instancia	Segunda.
Providencia	Sentencia General No. 113 y de tutela nro.86-
Decisión	Se confirma la decisión de primera instancia.

En virtud del canon constitucional consagrado en el artículo 86, reglamentado por los Decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 Y 333 de 2021, tiene competencia esta agencia judicial para revisar la acción de tutela promovida por **RAFAEL ENRIQUE URRUTIA GAVIRIA** y **YADIRA DEL CARMEN CALLE PEREZ** en contra del **FONDO DE PENSIONES PROTECCION** y decidir si se confirma y/o revoca la decisión de primera instancia.

1. HECHOS:

La acción de tutela se funda en los hechos que se sintetizan así:

- Que Rafael Enrique Urrutia Gaviria nació el 15 de junio de 1956, actualmente cuenta con 65 años de edad, no recibe salarios, pensión por jubilación ni beneficios por solidaridad del Estado.
- Que laboró como trabajador oficial del municipio de El Bagre – Antioquia, desde el 01 de enero de 1996 y hasta el 15 de noviembre de 2001.
- Que realizó afiliación extemporánea al fondo de pensiones debido a que el municipio de El Bagre omitió esta obligación.
- El citado ente territorial, realizó la consignación de los aportes extemporáneos el 26 de mayo del 2022 (dos décadas después) por valor de \$34.143.968, mediante cálculo actuarial (sistema PILA) por la omisión de los aportes pertenecientes al tiempo laborado anteriormente descrito.
- El 22 de junio de 2022 se presenta, por segunda vez, documentación al fondo de pensiones PROTECCION para solicitar la devolución de los saldos, la cual procede cuando se cumplen los siguientes requisitos: a) El afiliado cumpla los 62 años si es hombre y 57 si es mujer, b) no haya completado el capital mínimo para pensionarse, c) no haya cotizado

1150 semanas y d) cuando se acredite la imposibilidad de seguir cotizando.

- La indemnización sustitutiva de pensión procede cuando el afiliado no cumple los requisitos para pensionarse,
- Que el 7 de septiembre de 2022, PROTECCION le dio respuesta a su petición negando la misma con el argumento de que, al realizar el proceso de reconstrucción de la historia laboral con la entidad del sector público, en la oficina de bonos pensionales, no es posible realizar la liquidación ni el cobro del bono pensional dado a que genera un mensaje de rechazo que indica que el afiliado ya tenía la edad de pensión de RPM en el momento de la primera afiliación al RAIS, por lo que no es posible levantar dicho rechazo ante la OBP según las directrices del Ministerio de Hacienda y Crédito Público debido a que tiene menos de 12 semanas cotizadas al RAI y en las indicaciones se hace relación a la exclusión de la afiliación en el RAI en razón de la edad que se encuentra contenida en la circular externa numero 32 expedida el 23 de mayo del 2007, por el Ministerio de la Protección Social, en consecuencia no es posible atender la petición en forma favorable.
- Que la normatividad de la seguridad social no obliga a retirar aportes ni tampoco a seguir cotizando, así que una vez superados los requerimientos mínimos legales, el afiliado es libre de elegir lo que a su juicio sea mas conveniente.
- Que en los momentos actuales padece de hipertensión arterial (diabetes en evolución), no tiene trabajo fijo, su señora no trabaja, es ama de casa, pasa muchas necesidades económicas y con la posición de PROTECCION se le están vulnerando sus derechos y los de su esposa por la negativa de este fondo a devolverle los saldos consignados por el municipio de El Bagre – Antioquia.

PETICIONES:

Solicita el accionante se les protejan los derechos al mínimo vital y vida digna ordenando a PROTECCION la devolución de los saldos consignados tardíamente por el municipio de El Bagre – Antioquia.

DEL TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA:

La acción de tutela le correspondió para su conocimiento al Juzgado Promiscuo Municipal de El Bagre - Antioquia, Despacho que mediante auto del 11 de noviembre del 2022 avocó conocimiento, concedió dos días a la entidad accionada para que hiciera valer el derecho de defensa y contradicción.

DE LA OPOSICION:

Debidamente enterada PROTECCION del auto admisorio de la acción de tutela de la referencia guardó absoluto silencio.

Mediante sentencia nro. 201 del 25 de noviembre de 2022, el Juez de instancia profiere fallo declarando improcedente la acción de tutela, decisión que fundamentó así:

Argumentó que el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró la acción de tutela como mecanismo definitivo e inmediato de protección de los derechos constitucionales fundamentales, cuando no exista un medio alternativo de defensa judicial idóneo y eficaz, esto es, que sea de igual o de mayor efectividad que la tutela para lograr la protección del derecho vulnerado. Que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y que llegue a ser de tal naturaleza hasta el punto del no retorno de la situación.

Expuso también que la seguridad social es un derecho fundamental consagrado en el artículo 48 de la Constitución Nacional, en una doble dimensión: (i) como garantía irrenunciable predicable de todos los habitantes del territorio nacional y (ii) como un servicio público de carácter obligatorio, que se presta bajo la dirección del Estado. Que el sistema general de pensiones hace parte de la seguridad social y es reglado por la Ley 100 de 1993, quien acota que el derecho de la pensión se adquiere cuando el afiliado cumple los requisitos ya sea en el régimen de prima media o en el régimen privado.

Dijo que cuando una persona afiliada al fondo (público o privado) no reúne los requisitos para pensionarse, puede aspirar a la devolución de saldos, es un derecho del afiliado.

Expresó que el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece, que quien en la edad prevista en el artículo precedente, no hubiere cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no haya acumulado el capital necesario para financiar su pensión por lo menos en cuantía del salario mínimo legal, tendrá derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual (RAIS) incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar o a continuar cotizando hasta alcanzar ese derecho.

Mencionó que la devolución de saldos al igual que la indemnización sustitutiva, constituye un auxilio económico para todas aquellas personas que teniendo la edad para pensionarse no cuentan con el capital necesario o la cantidad de semanas mínimas requeridas para consolidar su derecho y no tienen la posibilidad financiera de continuar cotizando. Tal ahorro pertenece al trabajador como quiera que fue este quien lo efectuó, por ende, es a quien le asiste el derecho.

Puntualizó que en el caso concreto está demostrado que RAFAEL ENRIQUE URRUTIA GAVIRIA, elevó petición ante el fondo de pensiones PROTECCION el 18 de agosto del 2022, solicitando la devolución de saldos por no haber cumplido los requisitos generales para obtener la pensión y el fondo accionado le dio respuesta el 7 de septiembre hogaño negando las peticiones y fundamentándole la negativa a acceder a lo pedido, esto es,

por que al momento de reconstruir la historia laboral, la oficina de bonos pensionales, le contestó que no es posible realizar la liquidación por cuanto genera un mensaje de rechazo debido a que el afiliado ya tenía la edad de pensión en el RPM en el momento de la primera afiliación al RAIS.

Señaló que el ente accionado le brindó una respuesta fundada y el accionante no acreditó la necesidad de un amparo favorable a sus derechos, no acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable, así las cosas, la tutela no prospera. Decide el Juez negar por improcedente el amparo deprecado.

DE LA IMPUGNACION:

El accionante impugna la resolución de primera instancia ya que considera que el Juez se equivocó en la apreciación de su situación actual, puesto que se encuentra en situación de vulnerabilidad y el perjuicio irremediable si persiste incluso se ha acrecentado este año tan lluvioso ya que no puede realizar labores, que en el municipio de El Bagre esta lleno de problemáticas, de violencia, con las pocas fuentes de empleo que hay es mínima la probabilidad de empleo para una persona de 66 años de edad, que él y su esposa sobreviven gracias a los vecinos, por lo que el juez de segunda instancia debe estudiar las pruebas y revocar la decisión.-

Planteadas, así las cosas, se impone entonces entrar a decidir lo pertinente, para lo cual se hacen estas breves,

C O N S I D E R A C I O N E S:

Uno de los logros más significativos de la Carta Política de 1991, fue la consagración de varias acciones concedidas a las personas (naturales y jurídicas) para que éstas, en forma directa y sin mayores formalismos, logren el reconocimiento de sus derechos fundamentales, acudiendo ante los funcionarios judiciales para que éstos, en forma breve y sumaria, restablezcan esos derechos o impidan su vulneración, cuando son vulnerados por autoridad pública, o por los particulares en los casos taxativamente consagrados.

Entre dichos mecanismos se encuentra la acción de Tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública... La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares...”¹

¹ Art. 86 Constitución Política de Colombia.

En el caso concreto, **RAFAEL ENRIQUE URRUTIA GAVIRIA**, da cuenta que solicitó al fondo de pensiones "PREOTECCION" la devolución de sus aportes ya que no alcanzó los requisitos para obtener la pensión en el RAIS, que este fondo le dio respuesta negando la solicitud y esbozando las razones de la negativa, solicitando a través de este medio, que se ordene al fondo de pensiones la devolución de sus aportes ya que está en incapacidad de seguir cotizando al sistema.

6.1. Problema Jurídico:

Se torna el norte de esta acción de tutela, establecer: **¿Si lo pretendido por el accionante es factible obtenerlo a través de la acción de tutela o debe éste acudir al proceso judicial ordinario instituido para ello?** Dilucidando este interrogante, estableceremos si hay lugar a la procedencia de la acción de tutela que invoca como mecanismo transitorio para conjurar una situación que dice ser vulneradora de derechos, y de contera a pronunciarnos de fondo sobre lo que es materia en este caso en concreto. Para esclarecer este interrogante necesariamente nos remitiremos a los requisitos de procedencia de la acción de tutela y si esta es viable para obtener los pagos económicos que se pretenden con este mecanismo constitucional.

Sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela, concretamente el de inmediatez, se tiene que el accionante presentó la petición de devolución de saldos el 22 de junio del 2022 y la respuesta, en forma negativa del fondo de pensiones PROETCICON se dio el 7 de septiembre del mismo año, esto es, dentro de los dos meses siguientes a la respuesta negativa de la entidad tutelada, término que en consideración de esta agencia judicial es razonable y proporcional. -

Frente a la subsidiariedad, que es la esencia de la naturaleza de la decisión de primera instancia para declarar la improcedencia de la tutela, se aprecia que este requisito busca proteger, de manera excepcional, los derechos fundamentales vulnerados, se parte del supuesto de que, en un Estado Social de Derecho, existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar la protección de derechos y son precisamente esos mecanismos a los que deben acudir las personas para hacerlos valer por cuanto la acción de tutela no fue diseñada para suplir esos procesos ordinarios.

En el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, se establece de manera clara que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela ocurre "cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante." (Subrayas fuera del texto original) En este sentido, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias específicas del

caso objeto de análisis para determinar si los medios o recursos de defensa judicial existentes son idóneos para solucionar la situación del accionante.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 ibidem, en los casos en que, aun existiendo medios ordinarios de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reconoce dos excepciones a la improcedencia del recurso de amparo por subsidiariedad. Estas salvedades tienen sus respectivas implicaciones respecto de la manera en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de encontrarlo viable.

A partir de lo anterior, la Corte ha sostenido que la acción de tutela procederá, así existan medios ordinarios de defensa judicial que se encuentren disponibles, cuando en primer lugar, los mecanismos ordinarios no tienen la virtualidad de conjurar el perjuicio irremediable, para lo cual el amparo procederá de manera transitoria y en segundo lugar, cuando los medios de defensa judicial que existan sean ineficaces, es decir, que no tienen la capacidad de proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona, para lo cual procederá el amparo de manera transitoria.

El principio de subsidiariedad, cuando se trata de acciones de tutela que buscan el reintegro laboral o el reconocimiento y pago de acreencias laborales o pensionales, la H. Corte Ha dicho que con fundamento en el principio de subsidiariedad, el recurso de amparo no procede frente a reclamaciones de tipo laboral o pensional, pues el escenario idóneo para conocer de dichos asuntos es la jurisdicción ordinaria laboral y/o la jurisdicción de lo contencioso administrativo según sea el caso, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo. No obstante, la Honorable Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos.²

Aunque la Corte jurisprudencialmente ha desarrollado los casos en que procede la tutela, excepcionalmente, se recaba en que la protección sería viable para proteger personas en estado de indefensión ya sea por padecimientos físicos o mentales o por su avanzada edad, es decir, que se trate de sujetos de especial protección constitucional. -

En el caso concreto, se pretende a través de este mecanismo constitucional la devolución de aportes del sistema pensional y el fondo respectivo, ha negado dicha petición con el argumento de que la OBP le contestó que no es posible realizar la liquidación por cuanto genera un mensaje de rechazo

² Sentencia T-009/19

debido a que el afiliado ya tenía la edad de pensión en el RPM en el momento de la primera afiliación al RAIS. La entidad accionada le ha dado una respuesta mas que oportuna al accionante y le ha sustentado la decisión, por lo que, al no acreditarse un perjuicio irremediable de la magnitud que aquí se ha señalado, no es posible que se disponga a través de este mecanismos constitucional, la devolución de saldo que pretende el accionante y si considera que si tiene derecho pese a las indicaciones del fondo de pensión, es a la justicia ordinaria a quien le corresponde dirimir este conflicto y no al juez constitucional.

Por otro lado, no se avizora por ningún lado un perjuicio irremediable, de la naturaleza de que trata la jurisprudencia constitucional, que torne viable el amparo a través de la tutela.

El accionante se duele, de que el Juez A-Quo no hizo un análisis detallado de la prueba obrante en la tutela y ello precisamente se dio por cuanto la acción de tutela no es el escenario apropiado para un debate probatorio como el que reclama el impugnante, ya que para tal objeto se creó el proceso ordinario y es allí donde debe ventilarse, debatirse y controvertirse las pruebas. El análisis del juez de conocimiento en el caso concreto se encuentra ajustado al objeto de la acción de tutela, que se instituyó precisamente para proteger derechos fundamentales constitucionales y no para obviar procedimientos que la misma ley y la constitución han señalado, como, por ejemplo, para debatir si en este caso en concreto, le asiste o no razón al accionante para solicitar la devolución de sus aportes.

CONCLUSION:

En el presente evento, como lo pretendido por el accionante no es viable lograrlo a través de la acción de tutela, al menos en este caso en concreto, por cuanto el principio de subsidiariedad lo impide, al existir otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces, deberá confirmarse en su integridad la decisión que declaró improcedente de la acción de tutela que nos ocupa, ya que se cuenta con una vía ordinaria para hacer las reclamaciones en contra del FONDO DE PENSIONES "PROTECCION"

Una vez notificada esta decisión se enviará a la H. Corte constitucional para su eventual revisión.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto **EL JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE EL BAGRE – ANTIOQUIA- administrando** justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

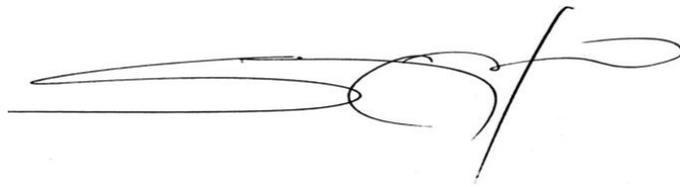
F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la decisión proferida mediante sentencia nro. 201 del 25 de noviembre del 2022 por el Juez Promiscuo Municipal de El Bagre – Antioquia, por estar ajustada a derecho.

SEGUNDO: Envíese este expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. -

TERCERO: Notifíquesele a las partes intervinientes en esta acción de tutela a través de los medios expeditos posibles.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke, positioned above the name of the judge.

SERGIO ANDRES MEJIA HENAO

JUEZ