

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP5883 - 2021

Tutela de 2ª instancia No. 115502

Acta No. 82

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO

Resolver la apelación propuesta por VÍCTOR MANUEL ORTÍZ JAIMES, por apoderada, contra el fallo proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 27 de enero de 2021, que declaró improcedente la acción de tutela instaurada por aquel contra la

Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por la supuesta violación del debido proceso, acceso a la administración de justicia, dignidad e igualdad.

HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. VÍCTOR MANUEL ORTÍZ JAIMES, fue afiliado a la AFP Porvenir, por su empleador, el 2 de febrero de 2012.

2. El 24 de marzo de 2015, Seguros de Vida Alfa calificó su pérdida de capacidad laboral en 62%, con fecha de estructuración 5 de mayo de 2014, y de origen común.

3. Su empleador, Alejandro Sánchez Portilla dejó de pagar algunos de sus aportes a pensión en 2012 y 2013, por tanto, promovió un proceso ordinario en su contra, que cursó en el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bucaramanga, el cual terminó por conciliación, el 24 de abril de 2017, pues el demandado se comprometió a cancelar las cuotas adeudadas entre el 15 de septiembre de 2012 y el 15 de noviembre de 2013.

4. El 17 de abril de 2017, el señor Sánchez Portilla pagó el dinero adeudado de acuerdo con la liquidación que efectuó Porvenir.

5. VÍCTOR MANUEL ORTÍZ JAIMES solicitó de esa AFP el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, y, el 13 de diciembre de 2017, obtuvo respuesta negativa.

6. El 23 de marzo de 2018, el señor ORTÍZ JAIMES demandó a Porvenir, con idénticas pretensiones. El proceso ordinario correspondió al Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bucaramanga, bajo el radicado No. 68-00-13-105004-2018-00118-00, donde, en sentencia de 25 de noviembre de 2019, concedió la pensión de invalidez.

8. Según la parte actora, el señor VÍCTOR MANUEL ORTÍZ JAIMES vive en la indigencia, y, el fallo proferido por el referido Tribunal es arbitrario, por cuanto: (i) trasladó al trabajador dependiente la obligación de efectuar los aportes a pensión, y (ii) excluyó de la cotización exigida para acceder a la pensión de invalidez (50 semanas durante los 3 años anteriores a la estructuración), algunas contribuciones que hizo su empleador con posterioridad al siniestro, en abril de 2017, porque (a) se efectuaron de forma inoportuna, lo cual es contrario a la jurisprudencia, y, (b) supone que corresponden a periodos no laborados.

9. Por tanto, solicitó que se ordene a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga, que deje sin efecto la providencia que emitió el 28 de mayo de 2020, en el radicado 68-00-13-105004-2018-00118-00, y en su lugar, confirme la sentencia

que dictó en primera instancia el Juzgado 4º Laboral del Circuito de esa ciudad.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto de 20 de enero de 2021, la Sala de Casación Laboral de esta Corte admitió la demanda. Vinculó al Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bucaramanga, y a las demás partes e intervinientes en el proceso originario de la queja constitucional.

1. El referido Juzgado presentó un recuento del proceso que adelantó a instancia del señor ORTÍZ JAIMES. Aseguró que falló en favor de algunos de sus intereses, con fundamento en las pruebas allegadas, las practicadas y la normatividad legal aplicable a su situación.

2. Porvenir se refirió a la improcedencia de la acción de tutela por incumplir el presupuesto de subsidiariedad, al no agotarse el recurso extraordinario de casación, por tanto, existe cosa juzgada.

Indicó que no se configuró vía de hecho, por cuanto, el actor no contaba con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, como lo exige la Ley 860 de 2003, pues los aportes que se realizaron como afiliado independiente y por el empleador Alejandro Pérez Portilla, para los periodos 2012 y

2013, fueron cancelados hasta el 2017, después de haber conocido la pérdida de capacidad laboral. Aseguró que, ese pago tardío podría configurar una acción premeditada para defraudar el sistema de seguridad social, en contravía del principio de expectativa y confianza legítima.

Explicó que, la densidad de las cotizaciones y la oportunidad para su pago, deben ser establecidas de tal forma que logren el objetivo de financiar las prestaciones que demanden los afiliados al sistema, demostrando que su vinculación a este ha estado distinguida por la lealtad o fidelidad.

EL FALLO IMPUGNADO

En fallo de 27 de enero de 2021, la Sala de Casación Laboral declaró improcedente la tutela, por incumplimiento de los siguientes requisitos: subsidiariedad, por cuanto, no se formuló recurso extraordinario de casación contra la sentencia de 28 de mayo de 2020, dictado por la Sala accionada, e inmediatez, porque la demanda constitucional se presentó el 15 de enero de 2021, es decir, más de 7 meses después, sin que se probara una circunstancia que justifique esa tardanza.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo anterior, la parte actora impugnó. Manifestó que la casación era improcedente, porque las pretensiones que se concedieron en primera instancia no superan los 120 S.M.M.LV., establecidos para acudir a ese recurso.

Por tanto, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, y se conceda el amparo solicitado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con los artículos 44 y 45 del Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala es competente para resolver la impugnación contra el fallo de primera instancia, proferido por la Sala de Casación Laboral.

Problema jurídico

Determinar si la Sala de Casación de esta Corte erró al declarar improcedente la acción de tutela que presentó el señor VÍCTOR MANUEL ORTÍZ JAIMES, por apoderada, y de ser así, si es dable conceder el amparo solicitado.

Análisis del caso concreto

1. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) creó la acción de tutela como un mecanismo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales ante el menoscabo o la amenaza derivados de acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o a los particulares en las situaciones específicamente precisadas en la ley.

2. Se caracteriza por tener un trámite subsidiario e informal, que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa que permita la protección del derecho fundamental, o cuando existiendo carece de eficacia para su protección. Y excepcionalmente, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

1. El presupuesto de subsidiariedad, implica que quien acude a la acción de tutela debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de

autonomía e independencia de la función jurisdiccional, legalidad y juez natural, y que solo sea posible utilizarla, por vía excepcional, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable¹.

3. Cuando esta acción se dirige contra providencias judiciales es necesario, para su procedencia, que se cumplan los presupuestos generales fijados en la C 590 de 2005², y se acredite que la decisión jurisdiccional incurrió en un defecto orgánico, procedimental, fáctico, material o sustantivo, de motivación, error inducido, desconocimiento del precedente o violación directa de la constitución³.

4. La impugnante indica que, en el presente asunto se cumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, pues el recurso de casación no procedía, por cuanto, la condena que se dictó en primera instancia no superaba la cuantía que se exige para acudir a ese recurso extraordinario (120 SMMLV).

5. Al respecto, huelga recordar que, lo pedido por VÍCTOR MANUEL ORTÍZ JAIMES es el reconocimiento y pago de una prestación de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, esto es, una incidencia futura, lo que impone que su cuantificación se extienda a la expectativa de vida probable sobre las mesadas que aspiraba recibir⁴.

6. Por ende, resulta aventurado y prematuro concluir que, el monto de la cuantía,

no superaba la estimación requerida por el artículo 86 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, para recurrir en casación.

7. Ahora bien, al margen de la discusión que pueda suscitarse en torno a la procedencia de dicho recurso, la jurisprudencia constitucional ha establecido que al menos debe haberse intentado su ejercicio, antes de acudir al mecanismo excepcional previsto en el artículo 86 de la Constitución Nacional, para que el funcionario competente tome la decisión que corresponda⁵.

8. El accionante no demostró que viviera en la indigencia, lo cual descarta la intervención excepcional del juez constitucional con un amparo transitorio, a efecto de evitar algún daño irreparable.

9. Por tanto, como lo sostiene la Sala a quo, en el presente asunto no concurre el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, lo cual es suficiente para confirmar su decisión, sin necesidad de revisar lo relacionado con la posibilidad de flexibilizar el presupuesto de inmediatez.

10. Al margen de lo anterior, se analizará de fondo el asunto. La parte actora plantea que la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga, dictada el 28 de mayo de 2020, adolece de i) un defecto sustantivo, por trasladar la carga de las cotizaciones a pensión al trabajador, ii) desconoce el precedente

en cuanto a la mora del empleador en el pago de aportes al sistema de pensiones, e incurrió iii) en un defecto fáctico, por suponer que los aportes efectuados a pensión en 2017, no corresponden a una relación laboral vigente para abril y septiembre de 2012.

11. Al revisar ese fallo, se advierte que, el referido Tribunal revocó la sentencia que dictó el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bucaramanga, por cuanto:

1. El actor no cotizó 50 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez – 5 de mayo de 2014-.

2. Aunque el demandante acreditó que, después del siniestro, el 17 de abril de 2017, Alejandro Sánchez Portilla realizó aportes por el intervalo que comprende los meses de abril a septiembre de 2012, esos pagos no pueden tenerse en cuenta para la densidad de semanas cotizadas exigidas, por cuanto, no probó que hubiera trabajado en ese periodo para el precitado, lo cual se exige por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral (Rad. 34270 de 22 de julio de 2008, reiterado el 6 de febrero de 2018, en la SL 074, y el 31 de julio de 2019, en la SL 2943).

1. Esa línea de pensamiento armoniza con los artículos 13.L, 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, el primero, adicionado por el artículo 2 y el

segundo, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 20036.

3. En la conciliación judicial de 24 de abril de 2017, el señor Sánchez Portilla admitió la relación laboral con el demandante, solo, entre 15 de septiembre de 2012 y 15 de noviembre de 2013.

4. Al descontar ese periodo (abril a septiembre de 2012), quedan 29.85 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a 5 de mayo de 2014.

12. Lo anterior descarta un defecto sustantivo, por una indebida aplicación del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, pues la Sala accionada no revocó la sentencia de primer grado, porque el trabajador incumpliera directamente con los aportes exigidos para obtener la pensión de invalidez, sino porque excluyó algunos de los que se hicieron a su nombre, de forma extemporánea, el 17 de abril de 2017, por Alejandro Sánchez Portilla.

13. La accionada reconoce que, de acuerdo con la jurisprudencia, la mora del empleador en pagar los aportes de seguridad no puede atribuirse al trabajador afiliado, y las AFP tampoco pueden escudarse en ese hecho, para negar la prestación, porque cuentan con acciones de cobro para recibir esos dineros oportunamente

Sin embargo, inaplicó esa regla, porque el actor no probó que ese pago de 17 de abril de

2017, procediera de una relación laboral con el señor Sánchez Portilla, entre abril y septiembre de 2012, lo cual es razonable, en la medida que, solo puede hablarse de contribuciones en mora por un empleador, cuando media vínculo laboral con el afiliado. Esa interpretación fue avalada por la Sala de Casación Laboral en la SL 475-2021, STL 9476 2020, y la Corte Constitucional, en la T 168 de 2018, entre otras, y armoniza con el artículo 13.L de la Ley 100 de 1993.

La conclusión que expresó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bucaramanga tiene soporte probatorio en el acuerdo judicial que se llevó a cabo el 24 de abril de 2017, ante el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bucaramanga, en el cual, Alejandro Sánchez Portilla, reconoció la relación laboral con el demandante entre 15 de septiembre de 2012 y 15 de noviembre de 2013.

Debido a lo anterior, no se presentó el desconocimiento del precedente, ni el defecto sustantivo denunciado.

14. Así las cosas, acertó la Sala de Casación Laboral de esta Corte al declarar improcedente la presente acción de tutela por incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad. Aunque, en todo caso, tampoco se advierten estructurados los presuntos yerros planteados en la demanda.

Se confirmará, por tanto, el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N.º 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. Confirmar la decisión impugnada, por las razones expuestas en la anterior motivación.
2. Enviar la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

1 La Corte Constitucional estableció que un perjuicio irremediable deber ser: “a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable”. T 052/18.

2 “a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional, b) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius-fundamental irremediable, c) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, d) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora, e) que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible, y g) que no se trate de sentencias de tutela”

3 C-590/05 y T-332/06.

4 CSJ STL21081-2017, 20 Nov. 2017, radicado 76539, replicado en STP6150-2018, 10 May. 2018, radicado n° 98097 y reiterado en STP7186-2018, 31 May. 2018, radicado n° 98465y CSJ STP2166-2019, 21 feb. 2019, radicado n° 102707, STP 982-2021, 21 Ene. 2021, radicado no 114133.

5 CC T-1217/03.

6 Art. 13.L. En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo.

Art. 17. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.

Art. 22. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no

hubiere efectuado el descuento al trabajador.