

Magistrado Ponente

STP8606-2023

Radicación N° 131863

Acta No. 149

Bogotá D.C, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por FILOMENA MATILDE CAMARGO ULLOA frente al fallo proferido el 15 de mayo de 2023 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que negó por improcedente la acción de tutela promovida contra la Fiscalía General de la Nación, la Subdirección de Talento Humano de dicha entidad, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, trámite que se extendió a la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la Dirección Seccional de Fiscalías del Atlántico, la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión y a la ciudadana Maritza Eugenia Ramírez Becerra.

LA DEMANDA

El sustento fáctico de la petición de amparo se condensa en los siguientes términos:

1. Señala la accionante que actualmente tiene 66 años de edad y cumple con los requisitos establecidos en el artículo 33 de la Ley 33 de 1993 para acceder a la pensión de vejez “como pre pensionable”, por lo que mediante Resolución 2018-8775882-2 del 3 de octubre

de 2018 expedida por Colpensiones, le fue reconocida la pensión, pero la misma quedó diferida hasta que ocurra el retiro definitivo del servicio.

2. El 18 de enero de 2023 se enteró que ya no pertenecía a Colpensiones sino al fondo de pensiones Protección, vinculación que en ningún momento expresó toda vez que ya tenía reconocida la pensión a cargo de la primera entidad citada.

3. Por lo anterior, radicó sendos derechos de petición en la Oficina de Recursos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, Protección S.A. y Colpensiones, mediante los que solicitó copia del formulario con firma y huella de la suscrita a protección, así mismo informar desde cuando fue trasladada sin mi autorización y los motivos de la misma, sin que haya recibido respuesta alguna.

4. Pone de presente que la Fiscalía General de la Nación el 10 de abril de 2023 le notificó la Resolución 2122 del 31 de marzo de 2023, mediante la cual la remueve del cargo de Fiscal Delegada ante los Juzgados Municipales, en virtud de la designación de Maritza Eugenia Ramírez Becerra, por concurso de mérito, comprometiendo con ello sus derechos fundamentales ya que la Fiscalía no tuvo en cuenta su situación de “pre pensionabilidad.”

5. Con fundamento en lo anterior, solicita la protección de sus garantías fundamentales y, consecuente con ello, se ordene: i) a la Fiscalía General de la Nación al Subdirector de Talento Humano, “suspender los efectos de la Resolución No 2122 del 31 de marzo de 2023, mediante la cual se da por terminado mi nombramiento en provisionalidad con cumplimiento a partir de la expedición de la misma, y ii) a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. trasladar los aportes efectuados desde el mes de mayo de 2022, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, toda vez que para la época del traslado ya se hallaba con resolución de reconocimiento pensional desde el 3 de octubre de 2018.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla negó por improcedente y por carencia actual de objeto la acción de tutela. Las razones que sustentan la decisión se compendian así:

1. Respecto de la presunta violación de los derechos fundamentales por parte de la Dirección Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación.

Al respecto precisa la Sala a quo que la accionante pretende la suspensión de los efectos de la Resolución 2122 del 31 de marzo de 2023 que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad. Dado que la citada entidad no tuvo en cuenta su condición de “prepensionabilidad”.

Sobre el particular advierte sobre la improcedencia de la tutela pues con esta la accionante pretende cuestionar el acto administrativo que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad que ostenta con la Fiscalía General de la Nación debido al nombramiento en período de prueba a una elegible en virtud del concurso de méritos FGN2021 en el cargo desempeñado por ella; además, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable el amparo como mecanismo transitorio.

En ese orden, precisa que dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela la interesada debe acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la suspensión y/o anulación del referido acto administrativo, pues de lo contrario se correría el riesgo de dejar en el vacío las competencias de las distintas autoridades judiciales y concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas.

Anota que, en dicha jurisdicción la accionante cuenta con las acciones idóneas para proponer las solicitudes presentadas en esta oportunidad, como lo es la acción de nulidad establecida en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y, a su vez, puede proponer las medidas cautelares para suspender los efectos nocivos que se aducen con la implementación del acto administrativo cuestionado.

Así, concluye que no se estructuran las circunstancias graves e inminentes que ameriten la intervención urgente del juez de tutela bajo la égida del perjuicio irremediable, toda vez que de las pruebas allegadas no se advierte cómo la situación descrita genere un daño de esa naturaleza en detrimento de la parte actora.

2. De la presunta vulneración de los derechos por parte de Colpensiones.

La accionante pretende se deje sin efecto el traslado efectuado de Colpensiones a Protección S.A. que, según su dicho, fue efectuado sin su consentimiento.

Sobre el tema precisa la Sala a quo que la tutela, según la jurisprudencia, se torna improcedente para ventilar asuntos de carácter laboral o prestacional, a menos que se trate de situaciones que afecten el mínimo vital del accionante.

En tal sentido, lo pretendido por la aquí tutelante deviene improcedente, toda vez que puede acudir a la jurisdicción laboral, con mayor razón si lo que se depreca es trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que se hallan en su cuenta de ahorro individual, “cuestión litigiosa que involucra la resolución de un conflicto de orden legal y probatorio, no constitucional; por tanto y como quedó expuesto, se requiere de un escenario probatorio distinto al que ofrece la acción de tutela...”.

3. Presunta violación del derecho de petición por parte de la Subdirección Regional de apoyo de la Fiscalía General de la Nación, Colpensiones y Protección S.A.

En este punto, destaca el Juez Colegiado que la accionante allegó copia del escrito fechado el 19 de enero de 2023 dirigido a la Fiscalía General de la Nación, en el que solicitó copia del documento de traslado de Colpensiones a Protección; el traslado de los aportes efectuados a esta última a la primera de las entidades mencionadas.

Sobre el particular hace ver que mediante oficio del 24 de abril de 2023, el Subdirector

Regional de Apoyo Caribe de la Fiscalía General de la Nación dio respuesta al requerimiento efectuado por la actora, documento que envió a su correo electrónico.

Y, tras el análisis del contenido de información suministrada por la entidad, concluye que lo pretendido fue atendido en su momento, configurándose una carencia actual de objeto por hecho superado.

De otra parte, en cuanto a las peticiones efectuadas a Colpensiones y Protección, precisa la Sala que aunque dichas entidades afirmaron en sus respectivos informes haber dado respuesta a los memoriales radicados por la tutelante, lo cierto es que ésta no allegó copia de los escritos respectivos, omisión que impide acceder a su pretensión ante la imposibilidad de establecer si la respuesta ofrecida resuelve de manera integral lo deprecado.

4. En armonía con lo expuesto, resolvió negar la acción de tutela por improcedente y ante la configuración de una carencia actual de objeto por hecho superado.

Fue interpuesta por Filomena Matilde Camargo Ulloa y sustentada en los siguientes términos:

1. En el fallo impugnado no se hizo precisión respecto de los diferentes conceptos emitidos por el Consejo de Estado sobre los parámetros que han de tenerse en cuenta para afianzar la estabilidad laboral relativa que gozan los funcionarios que desempeñen cargos de carrera en provisionalidad, de donde se desprende que el acto administrativo de desvinculación debe estar motivado y contener las razones de la decisión. Además, no puede obviarse la Ley 790 de 2022 que establece la figura de la “prepensionabilidad”, pues su no aplicación conllevaría al desconocimiento de la “protección constitucional intrínseca entre la permanencia entre empleo público y las garantías de mis derechos fundamentales.”

2. Si bien es cierto que quien gana un concurso de mérito tiene el derecho a acceder a un cargo, también lo es que bajo las circunstancias en las que se halla es dable acceder al

amparo de sus derechos en razón a que está de por medio una falsedad y suplantación, por lo que se debía adoptar medidas de protección dada su condición de persona vulnerable ya que su sustento proviene del salario que obtiene por la prestación del servicio.

3. En su caso, teniendo la condición de pre pensionable por el tiempo laborado, deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares, por lo que pretende se otorgue un tiempo para dirimir el conflicto generado entre Colpensiones y Protección, pues nunca dio la autorización para ser trasladada de la primera a la segunda entidad. Agrega que los aportes a pensión siempre estuvieron relacionados a Colpensiones y fue solo el 18 de enero de 2023 que se percató que desde el mes de mayo de 2022 fueron trasladados al fondo privado.

4. En ese orden, considera que, contrario a lo expuesto por el Tribunal, está claro que tiene la condición de pre pensionable y por ende resulta dable la suspensión del acto administrativo en razón a la forma fraudulenta por parte del accionar del Fondo Privado de Pensiones Protección S.A., con ocasión de los aportes a pensión.

5. Consecuente con lo anotado, solicita se revoque el fallo impugnado y se restablezcan sus derechos fundamentales, concediéndose el amparo como mecanismo transitorio para que se le permita acceder a la pensión de vejez para sufragar los gastos propios de la edad, manutención permanente y tener un tratamiento a la salud.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación presentada contra el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

2. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene la facultad de promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando por acción u omisión le sean

vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio irremediable.

3. En este caso, dando aplicación al principio de limitación¹, estima la Sala que el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el A quo constitucional acertó al declarar improcedente la solicitud de amparo presentada por Filomena Matilde Camargo Ulloa, tras considerar que dicha ciudadana desconoció el requisito de subsidiariedad que rige en los trámites constitucionales, ya que, de una parte, no ha acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa a cuestionar el acto administrativo que la desvinculó de la Fiscalía General de la Nación y, de otro, tampoco ha concurrido a la jurisdicción laboral a fin de promover el correspondiente proceso judicial que le permita controvertir su traslado, presuntamente irregular, de Colpensiones al fondo privado Protección S.A.

4. Del caso concreto y la inobservancia del requisito de subsidiariedad.

4.1. De acuerdo con el contenido de la demanda de tutela y del escrito de impugnación, se sabe que la queja constitucional presentada por la señora Camargo Ulloa se circunscribe a dos temas centrales. El primero de ellos, atañe al inconformismo de la accionante con el contenido de la Resolución No.2122 del 31 de marzo de 2023, en virtud de la cual la Fiscalía General de la Nación le comunica su desvinculación de la institución como Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos Municipales, cargo que venía desempeñando en provisionalidad, dada la provisión del mismo en propiedad, a la señora Maritza Eugenia Ramírez Becerra, persona que superó satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos FGN 2021.

Y el segundo radica en el hecho de que, según la actora, pese a que desde el año 2018 cuenta con resolución de pensión por parte de Colpensiones, en el mes de mayo de 2022 fue

trasladada, sin su consentimiento, al Fondo de Pensiones Protección S.A., acto que acusa de ser fraudulento y del que requiere su invalidación.

4.2. Visto el anterior panorama, la Sala estima desde ya que la decisión recurrida está llamada a ser confirmada, pues como bien lo advirtiera el Tribunal de primera instancia, en el sub judice la demandante en tutela desatendió el requisito de subsidiariedad que rige a la acción constitucional.

4.2.1. En efecto, de cara a los cuestionamientos realizados en contra de la Resolución No.2122 del 31 de marzo de 2023, suscrita por la Directora Ejecutiva de la Fiscalía General de la Nación, ha de decirse que no es la acción de tutela el medio de defensa judicial idóneo para efectuar un control de legalidad en su contra y, mucho menos, para alcanzar su eventual suspensión, pues para ello, la demandante en tutela tiene a su disposición la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo e interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de esa decisión, instrumento este que a su vez le otorga la posibilidad de presentar una solicitud de medidas cautelares en virtud de las cuales puede llegar a solicitar la suspensión de sus efectos.

Medida que, precisamente está contemplada para contener el perjuicio inmediato que se pueda presentar con ocasión de la decisión y, por consiguiente, descarta la viabilidad de la demanda constitucional, incluso, como mecanismo de protección transitorio, al guardar identidad en los efectos que se pretenden soportar.

Frente a la efectividad de las medidas previstas en la norma en mención, ha dicho la Corte Constitucional:

[...] las medidas cautelares en el CPACA son un mecanismo de defensa provisional, idóneo y eficaz, de aquellos derechos que se buscan restablecer a través de las acciones contencioso administrativas, pero que pueden verse expuestos a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, le corresponde al accionante, en atención a la naturaleza residual

y subsidiaria de la acción de tutela (art.86 CP), demostrar que agotó este medio de protección o que el juez administrativo haya negado el decreto de la medida cautelar, sin advertir que se configuran los elementos que demuestran la existencia de perjuicio irremediable². (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, la Sala encuentra que no es de su competencia considerar las inconformidades planteadas en el amparo constitucional, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto y asumir funciones que no le está permitido resolver frente a la legalidad de los cuestionados actos administrativos, como en casos similares ya lo ha dicho la Corte (Vg. CSJ STP 2878-2023, Rad. 129201, CSJ STP1122-2023, Rad. 128427, CSJ STP119-2020, CSJ STP2821-2020, CSJ STP2229-2020, CSJ STP9530-2019, CSJ STP T-54704, CSJ STP T 51821, CSJ STP T-51587 y CSJ STC2387-2017).

Por otra parte, pertinente resulta aclarar que en esta ocasión tampoco se le ha desconocido a la accionante la garantía de la estabilidad laboral reforzada derivada de un estatus de prepensionada, pues como ella misma lo admite en su demanda de tutela, ya tendría los requisitos para acceder a la pensión, a tal punto que obran en la actuación resoluciones por las cuales se reconoció desde el año 2016 el derecho pensional por vejez, razón por la cual es dable asegurar que la referida categoría de prepensionada ya es inexistente, pues esta categoría se predica de quienes no tiene los requisitos para acceder al derecho y por razones tales como edad o tiempo faltante de semanas cotizadas deben continuar laborando.

Situación que se repite, no es la de la actora, quien ya tiene la edad y semanas para el reconocimiento del derecho, solo que, como se desarrollara a continuación, está en debate la administradora de fondo de pensiones a cargo de la prestación en concreto.

Bajo esa perspectiva, ha de indicarse entonces que ante la existencia de medios de defensa ordinarios para procurar la revisión del acto administrativo que se cuestiona y, la posibilidad

de contener a través de ellos, la alegada configuración de un perjuicio de carácter irremediable, improcedente resulta el amparo reclamado.

4.2.2. Ahora bien, en lo que respecta al presunto traslado irregular entre regímenes pensionales del que fue objeto la accionante, acto que también pretende ser cuestionado y retrotraído por la actora mediante el uso de la acción de tutela, la Sala debe indicar que también deviene en improcedente realizar pronunciamiento alguno sobre el particular, ya que no se ha satisfecho el requisito de la subsidiariedad.

En efecto, según la información adicional allegada por la impugnante a este trámite de segunda instancia, se sabe que mediante misivas del 24 de mayo de 2023 y 25 de abril del mismo año, los fondos de pensiones Colpensiones S.A. y Protección S.A., le informaron a la señora Camargo Ulloa que en la actualidad se encuentran adelantando los trámites pertinentes que les permita establecer por qué en la actualidad aparece afiliada al Fondo de Pensiones en Protección, incluso, pese al reconocimiento que se había realizado con anterioridad de la pensión de vejez, todo ello a fin de definir su situación pensional y, a partir de ello, brindar la solución que en derecho corresponda.

Bajo ese entendido, se advierte entonces que en la actualidad existe un trámite administrativo en curso ante los fondos de pensiones involucrados, cuya finalidad es la de llegar a establecer si, en efecto, el traslado del que fue objeto la actora tiene el carácter de irregular, de modo que en caso de ser afirmativa la respuesta, se puedan adoptar las medidas correctivas necesarias.

En ese sentido, sea lo primero advertir entonces que la actora deberá aguardar por los resultados de tal actuación administrativa, la cual, de no resultarle favorable, la deja ante la posibilidad de concurrir ante los jueces laborales a proponer un proceso ordinario en donde el debate jurídico y probatorio se oriente a establecer si su traslado entre regímenes pensionales fue o no legal, de modo que dependiendo de la conclusión a cual se llegue, se

pueda impartir una orden que invalide su traslado al Fondo Protección S.A.

Adicionalmente, en caso de que la determinación que se adopte no consulte con sus intereses, tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción laboral ordinaria, a fin de lograr las pretensiones que a bien tenga, por ejemplo, de la nulidad del traslado entre regímenes que subsiste en su demanda tuitiva.

Espacio donde claramente, se podrán debatir e identificar de manera pormenorizada la realidad que refleja su historia laboral, los traslados entre fondos y regímenes que se presentaron e incluso los efectos de las decisiones adoptadas por los Fondos de Pensión, como aspectos que ahora se evocan en este trámite constitucional.

Bajo esa perspectiva, se advierte que en el presente caso el Juez de tutela se encuentra imposibilitado para realizar cualquier juicio de valor o declaración relacionada con la invalidación del traslado, entre regímenes pensionales, del que fuera objeto la demandante en tutela, ya que esa temática le corresponde ser dilucidada a la autoridad judicial que, por razones de competencia legal, le corresponde solucionar ese tipo de controversias litigiosas.

Así, lo que se advierte es que la accionante pretende hacer de este mecanismo excepcional una vía alterna para obtener estudios y pronunciamientos que por razones de competencia le corresponde realizar a otra autoridad judicial en el marco de un proceso ordinario laboral.

En este punto, necesario es recordar que la jurisprudencia constitucional ha sido abundante al precisar la improcedencia de la acción, dado su carácter residual y subsidiario, cuando se cuenta con otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para plantear tales aspectos, de allí que si la libelista tiene a su haber el instrumento judicial apto, no resulta legítimo que pretenda crear alternativamente otra vía para lograr órdenes o declaraciones que son competencia del juez natural y no del constitucional, pues ello no se compadece con

la naturaleza y finalidades del mecanismo excepcional, que no son diferentes a denunciar la vulneración y obtener el restablecimiento de los derechos fundamentales.

Dicha posición se encuentra soportada en el contenido del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el principio constitucional regulado en el inciso 3° del Art. 86 Superior y que en su numeral 1° consagra como causal de improcedencia de la acción de tutela la existencia «de otros recursos o medios de defensa judiciales», salvo que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Perjuicio que por demás no se observa presente, en la medida que su derecho pensional no estaría en debate, sino simplemente la entidad pagadora de aquel, lo que permitiría que en el eventual caso que radique la solicitud de pago, la entidad que actualmente tiene su afiliación registrada -Protección S.A- proceda a su reconocimiento, con independencia de que la cuantía a pagar bajo el régimen de ahorro individual cumpla sus expectativas.

5. Bajo esa perspectiva, la Sala encuentra que el Tribunal de instancia acertó cuando, en su decisión impugnada, declaró la improcedencia de la solicitud de amparo al estimar que no se encontraba satisfecho el requisito de subsidiariedad que rige en los trámites de tutela, razón por la cual se procederá a confirma, en su integridad, el fallo recurrido.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas n.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el fallo impugnado.

Segundo. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERSON CHAVERRA CASTRO

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 La impugnante no presentó queja alguna respecto al pronunciamiento que hizo el Tribunal de instancia de cara al derecho de petición y la consolidación, en ese punto, de una carencia actual de objeto por hecho superado.

2 CC T-733/14.