

+REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTA MARTA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Radicación:	47 001 31 87 002 2019 00015 03
Rad. Trib.:	540-20
Accionante:	DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA
Accionado:	Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES
Derecho (s):	Petición
Decisión:	Abstenerse
Aprobación:	Acta No 141
Fecha:	21 de septiembre de 2020

Magistrado Ponente: David Vanegas González

OBSERVACIÓN PREVIA: Teniendo en cuenta las medidas adoptadas por el honorable Consejo Superior de la Judicatura por medio de los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11520, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11548 y PCSJA20-11549 de 2020, por los cuales se autoriza el teletrabajo desde las residencias de los jueces y magistrados del país con el fin de evitar el contagio de Covid-19, **y del mismo modo, acatando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, esta providencia podrá llevar la firma digitalizada o escaneada de los tres magistrados que conformamos la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta.**

1. ASUNTO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a revisar, **en grado jurisdiccional de consulta**, la providencia del 26 de noviembre 2019, proferida por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta, mediante la cual se resolvió sancionar por desacato al Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, Dr. JUAN MIGUE VILLA VILORIA por el incumplimiento del fallo de tutela de fecha 6 de mayo de 2019, confirmada por ésta Sala de Decisión Penal mediante decisión del 21 de junio de 2019, aprobada en Acta No. 108, mediante el cual se amparó el derecho fundamental de petición, cuyo amparo deprecó el accionante.

2. ANTECEDENTES

2.1. DE LA ORDEN DE TUTELA

En el presente evento el ciudadano DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA, instauró acción de tutela contra Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición.

Para entrar en contexto, debe acotarse que el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta, a través de decisión de fecha 06 de mayo de 2019, amparó el derecho fundamental invocado por el demandante, ordenando lo siguiente:

"(...) Ordenar al Gerente y/o Representante Legal de COLPENSIONES de esta ciudad que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, conteste de fondo, de manera precisa y congruente la solicitud realizada por el accionante y COLFONDOS con respecto al traslado de los aportes del señor DAVID FELIPE BRITO

RIVADENEIRA, teniendo en cuenta el certificado de reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el ISS de fecha 23 de agosto de 2012 y el formulario de afiliación de DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA al Sistema General de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales con fecha de recibido el 3 de agosto de 2009 y que comunique dicha respuesta al accionante"

La anterior determinación fue confirmada por ésta Sala de Decisión Penal en tutelas, mediante providencia de segunda instancia del 21 de junio de 2019, aprobada en Acta No. 108, proferida con ocasión a impugnación que interpusiere COLPENSIONES.

Posteriormente, el señor DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA señaló que la anterior orden de tutela fue desatendida por parte de COLPENSIONES, manifestando que la misma no ha dado respuesta de fondo frente a su solicitud, **que consiste en que se trasladen todos los aportes que de manera equivocada le fueron consignados en COLPENSIONES, y se remitan con destino a COLFONDOS.**

2.2. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Sobre el trámite que imprimió el Juez de primera instancia, se resalta que ésta Colegiatura mediante decisión del día 25 de octubre de 2019, aprobada en Acta No. 193, decretó la nulidad de todo lo actuado en trámite incidental que anteriormente había elevado el incidentante, por indebida notificación del sancionado con arresto y multa. JUAN MIGUEL VILLA VILORIA, como Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES

Así las cosas, el Juez de primera instancia en acatamiento a lo dispuesto por ésta Colegiatura, rehízo el trámite incidental con la debida integración

del contradictorio y, mediante **fallo de incidente de desacato** del día 26 de noviembre de 2019, impuso sanción por desacato al Dr. JUAN MIGUEL VILLA VILORIA de 3 días de arresto y multa de 2 SMLMV.

Para las notificaciones correspondientes se ordenó despacho comisorio y, a folio 45 del PDF. No. 3 del expediente virtual se advierte que el día **22 de mayo de 2020**, mediante Oficio No. 2536 el Juzgado 020 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá D.C, devolvió la comisión diligenciada y notificada a la persona sancionada con arresto y multa.

No está de más precisar que a partir del 1º de julio de 2020 mediante los acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11567 el Consejo Superior de la Judicatura dispuso el levantamiento de los términos judiciales y permitiendo el acceso a sedes judiciales cuando sea necesario y con un aforo máximo del 20% de los servidores. Luego, en el mes de agosto de 2020 mediante los acuerdos PCSJA20-11614, PCSJA20-11622 y PCSJA20-11623 se restringió nuevamente el acceso a los despachos judiciales desde el 4 de agosto hasta el 15 de septiembre de 2020 indicando que ningún funcionario podía ingresar a las sedes salvo lo absolutamente indispensable. Finalmente, el acuerdo PCSJA20-11629 amplió el término hasta el 30 de septiembre de 2020 pero permitió que para los servicios que requieran de asistencia presencial en un máximo del 30%

Así las cosas, la actuación de incidente de desacato pasó al despacho 02 de ésta Sala Penal el día miércoles 16 de septiembre de 2020, para surtir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sanción impuesta mediante fallo de incidente de desacato de fecha 26 de noviembre de 2019 y adoptar la decisión que en derecho corresponda.

3. DE LA PROVIDENCIA CONSULTADA

El Juez de primer grado, en su providencia sancionatoria de fecha 26 de noviembre de 2019, manifestó lo que a continuación se destaca:

“(...) 1.- El incumplimiento de los fallos judiciales

Este requisito se verifica ante la ausencia de pruebas que demuestran el cumplimiento efectivo de la sentencia de tutela proferida el 6 de mayo de 2019 por esta Agencia Judicial, por parte de COLPENSIONES. En efecto, en el caso que nos ocupa correspondía a la entidad accionada allegar pruebas fehacientes de su cumplimiento al fallo proferido, lo cual no sucedió, quedando incólume y sin solución el referido amparo de tutela.

Resulta por tanto evidente que el funcionario identificado dentro de este procedimiento como Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, no ha realizado ninguna acción efectiva tendiente a cumplir cabal y total con lo ordenado en el fallo de tutela de fecha 06 de mayo de 2019 proferido por este Juzgado, el cual fue confirmado en segunda instancia por la Sala de Decisión penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante auto del 21 de junio de 2019 (...)”¹

Ante el incumplimiento de la orden que amparó el derecho fundamental de petición, el Juzgado de primera instancia consideró necesario sancionar por

¹ Visible a páginas 198 a 2020 del PDF- No. 3 del expediente virtual de incidente de desacato.

desacato al Dr. JUAN MIGUEL VILLA VILORIA, en su calidad de Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, a la sanción de 3 días de arresto y multa de 2 SMLMV.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Prevé el artículo 52 del estatuto reglamentario de la acción de tutela- Decreto 2591 de 1991- que la persona que incumpla una orden judicial proferida con base en esa legislación incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en el mencionado decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. Igualmente, se establece que la sanción será impuesta por el mismo Juez mediante trámite incidental y será consultada con el Superior Jerárquico, quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.

El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales.²

La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los

² Ha dicho la Corte Constitucional que el objetivo jurídico del desacato es el de obtener que los fallos de tutela se cumplan y en caso de no ser obedecidos, se apliquen las sanciones a los responsables, las que pueden ser pecuniarias o privativas de la libertad, según lo contemplan los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable, ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la protección de los derechos fundamentales con ella deprecados.

Para emitir sanción por desacato debe concurrir los elementos **objetivo** y **subjetivo**. El **elemento objetivo**, corresponde al incumplimiento del fallo en sí, es decir, que se debe hacer un análisis de los elementos probatorios obrantes en el expediente para determinar que la orden ha sido inobservada, ya sea por su desconocimiento total que conlleve a la falta de pronunciamiento por parte de la entidad encargada de proferir la orden, o por su desconocimiento parcial, cuando la entidad se pronuncia, pero desconoce las instrucciones impartidas por el juez de tutela.

Por su parte, el **elemento subjetivo** hace referencia a la actitud negligente u omisiva del funcionario encargado de dar cumplimiento a la orden impartida en sede de tutela. Es un elemento que se verifica con la identificación clara y precisa del sujeto pasivo de la orden, una vez identificado se debe analizar cuál ha sido su actitud funcional respecto al fallo, si actuó de manera diligentemente, con el fin de garantizar los derechos del accionante conforme a las estipulaciones hechas por el juez de tutela.

Pues bien, revisada la actuación que integra el legajo procesal del presente incidente de desacato, sostiene la Sala, que desde el ámbito meramente procedimental, el mismo se adelantó de acuerdo con las directrices que la Corte Constitucional ha decantado, entre las cuales se destacan; **(a)** la individualización del llamado a cumplir el fallo y de su superior jerárquico,

(b) la apertura de un período probatorio y **(c)** la notificación del auto de requerimiento, apertura, así como del auto sancionatorio al interesado.³

En ese orden de ideas, en virtud de no encontrarse irregularidad procesal alguna que acarree la nulidad de lo actuado, se procederá a determinar si existía mérito o no, para sancionar por desacato a la incidentada.

4.1. CASO EN CONCRETO

Descendiendo al caso concreto, le corresponde a ésta Corporación determinar si la sanción impuesta por el Juez de primera instancia al doctor JUAN MIGUE VILLA VILORIA, en su calidad de Presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, se encuentra ajustada a derecho o no, habida cuenta que habría incumplido la sentencia de tutela proferida el 6 de mayo de 2019 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta, confirmada por ésta Sala de Decisión Penal en tutelas mediante providencia de segunda instancia de fecha 21 de junio de 2019, aprobada en Acta No. 108.

Pues bien, en el fallo de tutela se ordenó a COLPENSIONES que conteste de fondo, de manera precisa y congruente la solicitud realizada por el señor DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA **que consiste en que se trasladen todos los aportes que fueron consignados a COLPENSIONES y que se remitan con destino a COLFONDOS (que es la entidad pensional a la cual se encuentra afiliado el accionante).**

³ Ver Sentencia C-367 de 2014, Magistrado Ponente; Mauricio González Cuervo.

Lo anterior, teniendo en cuenta el certificado de reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el ISS el día 23 de agosto de 2012 y el formulario de afiliación de DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA al Sistema General de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales con fecha de recibido del 3 de agosto de 2009, con la carga de comunicar dicha contestación.

Una vez revisado el expediente de incidente de desacato se advierte que, con posterioridad al fallo de sanción por desacato, COLPENSIONES allegó respuesta manifestando que mediante oficio del día 9 de diciembre de 2019, dio respuesta al señor BRITO RIVADENEIRA, informando lo siguiente:

“(…) el reporte de semanas allegado en el traslado de la tutela **(del 23 de agosto de 2012)**, radicado 2019_5216571 se evidencia incompleto, pues el reporte de la historia laboral emitido por el extinto ISS se compone de un resumen de semanas cotizadas y del detalle de los pagos efectuados por cada uno de los empleadores.

Al no contar y no visualizar los datos mencionados anteriormente en el reporte entregado por el ciudadano, hemos requerido al empleador WANEGER GUTIÉRREZ S.A con el fin de que envíe los soportes de pago efectuados a su nombre y los documentos de afiliación que contengan la información anteriormente citada, la cual permitirá efectuar las validaciones e investigaciones a que haya lugar.

(…)

Por otra parte, el formulario de afiliación allegado de fecha **3 de agosto de 2009** fue validado por nuestra Gerencia de Afiliaciones y no se encontró documento soporte en los expedientes que en su momento el extinto ISS transfirió a Colpensiones. Adicionalmente, en el formulario el

campo número de documento no presenta información. Teniendo en cuenta que no existen cotizaciones y debido a los faltantes de información en el formulario no procede crear para el ciudadano.

Esta información es constatada frente a todos los sistemas de información de afiliación de Colpensiones, en donde se certifica que el ciudadano David Felipe Brito Rivadeneira no ha tenido vinculación alguna al Régimen de Prima Media administrado en su momento por el ISS. Se adjunta certificado de NO AFILIADO al RPM”.

Del mismo modo, COLPENSIONES indicó en la respuesta:

“Posterior a ello, se informa al accionante el análisis realizado a los documentos donde se evidencian inconsistencias como fecha inexacta y falta de información a documento del ciudadano. A consecuencia de lo anterior, se informó que se ha iniciado por parte de nuestra área de auditoría, las investigaciones pertinentes que permitan establecer la autenticidad de dichos documentos, conforme a las inconsistencias descritas anteriormente”.

En concreto, la entidad incidentada indicó que en el registro no se encuentran los aportes que fueron consignados por el empleador del señor BRITO RIVADENEIRA a COLPENSIONES.

Del mismo modo, precisó que con los documentos aportados no era posible obtener toda la información, como quiera que no se registra en nombre del señor BRITO en la afiliación al régimen de pensiones de prima media con prestación definida. También indicó que se encuentra adelantando proceso

de auditoría para determinar lo ocurrido en el asunto objeto de análisis y la veracidad de los documentos aportados.

De cara a lo anterior, la Colegiatura considera que prima facie, hubo un pronunciamiento o respuesta por parte de COLPENSIONES teniendo en cuenta el certificado de reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el ISS de fecha 23 de agosto de 2012 y el formulario de afiliación de DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA al Sistema General de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales con fecha de recibido el 3 de agosto de 2009.

Es decir, cumplió con lo que le fue ordenado mediante el fallo de tutela de fecha 6 de mayo de 2019, confirmada por ésta Sala de Decisión Penal mediante decisión del 21 de junio de 2019, aprobada en Acta No. 108, **por lo que no habrá lugar a confirmar la sanción por desacato.**

Cabe precisar que, para imponer sanción de arresto y multa, se requiere además de la inobservancia a la orden de tutela – **incumplimiento objetivo-**, una **responsabilidad subjetiva** por parte de quien tenía el deber de actuar, demostrable a través del dolo, negligencia o desidia desmedida.

Al respecto, ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia SU 034 de 2018:

“...Siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el

incumplimiento del fallo de tutela. Así las cosas, el solo incumplimiento del fallo no da lugar a la imposición de la sanción, ya que es necesario que se pruebe la negligencia o el dolo...”.⁴

En el presente asunto no se advierte una negligencia desmedida o un ánimo doloso por lo que no se confirmará la sanción de arresto y multa impuesta por el Juez de primera instancia.

Ahora, aunque no se confirmará la sanción impuesta en primera instancia, **sí debe esclarecerse qué pasó con los aportes que en principio el empleador realizó en favor del señor BRITO RIVADENEIRA o si estos efectivamente se hicieron.**

Así las cosas, debe determinarse en dónde se encuentran los aportes realizados por la empresa WANEGER GUTIÉRREZ S.A. desde el 01 de agosto de 2009 hasta el 17 de marzo de 2011, que reflejan un total de 78.27 semanas cotizadas en favor del señor BRITO RIVADENEIRA.

Cabe precisar que la Auxiliar Judicial adscrita al Despacho 02 de ésta Sala Penal, se contactó telefónicamente con el señor DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA el día 19 de septiembre de 2020, luego de revelarle los motivos de la llamada precisó que esta situación le afecta gravemente porque no ha podido obtener su pensión por vejez a la cual considera tiene derecho, - **por cuanto se trataría de 78.27 semanas** -.

Por lo anterior, la Colegiatura considera que en el presente caso se le continúan transgrediendo los derechos fundamentales del accionante, por

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-512/11. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio.

cuanto en efecto, se encuentra en vilo la obtención de su pensión de invalidez por lo que en principio sería un mal manejo en el registro.

Se advierte que la orden primigenia a estas alturas ya no resulta efectiva ni suficiente, por lo cual se **emitirán órdenes de tutela adicionales** guardando la esencia del amparo concedido, teniendo en cuenta lo señalado por la H. Corte Constitucional en Sentencia SU 034 de 2018, veamos:

“Recordando que la finalidad última del incidente de desacato es la de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales objeto de amparo, la Corte ha admitido que en ciertas circunstancias el juez que conoce el grado jurisdiccional de consulta adicione lo resuelto por el a quo a través de medidas complementarias o ajustes tendientes a asegurar el cumplimiento de las órdenes de tutela, circunscrito eso sí a la parte resolutive de la sentencia de tutela, pues no es este el escenario para abrir el debate previamente clausurado”.

Así las cosas y, conforme a la situación que devino con posterioridad al fallo de tutela de fecha 6 de mayo de 2019, confirmada por ésta Sala de Decisión Penal mediante decisión del 21 de junio de 2019, ésta Colegiatura **ORDENARÁ** a COLPENSIONES que en un término de cinco (5) días hábiles, determine qué sucedió con los aportes que en principio el empleador WANEGER GUTIÉRREZ S.A realizó en favor del señor DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA en el régimen pensional de prima media con prestación definida.

Del mismo modo, se **ORDENARÁ** a la empresa WANEGER GUTIÉRREZ S.A (empleador y vinculado al trámite de tutela inicial) que, en un término de 48 horas, envíe los soportes de pago a pensión efectuados a nombre del señor

DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA y los documentos de afiliación correspondientes, con destino a COLPENSIONES.

Lo anterior, so pena a que el señor DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA presente nuevamente incidente por desacato ante la inobservancia de las anteriores ordenes adicionales o complementarias.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE DECISION PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA – en tutelas - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de confirmar la sanción por desacato, impuesta por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta el día 26 de noviembre 2019, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. Sin detrimento de que el accionante presente nueva solicitud, ante el incumplimiento de la orden de tutela, en consonancia con las órdenes subsiguientes.

SEGUNDO: ADICIONAR al fallo de tutela de fecha 6 de mayo de 2019, confirmada por ésta Sala de Decisión Penal mediante decisión del 21 de junio de 2019, aprobada en Acta No. 108, disponiendo las siguientes órdenes complementarias:

ORDENAR a COLPENSIONES que el término de cinco (5) días hábiles, determine qué sucedió con los aportes que en principio el empleador WANEGER GUTIÉRREZ S.A., realizó en favor del señor DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA en el régimen pensional de

prima media con prestación definida; luego de lo cual esa entidad deberá determinar, en un término de 48 horas hábiles, la procedencia del traslado de los aportes a pensiones a COLFONDOS.

ORDENAR a la empresa WANEGER GUTIÉRREZ S.A (empleador y vinculado al trámite de tutela inicial) que, en un término de 48 horas, remita con destino a COPLPENSIONES los soportes de pago a pensión efectuados a nombre del señor DAVID FELIPE BRITO RIVADENEIRA y los documentos de afiliación correspondientes.

TERCERO: Por intermedio de la Secretaría de ésta Sala de Decisión Penal, NOTIFÍQUESE esta decisión y DEVUÉLVASE al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta, para lo de su cargo y competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



DAVID VANEGAS GONZÁLEZ

JOSÉ ALBERTO DIETES LUNA

Ausencia justificada



CARLOS MILTON FONSECA LIDUEÑA

JONÁS DAVID GÁMEZ ARRIETA

Secretario