El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: SENTENCIA DE TUTELA – 2ª INSTANCIA – 04 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66001-31-18-002-2016-00610-01

Accionante: JOSÉ OCTAVIO ARIAS TABARES

Accionados:      COLPENSIONES

Proceso:                 Acción de Tutela – Confirma decisión del *a quo* que declaró improcedencia

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: TRASLADO DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL DE PRIMA MEDIA / SUBSIDIARIDAD / EXISTE OTRO MECANISMO DE DEFENSA JUDICIAL / AUSENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.** “Al valorar las condiciones personales del accionante para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión porque, primero, no se trata de una persona de la tercera edad, toda vez que está acreditado que el señor Arias Tabares tiene actualmente 54 años edad (…) [E]n lo referente a la situación de salud del accionante, el mismo no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave que le impida desarrollar una actividad económica para obtener ingresos para su sostenimiento, pues contrario a ello, actualmente está laborando en Muebles Bovel Ltda. (…)Ahora, la carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales la incumplió el demandante en el entendido que se limitó a enunciar un listado de derechos presuntamente vulnerados por COLPENSIONES, pero, como quedó visto, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para el reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados. (…)De otro lado, observa la Sala que la solicitud de traslado se le negó al actor desde el 26 de abril de 2014, esto es, hace más de dos años, y la jurisprudencia constitucional ha establecido que la falta de inmediatez constituye un indicio de la inexistencia de perjuicio irremediable, toda vez que el paso del tiempo hace presumir que el accionante no se ha sentido lo suficientemente afectado, que haya sido imposible continuar conviviendo con la amenaza de vulneración o con el quebranto de sus derechos, con lo cual puede entenderse que no existe un perjuicio, tiempo durante el cual, perfectamente habría podido adelantar los trámites ante la jurisdicción ordinaria laboral.”.

**Citación jurisprudencial:** CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-137 de 2012 / Sentencia T-041 de 2014 / Sentencia T-138 de 2010 / Sentencia SU-062 de 2010.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, 4 de noviembre de 2016

Acta Nº 530 de 04-11-2016

Referencia: 66045-31-89-001-**2016-00610**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor JOSÉ OCTAVIO ARIAS TABARES, contra la sentencia proferida el día 12 de septiembre de 2016 mediante la cual el Juzgado Primero de Familia de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió el accionante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, tramite al que se vinculó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S A.

**II. ANTECEDENTES**

1. El actor promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, dignidad humana y a la libre escogencia y acto de voluntariedad.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. El 13 de marzo de 2014 radicó un primer derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando su traslado de régimen desde la AFP PROTECCION a esa entidad, cuando tenía 51 años y 10 meses, cumpliendo con los requisitos de traslado de acuerdo al literal e, del artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 de la ley 100: "*El afiliado no podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión*"

2.2. El 23 de abril del 2014 la AFP PROTECCION le comunicó que su solicitud de traslado a COLPENSIONES fue rechazada; su vinculación con ellos seguía efectiva y en consecuencia, los aportes pensionales debía continuar realizándolos con esa entidad.

2.3. El 26 de abril de 2014 COLPENSIONES le informó que su solicitud no había sido aceptada por la causal "*No es procedente dar trámite a su solicitud, teniendo en cuenta que no cuenta con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al SSS en Pensiones (01/04/94), requeridos para efectuar el traslado por sentencia unificada 062 de 2010*”.

2.4. El 14 de noviembre de 2015 envió a COLPENSIONES un segundo derecho de petición, enfatizando la libre escogencia de régimen acorde con los requisitos de edad y tiempo de permanencia establecidos y hasta la presentación del presente amparo constitucional no ha recibido respuesta, incurriendo en un silencio administrativo por cuanto nunca existió un pronunciamiento de fondo de esa entidad.

2.5. Dice que “*Por obvias razones tendría que estar cotizando mi empresa empleadora a la AFP PROTECCION y no podría estar activa en COLPENSIONES hasta tanto no se validara el traslado de régimen*”.

3. En consecuencia solicita se protejan sus derechos fundamentales y se “*me apruebe la afiliación al RPM COLPENSIONES radicada el 13 de marzo de 2014 como consecuencia del traslado de régimen sin ninguna restricción ni dilación ni trámite administrativos que conlleven a vulnerar los derechos fundamentales asociados y en conexos con la seguridad social en Pensiones*” (sic).

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Primero de Familia de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 29 C. Ppl.). Fueron notificadas las Gerencias Nacionales de Servicio al Ciudadano y SAC, y la de Defensa Judicial de COLPENSIONES, y el Fondo de Pensiones PROTECCIÓN, (fls. 31-35 Ib.).

4.1. PROTECCIÓN S A asegura sobre la petición del accionante, relacionada con el traslado hacia el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que hasta la fecha Colpensiones no ha radicado ante ellos una solicitud formal en ese sentido, trámite que indispensablemente debe adelantar esa entidad para que Protección S.A. pueda pronunciarse, conforme lo establecen las Circulares 019 de 1998 y 006 de 2011 expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior de conformidad con el artículo 16 del Decreto 692 de 1994.

Que ante esa entidad no se ha radicado ninguna solicitud relacionada con el traslado del afiliado de fecha 13 de marzo de 2014, por lo que no es pertinente pronunciarse sobre la viabilidad o no del traslado pretendido, y que según la documentación aportada, el afiliado no se encontraba dentro de la limitante contemplada en el artículo 13 de la Ley 100, modificado por la Ley 797 de 2003, por cuanto el 13 de marzo de 2014, le faltaban más de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión.

4.2. COLPENSIONES informó que los dos derechos de petición elevados por el actor, fueron contestados el 26 de abril de 2014 y el 17 de noviembre de 2015, y a la presente acción de tutela dieron respuesta de fondo el 2 de septiembre pasado, fundamentando las razones de la negativa a hacerlo, y que el reclamo de las pretensiones del actor debe hacerlo de acuerdo con los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no por vía de tutela, que solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, excepto ante la existencia de un perjuicio irremediable, que en el presente caso no se vislumbra, por lo que solicita la declaratoria de improcedencia del amparo constitucional.

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Primero de Familia de Pereira, que declaró improcedente el amparo deprecado, con fundamento en la tesis de que “…*Se advierte la improcedencia de la presente acción, en razón a que el accionante puede ejercer otros medios de defensa judicial para la satisfacción de su pedimento, máxime, cuando en el expediente no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable, del cual es requisito indispensable aportar la prueba para la procedencia del amparo*…” (fls. 59-63 Ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por el accionante solicitando la revisión por carecer la sentencia de primer grado de congruencia; no ajustarse a los hechos antecedentes, ni al derecho impetrado; por error de hecho y de derecho en el examen y consideración de su petición; negarse a cumplir el mandato legal como lo establece la ley; fundarse en consideraciones inexactas, cuando no totalmente erróneas; y por incurrir en error esencial de derecho respecto del ejercicio de la tutela, que “resulta insignificante a las pretensiones como actor por errónea interpretación de sus principios. Pide revocar el fallo y ordenar a Colpensiones que apruebe lo solicitado en su derecho de petición.

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si las entidades accionada y vinculada vulneraron los derechos invocados por el accionante, al negarle la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Colpensiones

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Al traslado de régimen de ahorro individual para el de prima media, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, se le ha dado por la jurisprudencia la connotación de constitucional, al involucrar derechos fundamentales.***[[1]](#footnote-1)***

5. De manera pues que se justifica la intervención del juez constitucional, cuando a una persona que puede beneficiarse de las bondades del régimen de transición, se le desconoce tal derecho con la negativa en aceptar su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, porque en tal forma se impide al peticionario disfrutar de su pensión por vejez.

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. El señor José Octavio Arias Tabares demanda el amparo a sus derechos fundamentales, que considera transgredidos ante la negativa de las administradoras de pensiones Colpensiones de acceder a su traslado de régimen pensional; por lo que solicita se ordene a esta entidad aceptar el traslado solicitado.

2. El accionante afirma cumplir los requisitos para que Colpensiones acepte el traslado de régimen pensional de conformidad con lo previsto en el literal e, del artículo 2 de la ley 797 de 2003[[2]](#footnote-2), que modifica el artículo 13 de la ley 100 y por haberlo solicitado cuando tenía 51 años y 10 meses de edad, sin embargo, Colpensiones le negó la petición, primero el 26 de abril de 2014 (fl. 53); la que al ser reiterada el 14 de noviembre de 2015 (fls. 8-11), recibió idéntica respuesta el 17 del mismo mes y año (fl. 56).

3. Al valorar las condiciones personales del accionante para determinar si estamos frente a un sujeto de especial protección constitucional, no podría decirse que cumple con los presupuestos para llegar a esa conclusión porque, primero, no se trata de una persona de la tercera edad, toda vez que está acreditado que el señor Arias Tabares tiene actualmente 54 años edad y conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia T-138 de 2010, “El criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia” añadiendo que conforme al documento de proyecciones de población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007 y que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer, “para el quinquenio 2015-2020, la esperanza de vida al nacer para hombres es de 73.08 años y para mujeres es de 79.39 años”. Si bien la alta Corporación ha precisado que la tercera edad no es medible en años, sí deben tenerse en cuenta características específicas de la población como la arriba manifestada.

En segundo lugar, en lo referente a la situación de salud del accionante, el mismo no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave que le impida desarrollar una actividad económica para obtener ingresos para su sostenimiento, pues contrario a ello, actualmente está laborando en Muebles Bovel Ltda.

Ahora, la carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales la incumplió el demandante en el entendido que se limitó a enunciar un listado de derechos presuntamente vulnerados por COLPENSIONES, pero, como quedó visto, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para el reconocimiento de los derechos fundamentales reclamados. Especialmente en lo referente al derecho de petición, en la misma demanda está indicando que le dieron respuesta a sus solicitudes, salvaguardando con ello ese derecho fundamental, diferente es que la respuesta obtenida sea desfavorable a sus pretensiones.

4. Encuentra la Sala que no le asiste razón al recurrente quien enrostra una serie de errores a la sentencia de primer grado, sin especificar en concreto en qué consisten, y a renglón seguido transcribe apartes de una sentencia de la Corte Constitucional que respalda en su integridad el fallo impugnado al referirse al principio de subsidiariedad y la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de protección.

5. Asuntos como el que pone a consideración el accionante, deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria laboral, porque como lo sostiene la Corte Constitucional *“la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues “el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual”.[[3]](#footnote-3)*

6. De otro lado, observa la Sala que la solicitud de traslado se le negó al actor desde el 26 de abril de 2014, esto es, hace más de dos años, y la jurisprudencia constitucional ha establecido que la falta de inmediatez constituye un indicio de la inexistencia de perjuicio irremediable, toda vez que el paso del tiempo hace presumir que el accionante no se ha sentido lo suficientemente afectado, que haya sido imposible continuar conviviendo con la amenaza de vulneración o con el quebranto de sus derechos, con lo cual puede entenderse que no existe un perjuicio,[[4]](#footnote-4) tiempo durante el cual, perfectamente habría podido adelantar los trámites ante la jurisdicción ordinaria laboral.

7. La juez de primera instancia, declaró improcedente el amparo constitucional tras considerar que el accionante tiene otro medio de defensa judicial y no se encuentra demostrado un perjuicio irremediable, del que es requisito indispensable aportar la prueba para la procedencia del auxilio constitucional, decisión que se mantendrá, con base en las consideraciones jurídicas planteadas*.*

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO**: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de septiembre del año en curso, por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, promovida por el ciudadano JOSÉ OCTAVIO ARIAS TABARES, contra COLPENSIONES, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**SEGUNDO**: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**TERCERO**: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese

Los Magistrados,

EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

1. Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. “Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez, y por tanto, el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental” [↑](#footnote-ref-1)
2. e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T-041 de 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-137 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-4)