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 Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 21 de mayo de 2018

Proceso: Acción de Tutela – Inmediatez - Subsidiariedad - Improcedente

Radicación Nro. : 2018-00021-02

Accionante: Víctor Hugo Rincón Morales

Accionado: Colpensiones

Litisconsorte: Subdirección de Determinación de Colpensiones y otras

Magistrado Ponente: DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: SEGURIDAD SOCIAL / TRASLADO DE RÉGIMEN / SIN PERJUICIO IRREMEDIABLE / SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE -** Hay que decir que el actor en curso de la primera instancia, pretermitió enunciar el perjuicio irremediable que se le causa con la negativa de afiliación y de traslado resuelto por las entidades accionadas.

Lo cierto es que cuenta con las vías ordinarias, tal como lo indicó la a quo en la providencia impugnada, y se comparte tal aserto, pues en verdad puede lograr el traslado de régimen, mediante acciones ante la justicia laboral, que aún no ha ejercitado, o al menos en el expediente falta prueba de ello, porque son el escenario natural para el cometido perseguido.

Ni siquiera alegó y mucho menos acreditó la existencia de un daño irreparable, que sea una persona de especial protección constitucional o que esté afectado su mínimo vital, de tal manera que se desvirtuara la idoneidad y eficacia de la jurisdicción ordinaria; mírese que no es una persona de la tercera edad (61 años), ni sufre una enfermedad incapacitante o catastrófica; tampoco refirió si carecía de trabajo o ingresos para su sostenimiento, o, que tenga una situación económica difícil que le impida acudir a dichos mecanismos; por manera que es inviable flexibilizar el análisis de este requisito de procedencia.

Vistas así las cosas, los argumentos esgrimidos, a la luz de la jurisprudencia acotada líneas atrás, son inadmisibles ya que, el amparo solo es procedente ante la inminencia de la vulneración o ante impostergabilidad en la adopción de medidas que la prevengan y en ese orden de ideas, se torna insuperable el presupuesto de residualidad, por lo que se veda al juez constitucional un examen de fondo del asunto.

(…)

En todo caso, válido es acotar que el accionante debe agotar el trámite administrativo de corrección de su historia laboral previo a requerir el traslado de régimen, pues las 750 semanas de cotización son un requisito jurisprudencial indispensable para ese fin ; conforme el reporte de Colpensiones solo cuenta con 670, 71 semanas (Folio 17, cuaderno No.1); datos que no se pueden modificar con base en una certificación laboral (Folio 22, ibídem), sin que obre prueba del pago efectivo del bono pensional correspondiente a los periodos allí descritos, es un simple indicio.

Claro es que son infundados los argumentos centrados en la afectación del derecho a la seguridad social por cuenta de la demora del proceso ordinario laboral, si en cuenta se tiene que con la promoción de la tutela se anticipa a la actualización de la historia laboral, pues pretende que se tenga por demostrado que cumple con el periodo de servicios mínimo requerido (Hecho 3º del petitorio visible a folio 2, cuaderno No.1), esquivando el trámite administrativo.

Así las cosas, para esta Magistratura la tesis de la impugnación es inoponible como pretexto para promover este amparo, puesto que ni siquiera se han adelantado las gestiones mínimas para acreditar el cumplimiento del presupuesto de las semanas de cotización.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante : Álvaro Beltrán Alzate

 Accionado (s) : Colpensiones y otra

 Tercero (s) : Dirección de Afiliaciones de Colpensiones y otros

 Radicación : 2018-00059-02

 Temas : Subsidiaridad – Perjuicio irremediable - Traslado Despacho de origen : Juzgado 5º Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 166 de 17-05-2018

Pereira, R., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se informó que el actor al 30-06-1995 cotizó un total de 812 semanas, de las cuales 146 corresponden al periodo que laboró al servicio de Papeles Nacionales SA, mas no se encuentran reflejadas en su historia laboral, sin embargo, se acreditan con certificación laboral anexa.

Solicitó a Provenir SA y a Colpensiones el traslado de régimen, con resultados infructuosos, sin que tuvieran en cuenta que reunía los requisitos excepcionales de las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, esto es, aportes y tiempo de servicios superior a 15 años (Folios 1 a 10, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se invocan en el escrito petitorio los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social (Folios 1, cuaderno No.1).

1. LA SINOPSIS DE LA CRÓNICA PROCESAL

El juzgado de conocimiento con providencia del 02-02-2018 admitió la acción, vinculó a quienes consideró conveniente y ordenó notificar a las partes entre otros ordenamientos (Folio 29, cuaderno No.1). El 16-02-2018 profirió sentencia (Folios 49 a 52, ibídem); luego con proveído del 23-02-2018 se concedió la impugnación del actor, ante este Superioridad (Folio 71, ib.).

Ya ante este Tribunal, con decisión del 13-03-2018 se declaró la nulidad de lo actuado porque no se hizo la vinculación de uno de los interesados (Folios 4 y 5, cuaderno No.2.); retornado el asunto, la *a quo* con auto del 16-03-2018 enmendó dicha inconsistencia (Folio 85, cuaderno No.1), el 06-04-2018 dictó sentencia (Folios 99 a 102, ib.) y el 13-04-2018 concedió la impugnación presentada por el accionante (Folio 124, ibídem).

Mediante el fallo de instancia se declaró improcedente el amparo constitucional por carecer de subsidiariedad, puesto que el accionante no es una persona de especial protección constitucional, tampoco tiene afectado su mínimo vital y cuenta con el mecanismo ordinario ante la justicia laboral; además, no ha pedido la corrección de la historia laboral necesaria para verificar el cumplimiento del presupuesto jurisprudencial (Folios 99 a 102, ib.).

El opugnante adujo que es inequitativo e injusto que se le exija agotar el mecanismo ordinario para el traslado de régimen, para luego demandar frente a Colpensiones el reconocimiento pensional, porque dicho trámite puede demorar hasta diez (10) años y le falta menos de un año para arribar a los 62 años de edad; se dilataría el goce de su pensión. Agregó que tampoco puede requerir a la AFP Porvenir ese reconocimiento, toda vez que ello le impediría retornar a Colpensiones, de conformidad con el artículo 107, Ley 100 (Folios 116 a 123, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia de la acción
		1. La legitimación en la causa

Se cumple la legitimación por activa porque el señor Álvaro Beltrán Alzate requirió a Provenir SA y a Colpensiones el traslado de régimen pensional (Folios 13 y 15, cuaderno No.1). En el extremo pasivo, el Director de Atención y Servicio al Ciudadano (a) de Colpensiones y el Coordinador de Atención al Cliente de Porvenir SA, puesto que respondieron las peticiones del accionante (Folios 14 y 16, ibídem); tambien la Dirección de Afiliaciones de Colpensiones porque es la dependencia encargada de *“Ejecutar el proceso de atención al afiliado, novedades y solicitudes de traslado, facilitando la retroalimentación de requisitos y necesidades del afiliado para la actualización y corrección de sus semanas de Cotización y que permita medir la satisfacción del mismo.”* (Artìculo 4.1.1.1., Acuerdo 108 de 2017).

Diferente es respecto de la demás dependencias de Colpensiones vinculadas, pues incompetentes para atender solicitudes sobre el cambio de régimen pensional, en consecuencia, se adicionará la decisión opugnada para declarar improcedente el amparo constitucional en su contra, por carecer de legitimación.

* + 1. Los presupuestos generales de procedencia

El artículo 86 de la Constitución Política, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o particular; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En ese entendido, nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplida, dado que las respuestas de las accionadas datan del 29-12-2017 y 22-12-2017 (Folios 14 y 16, cuaderno No.1) y el amparo fue radicado el 02-02-2018 (Folio 10, ibídem), esto es, dentro del plazo de los seis (6) meses fijado por la jurisprudencia constitucional[[1]](#footnote-1).

Ahora, respecto a la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general[[2]](#footnote-2): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[3]](#footnote-3) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[4]](#footnote-4), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[[5]](#footnote-5) cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86, CP)[[6]](#footnote-6), aun cuando exista un medio ordinario de defensa[[7]](#footnote-7).

La jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el traslado entre AFP, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales, es decir, en aquellos que se reconozca claramente que de no utilizarse este medio se podrían presentar las condiciones de un perjuicio irremediable. Expresamente esa doctrina constitucional*[[8]](#footnote-8)*, recordó:

…Dicho perjuicio,…, debe cumplir las siguientes condiciones: ser **inminente**, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ser **grave**, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; ser **urgente**, es decir, que exija la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza; ser **impostergable**, es decir, acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.*.*

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Como se incumple el requisito general de procedibilidad precitado (subsidiariedad), estima esta Sala que debe ser confirmada la sentencia impugnada, por las razones aducidas, tal como a continuación se explica.

Hay que decir que el actor en curso de la primera instancia, pretermitió enunciar el perjuicio irremediable que se le causa con la negativa de afiliación y de traslado resuelto por las entidades accionadas.

Lo cierto es que cuenta con las vías ordinarias, tal como lo indicó la *a quo* en la providencia impugnada, y se comparte tal aserto, pues en verdad puede lograr el traslado de régimen, mediante acciones ante la justicia laboral, que aún no ha ejercitado, o al menos en el expediente falta prueba de ello, porque son el escenario natural para el cometido perseguido.

Ni siquiera alegó y mucho menos acreditó la existencia de un daño irreparable, que sea una persona de especial protección constitucional o que esté afectado su mínimo vital, de tal manera que se desvirtuara la idoneidad y eficacia de la jurisdicción ordinaria; mírese que no es una persona de la tercera edad (61 años), ni sufre una enfermedad incapacitante o catastrófica; tampoco refirió si carecía de trabajo o ingresos para su sostenimiento, o, que tenga una situación económica difícil que le impida acudir a dichos mecanismos; por manera que es inviable flexibilizar el análisis de este requisito de procedencia.

Vistas así las cosas, los argumentos esgrimidos, a la luz de la jurisprudencia acotada líneas atrás, son inadmisibles ya que, el amparo solo es procedente ante la inminencia de la vulneración o ante impostergabilidad en la adopción de medidas que la prevengan y en ese orden de ideas, se torna insuperable el presupuesto de residualidad, por lo que se veda al juez constitucional un examen de fondo del asunto.

Y lo dicho basta para definir la cuestión, sin necesidad de incursionar en el análisis del tema central: El traslado de régimen pensional.

En refuerzo, no huelga memorar como precedente vertical con fuerza vinculante, que la CC[[9]](#footnote-9), en aplicación de los mentados principios, declaró improcedentes varios amparos que guardan parámetros fácticos iguales al presente en cuanto se solicitó el traslado de régimen y los solicitantes dejaron de probar perjuicio irremediable, eran personas sin afecciones médicas graves, contaban con medios de subsistencia.

Arguyó la Corte[[10]](#footnote-10): *“(…) se constata que la accionante no se encuentra en alguna situación especial que desvirtué la idoneidad y eficacia de la jurisdicción ordinaria, que permita la intervención del juez constitucional para evitar un perjuicio irremediable.*”. So pena de menoscabar la brevedad, pero para ilustrar con suficiencia, fuerza citar que en la misma decisión concluyó frente al otro actor en tutela:

En este orden, y dadas las circunstancias fácticas y particulares del caso, la Corte concluye que no se cumple con el requisito de subsidiariedad como se había indicado, al no encontrar que el actor además de tener 69 años, tenga alguna condición que le impida acudir a la jurisdicción ordinaria en condiciones de igualdad.

En este punto, vuelve a resaltar esta Corporación que cuando se trata de los derechos de un sujeto de especial protección, se flexibiliza el estudio de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, pero sin que los excluya. En consecuencia, tener 69 años de edad y ser persona de la tercera edad, sujeto de especial protección, no hace procedente por sí misma la acción de tutela.

Debe indicarse que con esta sentencia se sigue el precedente judicial horizontal de esta Sala[[11]](#footnote-11)-[[12]](#footnote-12), que ha resuelto en múltiples ocasiones con iguales criterios.

En todo caso, válido es acotar que el accionante debe agotar el trámite administrativo de corrección de su historia laboral previo a requerir el traslado de régimen, pues las 750 semanas de cotización son un requisito jurisprudencial indispensable para ese fin[[13]](#footnote-13); conforme el reporte de Colpensiones solo cuenta con 670, 71 semanas (Folio 17, cuaderno No.1); datos que no se pueden modificar con base en una certificación laboral (Folio 22, ibídem), sin que obre prueba del pago efectivo del bono pensional correspondiente a los periodos allí descritos, es un simple indicio.

Claro es que son infundados los argumentos centrados en la afectación del derecho a la seguridad social por cuenta de la demora del proceso ordinario laboral, si en cuenta se tiene que con la promoción de la tutela se anticipa a la actualización de la historia laboral, pues pretende que se tenga por demostrado que cumple con el periodo de servicios mínimo requerido (Hecho 3º del petitorio visible a folio 2, cuaderno No.1), esquivando el trámite administrativo.

Así las cosas, para esta Magistratura la tesis de la impugnación es inoponible como pretexto para promover este amparo, puesto que ni siquiera se han adelantado las gestiones mínimas para acreditar el cumplimiento del presupuesto de las semanas de cotización.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo discurrido (i) Se confirmará el fallo venido en impugnación; y, (ii) Se

adicionará para declarar improcedente la acción constitucional frente a los terceros vinculados, por carecer de legitimación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.
2. ADICIONAR la aludida providencia para DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela frente a las Direcciones de Prestaciones económicas, de Nómina de Pensionados y de Acciones Constitucionales; la Subdirección de Determinación; y la Gerencia de Colpensiones; y la Presidencia de Porvenir SA, por carecer de legitimación.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR el expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

 *M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

*DGH / ODCD /2018*

1. CC. [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-600 de 2002, T-572 de 2015, T-370 de 2017 y T-522 de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-046 de 1995. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-225 de 1993, T-191 de 2014, T-237 de 2015, T-014 de 2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-225 de 1993: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-191 de 2014. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-014 de 2016. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-237 de 2015 y T-037 de 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-237 de 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, Civil - Familia. (i) Sentencia del 27-04-2015; MP: Grisales H., No.2015-00069-01; (ii) Sentencia del 11-08-2015; MP: Grisales H., No.2015-00188-02; (iii) Sentencia del 04-05-2015; MP: Grisales H., No.2015-00164-02; (iv) Sentencia del 02-05-2016; MP: Grisales H., No.2016-00015-01. [↑](#footnote-ref-11)
12. TSP, Asuntos Penales para adolescentes No.4. Sentencia del 04-08-2015; MP: Grisales H., No.2015-00195-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-216 de 2017, C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. [↑](#footnote-ref-13)