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 -18 de abril de 2018

Radicación Nro. : 66001-31-03-003-2018-00016-01

Accionante: MARÍA ELENA SERNA VILLEGAS.

Accionado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA-.

Proceso: Tutela

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: NEGATIVA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / 18 MESES / INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENTE -** De las pruebas allegadas al plenario se evidencia que existen varias respuestas relacionadas con el traslado de la accionante al régimen de prima media, las primeras de ellas por parte del ISS en los meses de junio y julio de 2009 (fls. 3 y 9 id.), y posteriormente una del 16 de agosto de 2016 (fls. 68 y 83), donde COLPENSIONES le informó que no había sido aceptada su solicitud de traslado, sin embargo, solo el 19 de febrero de este año solicitó la actora protección constitucional (fl. 30 id.). Es decir, transcurrieron algo más de dieciocho (18) meses desde de la fecha en que Colpensiones informó sobre la negativa a su solicitud, sin que haya actuado con la urgencia y prontitud con que ahora demanda el amparo y no se evidencia la existencia de una justa causa que explique los motivos por los que permitió que el tiempo transcurriera sin promover la acción ya que ninguna consideración al respecto hizo en la demanda con la que se inició el proceso que permita deducirla.

Así las cosas, se concluye que se halla ausente el requisito de inmediatez que se analiza y por tal razón el amparo reclamado resulta improcedente, pues si la demandante consideró afectados sus derechos fundamentales al negársele su solicitud de traslado de régimen, ha debido acudir ante los jueces constitucionales dentro de un término razonable en busca de su protección. Empero, permitió que transcurrieran más de dieciocho meses para instaurarla y ese pasivo comportamiento permite inferir el desinterés de su parte en lograr un amparo oportuno.

Ahora bien, si en gracia de discusión se superara el requisito de inmediatez que se echa de menos, el amparo también se torna improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues la accionante cuenta con otro medio de defensa idóneo para el reconocimiento y protección de sus derechos, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, no se acreditó la ocurrencia de un posible perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo como mecanismo transitorio,…

(…)

Encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente quien alega que, por su edad (58 años), el lapso de tiempo que llevaría definir su situación por parte de la justicia ordinaria o la afectación de su mínimo vital por la diferencia entre su eventual mesada pensional y su salario actual, puede utilizar la acción de tutela como mecanismo jurídico para proteger sus derechos, pues razones como esas son insuficientes para establecer la posible configuración de un perjuicio irremediable que hiciera excepcionalmente procedente el amparo de los derechos invocados.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nº 115 de 18-04-2018

Referencia: 66001-31-03-003-**2018-00016**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora MARÍA ELENA SERNA VILLEGAS, contra la sentencia proferida el día 5 de marzo de 2018, mediante la cual el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió la opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante promovió el amparo constitucional por considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, seguridad social y libre escogencia de régimen pensional.

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

2.1. Desde el año 1980 en adelante cotizó al ISS hoy COLPENSIONES.

2.2. A partir del 01 de agosto de 2004 la Fiscalía General de la Nación de manera inconsulta dispuso el traslado inmediato en forma masiva del ISS al fondo privado PORVENIR SA.

2.3. Desde el 03 de junio de 2009 hasta abril 30 de 2010 elevó derechos de petición al ISS con el fin de solicitar su traslado.

2.4. En julio 10 de 2009 la doctora Diana Victoria Rovira Restrepo quien se desempeñaba para ese momento como Jefe del Departamento Comercial del ISS Seccional Risaralda, dando respuesta a un derecho de petición radicado 21374, informa que no se ha realizado gestión alguna anta la AFP, lo que no es cierto, pues el formulario al que ella hace alusión, sí fue diligenciado y se desconoció dicho documento, que era el único requisito que le exigían para regresar al ISS hoy COLPENSIONES.

2.5. Afirma que le urge se defina, mediante fallo de tutela, el traslado de PORVENIR SA a COLPENSIONES.

3 Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 31 C. Ppal.). Fueron notificados el Director de Prestaciones Económicas, la Directora de Afiliaciones y el Director de Historia Laboral de COLPENSIONES, así como la representante legal judicial de PORVENIR SA. (fls. 32-35 id.).

3.1. Se pronunció la Directora de Litigios del FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, indicó que la accionante se encuentra afiliada con esa entidad, quien radicó solicitud de traslado de régimen en el año 2010, la cual fue rechazada por cuanto no contaba con 750 semanas de cotización al 1º de abril de 1994, situación que aún se mantiene, pues a esa fecha registra 365 semanas; en consecuencia, no puede trasladarse al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Aclara que la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre el particular ha insistido en la improcedencia del traslado para casos como el sub examine, donde la accionante no cumple el requisito de tener quince (15) años o más cotizados. Afirma que en la presente acción existe temeridad y mala fe por parte de la actora, pues ya instauró un proceso ordinario laboral cuya finalidad es la misma. Tampoco observa vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pues las diversas solicitudes respecto al traslado de régimen han sido resueltas de fondo por parte de esa administradora.

Solicita rechazar y/o declarar improcedente la acción de tutela. (fls. 37-50 id.).

3.2. El Director de Acciones Constitucionales de Colpensiones, expuso que la accionante desconoce la subsidiaridad de la acción de tutela, ya que existe otro medio de defensa idóneo, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para el reconocimiento y protección de sus derechos.

Resalta que la actora presentó a esa entidad solicitud de traslado; y mediante respuesta de fecha 16 de agosto de 2016, se le informó que la misma fue negada.

Afirma que no se demostró la amenaza de un eventual perjuicio irremediable, por lo que tampoco sería posible acceder a la tutela como mecanismo transitorio. Solicita desestimar el amparo contra Colpensiones y por lo tanto declarar improcedente el mismo. (fls. 63-67 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, que resolvió “NO TUTELAR” los derechos fundamentales invocados, con base en que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición; no obstante lo anterior, podía acudir a la jurisdicción ordinaria, para que el juez natural, que no es otro que el laboral, resuelva si le asiste o no razón en sus reclamaciones, lo que al parecer ya hizo, correspondiéndole al Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad. Tampoco se podía hablar de que exista un perjuicio irremediable o afectación al mínimo vital. (fls. 69-71 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La sentencia fue impugnada por la accionante, exponiendo que cuenta con 58 años de edad y el proceso judicial puede tardar de 5 a 10 años hasta su fallo. Que el perjuicio irremediable que quiere evitar es que su pensión de vejez y su vida digna no se vean menoscabadas, pues según proyección hecha por PORVENIR su mesada sería de $781.242 y actualmente percibe como salario $4.188.100, por lo que su mínimo vital se vería totalmente perjudicado. Considera que no hubo negligencia o falta de interés de su parte para solicitar el traslado, ya que fueron varios los derechos de petición que elevó para ello. Tampoco está solicitando ningún régimen especial o de transición, sino escoger libremente su fondo de pensión y por consiguiente su traslado a Colpensiones. (fls. 84-90 id.).

**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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA vulneran los derechos invocados por la accionante, al negar su solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al de prima media con prestación definida, por ausencia del cumplimiento de los requisitos para ello; y si la acción de tutela es procedente para ordenar dicho traslado.

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. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional 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.

Respecto a la subsidiaridad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (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 o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (Artículo 86 CP).

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora MARÍA ELENA SERNA VILLEGAS, interpuso acción de tutela tras considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, seguridad social y libre escogencia de régimen pensional, al negar su solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al de prima media con prestación definida, bajo el argumento de no cumplir con los requisitos para ello.

2. De las pruebas allegadas al plenario se evidencia que existen varias respuestas relacionadas con el traslado de la accionante al régimen de prima media, las primeras de ellas por parte del ISS en los meses de junio y julio de 2009 (fls. 3 y 9 id.), y posteriormente una del 16 de agosto de 2016 (fls. 68 y 83), donde COLPENSIONES le informó que no había sido aceptada su solicitud de traslado, sin embargo, solo el 19 de febrero de este año solicitó la actora protección constitucional (fl. 30 id.). Es decir, transcurrieron algo más de dieciocho (18) meses desde de la fecha en que Colpensiones informó sobre la negativa a su solicitud, sin que haya actuado con la urgencia y prontitud con que ahora demanda el amparo y no se evidencia la existencia de una justa causa que explique los motivos por los que permitió que el tiempo transcurriera sin promover la acción ya que ninguna consideración al respecto hizo en la demanda con la que se inició el proceso que permita deducirla.

Así las cosas, se concluye que se halla ausente el requisito de inmediatez que se analiza y por tal razón el amparo reclamado resulta improcedente, pues si la demandante consideró afectados sus derechos fundamentales al negársele su solicitud de traslado de régimen, ha debido acudir ante los jueces constitucionales dentro de un término razonable en busca de su protección. Empero, permitió que transcurrieran más de dieciocho meses para instaurarla y ese pasivo comportamiento permite inferir el desinterés de su parte en lograr un amparo oportuno.

3. Ahora bien, si en gracia de discusión se superara el requisito de inmediatez que se echa de menos, el amparo también se torna improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues la accionante cuenta con otro medio de defensa idóneo para el reconocimiento y protección de sus derechos, como lo es acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, no se acreditó la ocurrencia de un posible perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo como mecanismo transitorio, ya que al valorar las condiciones personales de la 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 tiene 58 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, si deben tenerse en cuenta características específicas de la población como la arriba manifestada.

En segundo lugar, en lo referente a la situación de salud de la accionante, la misma no probó que se tratara de una persona con algún tipo de afección grave.

Ahora, la carga de la argumentación de afectación de derechos fundamentales, como por ejemplo su mínimo vital, la incumplió la demandante en el entendido que se limitó a enunciar los presuntamente vulnerados, pero, como quedó visto, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable, aunado a que en la actualidad cuenta con vínculo laboral con la Fiscalía General de la Nación. Tampoco sustentó ni allegó prueba de las razones por las cuales el medio judicial con el que cuenta, resulta ineficaz e inidóneo para su protección y reconocimiento.

5. Encuentra la Sala que no le asiste razón a la recurrente quien alega que, por su edad (58 años), el lapso de tiempo que llevaría definir su situación por parte de la justicia ordinaria o la afectación de su mínimo vital por la diferencia entre su eventual mesada pensional y su salario actual, puede utilizar la acción de tutela como mecanismo jurídico para proteger sus derechos, pues razones como esas son insuficientes para establecer la posible configuración de un perjuicio irremediable que hiciera excepcionalmente procedente el amparo de los derechos invocados.

6. Verificada la no ocurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, no cabe a través de este medio examinar de fondo si en el asunto propuesto se dan las condiciones para el traslado de la señora MARÍA ELENA SERNA VILLEGAS, del régimen de ahorro individual con solidaridad, al de prima media con prestación definida, cuestión que sin lugar a dudas debe ser dirimida por la jurisdicción ordinaria.

7. Se confirmará entonces el fallo impugnado, pero estima esta judicatura necesario hacer una aclaración sobre la parte resolutiva, en cuanto a que la acción de tutela es improcedente por incumplirse los citados presupuestos de inmediatez y subsidiariedad, por lo que se modificará en ese sentido el fallo.

**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 el fallo proferido el 5 de marzo de 2018 por el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva, pero se MODIFICA el ordinal primero, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional.

**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.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

(con ausencia justificada)