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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE VEJEZ TRANSITORIA / MIENTRAS SE TRAMITA PROCESO DE TRASLADO DE RÉGIMEN / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / SE DENIEGA.**

… siempre es necesario que antes de entrar abordar los argumentos propuestos por quien promueve la solicitud de amparo, examine el Juez Constitucional si en el caso puesto bajo su conocimiento se cumplen las reglas para su procedencia, lo cual se constituye en un requisito sine qua non, para dar paso al estudio de fondo que se pretende.

El artículo 86 Superior, en consonancia con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela sólo 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”.

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión los conflictos…

En ese orden de ideas, el Juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial como uno de los poderes públicos.

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales…

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado por Acta No. 674

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66 170 31 04 002 2021 00035 01 |
| **Accionante:** | FARIDE DE LA ROCHE BURITICA |
| **Accionado:** | AFP PROTECCIÓN S.A. |
| **Procedencia:** | Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas |
| **Decisión:** | Confirma |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la señora **FARIDE DE LA ROCHE BURITICÁ**, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas el 23 de junio de 2021, mediante el cual resolvió declarar improcedente la solicitud de amparo Constitucional reclamada por la impugnante en contra de la **AFP** **PROTECCIÓN S.A.**

**ANTECEDENTES FÁCTICOS:**

Los hechos narrados por la accionante se contraen a afirmar que en la actualidad se encuentra en debate su régimen de afiliación al SGSS, por cuanto inicialmente realizó cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones, y posteriormente se trasladó al fondo privado administrado por la AFP Protección, pero considera que ese traslado debe considerarse como ineficaz y por ese motivo radicó en el mes de mayo hogaño una demanda ordinaria para que así se declare por la judicatura.

Sin embargo, de manera paralela la accionante le pidió a su actual AFP Protección que le reconozca una pensión de vejez transitoriamente, hasta tanto el Juzgado Laboral resuelva la demanda, petición que fue despachada de manera desfavorable.

La accionante se encuentra en una difícil situación económica, por lo que la posición asumida por su AFP es violatoria de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, elevó como pretensiones en la presente solicitud de amparo, las siguientes:

*“****(SIC.)***

*PRIMERO: Tutelar el derecho de petición a FARIDE DE LA ROCHE BURITICA y en contra de PROTECCION Y COLPENSIONES consagrados en la constitución política tocante a (mínimo vital, del derecho a la seguridad social, derecho a poder acceder a su pensión de vejez y a que se le pague su mesada pensional hasta que se le resuelva el litigio pendiente que tiene en el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas), y todos los derechos fundamentales vulnerados y por ende obligue a la entidad accionada PROTECCION a: OTORGAR LA PENSION DE VEJEZ A LA SEÑORA FARIDE DE LA ROCHE BURITICA con cedula de ciudadanía No. 42.074.583, y se acceda a la solicitud de irle pagando su mesada pensional de vejez hasta tanto se resuelta la demanda de cambio de régimen pensional a COLPENSIONES que se surte en el Juzgado Laboral Circuito Risaralda -Dosquebradas y con numero de radicación del proceso 66170-31-05-0012021-00131-00.*

*SEGUNDO: VINCULAR A ESTE PROCESO DE CONSIDERARLO NECESARIO AL Juzgado laboral del circuito de Dosquebradas, Teléfono:(06)3320653, Email: jlabctodosq@cendoj.ramajudicial.gov.co, Dirección: C.A.M Cr 16 Nro. 36-44 piso 3 oficinas 309 dosquebradas-risarda, PARA QUE SE MANIFIESTE SOBRE ESTA ACCION TUTELA Y SE PRONUNCIE SOBRE EL proceso 66170-31-05-001-2021-00131-00*

*TERCERO: Y dependiendo de las facultades ultra y extrapetita hacer que la contestación brindada por las accionantes sea conforme a derecho y en caso de ser requerido amparar los derechos fundamentales que usted considere vulnerados.”*

**ANTECEDENTES PROCESALES:**

**1. Admisión**

El Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas admitió la acción mediante auto del 9 de junio de 2021, en el que ordenó correr traslado del escrito de tutela y sus anexos a las AFP Colpensiones y Protección. Además, vinculó oficiosamente al Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas.

**2. Intervenciones:**

Dentro del término de traslado, la representante legal judicial de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A refirió que la accionante ya interpuso una acción judicial ordinaria en la que pretende la nulidad de afiliación al RAIS y traslado del régimen de ahorro Individual con solidaridad – RAIS al régimen de Prima Media con prestación definida administrado por Colpensiones, conocido en primera instancia por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas bajo el radicado 2021 -00131, y desde ese punto de vista, existe incoherencia entre las pretensiones del proceso ordinario laboral y las de esta tutela, pues por un lado intenta afiliarse a Colpensiones y por otro a que se le reconozca temporalmente pensión en el RAIS, pese a que los requisitos para obtener pensión de vejez en ambos regímenes y la financiación de las pensiones, son completamente diferentes.

Refirió que no es posible realizar un reconocimiento pensional hasta tanto la justicia ordinaria laboral decida cuál es el régimen pensional al que debe estar afiliada la accionante.

El Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas recoció que la accionante instauró la demanda a la que hizo alusión en el libelo, la cual se encuentra en ese Despacho.

**3. Sentencia:**

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, el A Quo resolvió mediante sentencia del 23 de junio de 2021, declarar improcedente el amparo de los derechos reclamados, por considerar que no se cumplió el requisito de subsidiariedad.

**IMPUGNACIÓN:**

La anterior decisión fue objeto de impugnación por parte de la accionante, quien sustentó su discrepancia en los siguientes términos:

1. El Despacho de primer nivel no realizó un adecuado estudio del acervo probatorio que revela la situación de la señora Faride, pues Ella es propietaria de un apartamento que se encuentra en pérdida total debido a una humedad extrema que lo hace inhabitable y por ende se encuentra “en la calle”; además, tiene varios préstamos vigentes y un contrato de arrendamiento, por ende, necesita acceder a su pensión de vejez y continuar trabajando.

2. El A Quo desconoce que la señora Faride ya tiene un derecho causado, el cual no se debería dilatar.

3. No puede negársele el reconocimiento de la pensión arguyendo que como hay una litis pendiente en la justicia ordinaria, debe someterse su derecho fundamental al mínimo vital.

4. Lo que ella pretende es que se le vaya pagando su pensión de vejez, y después, cuando la justicia ordinaria en el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas defina si se concede el traslado del régimen pensional, dichos dineros pagados sean descontados al final de un fondo a otro fondo.

5. No puede someterse a la accionante a la espera de la resolución del asunto en la vía ordinaria, máxime cuando en esa instancia lo que se está definiendo tampoco es el reconocimiento del derecho pensional sino el tema del traslado de régimen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

**1. Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991.

**2. Problema jurídico:**

En el presente asunto le corresponde a la Sala determinar si la sentencia revisada resulta o no acertada al invocar la teoría de la improcedencia de la acción Constitucional por incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

**3. Solución:**

El asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se concentra en el cuestionamiento que se le hace al fallo de primer nivel, que negó el amparo a los derechos invocados al precisar, básicamente, que en el caso de la accionante se incumple con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, por existir en la jurisdicción ordinaria otro medio de defensa judicial que le permite buscar una solución a la controversia planteada.

De conformidad con lo anterior, sea lo primero recordar que, en efecto, aunque la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

En consecuencia, siempre es necesario que antes de entrar abordar los argumentos propuestos por quien promueve la solicitud de amparo, examine el Juez Constitucional si en el caso puesto bajo su conocimiento se cumplen las reglas para su procedencia, lo cual se constituye en un requisito *sine qua non,* para dar paso al estudio de fondo que se pretende.

**Sobre la procedibilidad de la tutela:**

El artículo 86 Superior, en consonancia con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, indican que la acción de tutela sólo 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”.*

Así las cosas, se puede apreciar que una de las causales de improcedencia es la verificación de que al accionante le asiste otro medio de defensa judicial, pues ello materializa el carácter subsidiario y residual de esta acción, ya que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a proteger o pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales, toda vez que el legislador estableció que este tipo de asuntos pueden y deben ser ventilados ante la justicia ordinaria, donde por especialidades están en la capacidad de resolver con más precisión los conflictos, especialmente en aquellos casos donde se requiere de un análisis probatorio concienzudo; por tanto a la tutela se debe acudir como último recurso o como el primero pero de manera transitoria y cuando a simple vista se puede establecer que de no darse la protección de los derechos de manera inmediata, quien la invoca se vería frente a un perjuicio irremediable.

Frente al tema ha dicho la Corte Constitucional:

*“Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, la Corte indicó:*

*“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales.  De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”*

*Puntualizando, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

*La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser* ***inminente****, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser* ***urgentes****; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea* ***grave****, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.” [[1]](#footnote-1)*

En ese orden de ideas, el Juez de tutela debe ser inflexible al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuido dentro de la Rama Judicial como uno de los poderes públicos.

La acción de tutela no es, por tanto, un medio alternativo, ni menos adicional o complementario para alcanzar el fin propuesto, ya que su naturaleza, según la Constitución, es la de único medio de protección, precisamente incorporado a la Carta con el fin de llenar los vacíos que pudiera ofrecer el sistema jurídico para otorgar a las personas una plena protección de sus derechos esenciales, de manera que si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, es inviable estudiar de fondo las pretensiones formuladas en sede constitucional.

Aunado a lo anterior, la acción de tutela no es el mecanismo legalmente diseñado para dirimir asuntos de índole económica, ni mucho menos para efectuar reconocimientos pensionales, en otras palabras, es evidente que para este preciso caso se incumple con el de requisito de subsidiariedad expuesto en precedencia, al existir otro mecanismo en la jurisdicción ordinaria laboral, cual es la llamada a resolver las controversias de esta naturaleza, teniendo en cuenta que en esta acción, como bien lo indicó la Cognoscente, no se superó el test de procedibilidad.

En ese orden de ideas, se hace palmario que lo que busca la parte accionante es omitir el debido proceso para este tipo de asuntos, y pretende que por medio de la tutela, en un término tan perentorio, se desate un litigio que necesariamente debe ser debatido ante las autoridades competentes.

En ese orden de ideas, resulta inviable acceder a las solicitudes deprecadas por la accionante, dado que a pesar de ser un mecanismo informal, y que su procedimiento no sea tan riguroso como algunas otras acciones que existen en la jurisdicción, ello no implica que quien acude a ella, esté exento de aportar las pruebas que hagan evidente las condiciones de vulnerabilidad que se alegan, la ocurrencia o riesgo de un perjuicio irremediable que haga viable el amparo en forma permanente o transitoria, además de las razones por las cuales es este tipo de mecanismo, y no otro, el adecuado para los fines perseguidos.

Lo dicho hasta ahora es suficiente para llevar a esta Colegiatura a concluir que la acción de tutela resulta improcedente, como se partió diciendo inicialmente, al no cumplirse con el requisito de subsidiariedad, ni tampoco observarse el perjuicio irremediable que hubiera permitido pasar por alto aquel, especialmente cuando la accionante, como se pudo constatar, cuenta con un empleo en la actualidad, por ende, no puede aseverar que depende de un reconocimiento pensional para garantizar su mínimo vital; de acuerdo con ello, la decisión evaluada se habrá de confirmar.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Dosquebradas, con ocasión de la acción de tutela promovida por la señora **FARIDE DE LA ROCHE BURITICÁ** en contra de la **AFP** **PROTECCIÓN S.A.**, ello por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Constitucional, sentencia T-177 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-1)