TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO

PEREIRA RISARALDA

MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Radicación No.:	*66001-31-05-001-2015-00221-01*
Proceso:	*Tutela 2ª Instancia*
Accionante:	*Olga Inés Botero Duque*
Accionado:	*Colpensiones y AFP Porvenir S.A.*
Providencia	*Segunda Instancia*
Tema:	***Subsidiariedad de la acción de tutela:*** *No es procedente la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, cuando se cuenta con otro medio de defensa judicial, y no se acredita la configuración de un perjuicio irremediable, porque se iría en contravía de su carácter subsidiario.*

Pereira, julio nueve de dos mil quince.
Acta número ____ del 9 de julio de 2015.

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación del fallo, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el 19 de mayo del presente año, dentro de la acción de tutela promovida por la señora ***Olga Inés Botero Duque*** en contra de ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones*** y la ***AFP Porvenir S.A.,*** por la presunta violación de sus derechos constitucionales al debido proceso, mínimo vital y móvil, libre escogencia del régimen pensional y a la seguridad social.

El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado por los restantes miembros de la Sala y corresponde a la siguiente,

I- ***SENTENCIA.***

1. ***Hechos jurídicamente relevantes.***

Relata la accionante que nació el 13 de abril de 1960; que desde el 29 de septiembre de 1986 y hasta la fecha ha laborado para el Instituto Colombiana de Bienestar Familiar ; que en mayo de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad,

siendo afiliada a la AFP Porvenir S.A.; que como está próxima a cumplir la edad para pensionarse, 57 años de edad, solicitó ante dicha entidad la proyección del monto de su pensión de vejez, el cual ascendió a $1´380.300; que dicha suma se torna muy inferior al promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado, en tanto su IBC es de $4´128.000 y su IBL de $3´996.859; que igualmente le fue informado que el valor de su bono pensional se podría ver afectado, en razón de la negociación del mismo en el mercado de valores, máxime cuando el mismo solo se redime el 13 de abril de 2020; que en el régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones, tendría derecho a percibir una pensión de vejez por valor de $2´029.391; que la diferencia entre una y otra mesada le afectarían su mínimo vital y móvil; que de haber sido asesorada con la verdad, no se hubiera trasladado de régimen y; que ha solicitado al Instituto de Seguros Sociales e igualmente a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones su traslado de régimen nuevamente, empero, que le ha sido negado, en cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse.

Así las cosas, peticiona que se ordene a las accionadas, que adelanten todas las gestiones administrativas pertinentes, para que pueda trasladarse al régimen de prima media.

La ***AFP Porvenir S.A.,*** allegó contestación a la demanda, por medio de la cual adujo que hasta la fecha, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, no ha radicado ninguna solicitud de traslado a nombre de la accionante, para efectos de verificar la viabilidad del mismo; que dicho traslado no sería viable en todo caso, dado que a la señora Olga Inés Botero Duque le faltan menos de diez años para cumplir la edad mínima para pensionarse y; porque tampoco cumple con los requisitos para trasladarse, contenidos en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, todas de la Corte Constitucional, en cuanto que al 1º de abril de 1994, no contaba con 15 años o más de servicios cotizados.

En consecuencia, solicita que se exonere a la AFP Porvenir S.A. de cualquier responsabilidad respecto a la solicitud de la señora Olga Inés Botero Duque y se declare improcedente la presente petición de amparo constitucional.

3. ***Sentencia de primera instancia.***

La *a-quo* dictó sentencia de fondo en la cual negó la pretensiones de la acción, al constatar que la accionante para el 30 de junio de 1992, tenía acreditadas 548 semanas cotizadas al sistema de las 750 semanas exigidas por las sentencia SU-062 de 2010; que tampoco era beneficiaria del régimen de transición, dado que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años de edad y; que tampoco podría hablarse de un derecho adquirido, en cuanto que para la fecha en que se trasladó de régimen, tenía 37 años de edad y 548 semanas de cotización.

4. ***Impugnación.***

Dicha determinación judicial, fue objeto de impugnación por parte de la accionante, en orden a que se autorice su traslado de régimen, manifestando que es consciente de que, ni por edad ni por tiempo cotizado, es beneficiaria del régimen de transición; insiste en que su petición tiene como fundamento, la merma que sufrirían su ingreso económico con el valor de la mesada pensional proyectada por el fondo privado al cual se encuentra afiliada actualmente; que quien la asesoró no le indicó que su pensión sería equivalente al 40% de su salario, en tanto que de haberlo hecho, nunca hubiera decidido trasladarse de régimen, pues, dicho asesor, únicamente se limitó a decirle que el monto de su gracia pensional sería mayor a la que le concedería el ISS y que además, no necesitaba el requisito de la edad; que como está próxima a cumplir la edad para pensionarse, someterse a un juicio ordinario, le ocasionaría un perjuicio mayor y; trae a colación algunas sentencias proferidas por el órgano guardián de la Constitución que tratan el tema a dilucidar.

II- ***CONSIDERACIONES.***

1. ***Competencia.***

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

2. **Problema Jurídico.**

Se pone a consideración de esta Sala de Decisión el tema del traslado entre regímenes pensionales, al haberse presentado engaño o desinformación por parte del asesor del fondo privado.

3. ***La acción de tutela como mecanismo subsidiario.***

Según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991 y en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, que permite salvaguardar los derechos fundamentales, y sólo procede cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la protección de esos derechos o cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Por tal motivo, cuando existan otros medios de defensa judicial para salvaguardar los derechos fundamentales, es necesario acudir a ellos, pues de lo contrario a la acción de tutela se le estaría desconociendo su carácter residual y se convertiría en un escenario expedito de debate y decisión de litigios ordinarios[1].

4. ***Procedencia excepcional de la Acción de Tutela en procura de obtener el traslado de régimen pensional.***

De entrada puede afirmarse que, jurisprudencialmente está decantado que el derecho a la seguridad social no resulta suficiente para que proceda su amparo, a través de la acción constitucional, en tanto que para el otorgamiento de las diferentes prestaciones económicas y para la verificación de las condiciones para acceder a las mismas, se cuenta con distintas vías judiciales, entre ellas el procedimiento ordinario laboral y el contencioso administrativo.

Pese a lo anterior, debe tenerse en cuenta lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-062 de 2010, cuando indicó que *"algunas veces [es] necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación"*, que *"sólo una vez adoptadas las*

[1] Ibíd. Sentencia T-406 de 2005

medidas de orden legislativo y reglamentario, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional".

5. ***Caso concreto.***

En el *sub-examine,* como bien lo indicó la jueza de primer grado, la señora Olga Inés Botero Duque, no cumple con los presupuestos establecidos ni en la ley, ni en la jurisprudencia para trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, por cuanto, le faltan menos de 10 años para completar la edad mínima para pensionarse, amén que al 1º de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados al sistema general de pensional, ni era beneficiaria del régimen de transición, porque para esa misma calenda, tenía menos de los 35 años de edad exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, como el sustento de la impugnación se centró en indicar que la mesada pensional a que tendría derecho, si continúa afiliada al fondo privado, resultaría inferior a la que podría otorgarle la administradora del régimen de prima media y; que ello conllevaría a un detrimento de su calidad de vida y la vulneración de su mínimo vital y móvil, peticionando, implícitamente, la declaratoria de nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A., el cual se materializó en el mes de mayo de 1997, dado que la información que le brindó la persona que la asesoró, resultó ser engañosa.

En virtud de lo anterior, como se dijo en líneas anteriores, por regla general la acción de tutela es improcedente para obtener el pago de obligaciones y para acreditar las condiciones exigidas para acceder a ellas, salvo, que aparezca comprobada la configuración de un perjuicio irremediable, pues de lo contrario se estaría desdibujando el elemento residual de esta acción preferente y sumaria.

Ahora, en cuanto al perjuicio irremediable, ha dicho la Corte Constitucional, que el mismo además de ser invocado, debe ser también probado de manera siquiera

sumaria[2], para determinar si se satisfacen los elementos configurativos del mismo, esto es, la urgencia, gravedad, inminencia e impostergabilidad.

Así las cosas, como la accionante aún se encuentra activa laboralmente, pues así lo manifestó en su escrito de demanda, ningún riesgo inminente o perjuicio irremediable vislumbra la Sala, aunado al hecho que la edad mínima para adquirir el derecho a su pensión de vejez, apenas la cumple el 13 de abril de 2017, conforme a la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 11, de modo que, los mecanismos de defensa judicial con los que aquella cuenta, le brindan una solución adecuada a la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales, pudiendo acudir ante la jurisdicción ordinaria para solicitar el traslado de régimen que peticiona se autorice a través de este mecanismo constitucional, aportando las pruebas que considere pertinentes, las cuales podrán ser debatidas por quienes integren la parte pasiva en esa contienda, garantizándose de manera efectiva, la protección de los derechos invocados, pues como quedó visto, en el particular no es dable obviar los trámites ordinarios, sea por vía administrativa o judicial, pues la acción de tutela no puede convertirse en una vía alterna a los procedimientos ordinarios.

En razón de todo lo hasta aquí discurrido, se confirmará la sentencia de primer grado.

En virtud de lo anterior, ***la Sala de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,*** administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Confirma la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el día diecinueve (19) de mayo de 2015.

Segundo: Notifíquese esta decisión a las parte por el medio más expedito.

Tercero: Envíese, lo más pronto posible, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

---

[2] Sentencia T-236 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES
Magistrado Ponente

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado

Edna Patricia Duque Isaza
Secretaria