**Providencia:** Tutela del 27 de octubre de 2017

**Radicación No.:**  66001-31-05-002-2017-00429-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Gloria Inés Calderon Castaño

**Accionado:** Colpensiones y Porvenir S.A

**Juzgado de origen:** Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**Tema:**

 **Principio de subsidiariedad como requisito para que proceda la acción de tutela:** La Corte Constitucional en Sentencia T-003 de 2014 sostuvo:

*“Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela. Al respecto se dijo:“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Octubre 27 de 2017**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 2 de octubre de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Gloria Inés Calderon Castaño** en contra de **Colpensiones y Porvenir S.A**, por medio de la cual pretende que se amparen los derechos fundamentales de **Petición, debido proceso, a la salud, la igualdad, la dignidad humana en conexidad con el derecho a la seguridad social.**

#### La demanda

 Manifiesta la accionante que cotizó hasta el 31 de diciembre de 1997 para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el ISS, hoy Colpensiones y al Régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1º de enero de 1998 en la AFP Porvenir S.A; que actualmente cuenta con 19 años cotizados en Porvenir, y 6 años en el ISS (Colpensiones).

 Indica que al 14 de junio de 2005 contaba con 43 años de edad, y 8 años de afiliación al Régimen de ahorro individual por lo que en la misma calenda, solicitó a Colpensiones, el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por estar dentro de los parámetros establecidos en el Art 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, todo esto bajo las instrucciones de la Circular Externa No. 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera la cual precisa el procedimiento para el traslado de afiliados entre entidades.

 Señala que es evidente el cumplimiento de los requisitos pero Colpensiones no realizó el traslado y actualmente le informan que ya no es procedente por la edad.

 Manifiesta que en aras de aclarar lo sucedido, acudió al fondo de pensiones Porvenir S.A, pero este le contesta que no se recibió el traslado y por ende, el fondo al cual debe seguir realizando sus aportes y en el cual se debe pensionar es Porvenir, por lo que ya tiene más de 47 años de edad; todo esto sin tener presente que solicitó el traslado a tiempo y el valor de la pensión en Colpensiones es muy superior.

 Considera injusto que la entidad accionada niegue el traslado toda vez que ella lo solicitó en debida forma, a tiempo y conforme a lo dispuesto en la norma existente para ello, considerando que con ese actuar se le están vulnerando los derechos fundamentales de petición, debido proceso, salud, igualdad, dignidad humana y seguridad social.

 Resalta que recibió respuesta por parte de Porvenir S.A a una solicitud pensional, donde le informan que su mesada será calculada con una tasa de remplazo del 15.14% de su promedio salarial, lo que evidencia la conveniencia de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el cual a la fecha se utilizaría una tasa de remplazo del 60,23%. Adicional a ello, la redención del bono pensional en el fondo de pensiones Porvenir seria a la edad de 60 años.

 Por lo anterior, solicita sean tutelados sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene a Colpensiones y a Porvenir S.A que atienda de inmediato las peticiones formuladas para que se autorice su traslado a Colpensiones

#### Contestación de la demanda

**Colpensiones** señala que si la actora presenta una solicitud a la accionada y no está de acuerdo con la decisión que ésta tome, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales existentes para tal efecto y no reclamar su pretensión por medio de la acción de tutela, pues ésta solo procede cuando no existe otro mecanismo o se demuestra amenaza o perjuicio irremediable, situación que en este caso no se ha demostrado.

Solicita se desestime la acción en su contra y se declare improcedente por considerar que esa entidad no ha transgredido derecho alguno al accionante.

La **AFP Porvenir S.A** indica que la accionante se vinculó a esa entidad el 14 de octubre de 1997 de manera normal libre y voluntaria, cumpliendo con los parámetros exigidos por la ley, razón por la cual no es precedente la anulación de la vinculación.

Refiere que una vez revisados los sistemas de información de esa entidad, no se evidencia solicitud de traslado alguno que hubiese radicado el extinto Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones.

Manifiesta que para poder validar la procedencia del traslado de la accionante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, debe diligenciar formulario de traslado de Régimen en esa entidad, conforme a las circulares expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia. Resalta que mientras esa entidad no radique la solicitud es imposible que se realice análisis alguno sobre el traslado.

 Aduce que en la actualidad el traslado que solicita la actora, no es viable, toda vez que se encuentra incurso en la prohibición de traslado entre regímenes, contenida en el Art 13 de la ley 100, modificado por la ley 797 de 2003 en su Art 2, pues la señora Calderón Castaño, está a menos de 10 años de cumplir la edad reglamentaria para adquirir su estatus de pensionada (57 años) ni acredita haber laborado más de 15 años al 1 de abril de 1994.

 Finalmente señala que ha cumplido a cabalidad con las obligaciones legales a su cargo, y no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, por lo tanto, la acción de tutela no es el mecanismo para solucionar la presente controversia ya que debe ser dirimida por la jurisdicción ordinaria, pues la accionante no ha demostrado que esté ad portas de sufrir un perjuicio irremediable, por lo que solicita que esta acción sea declarada improcedente.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado negó el amparo a derechos fundamentales incoados por la señora Gloria Inés Calderon Castaño.

Para llegar a tal conclusión afirmó que no existe fundamento legal para acceder a lo pretendido por la actora dado que resulta claro que no acredita los requisitos necesarios para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ya que: i) en la actualidad le faltan menos de 10 años para pensionarse y ii) no cuenta con 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, presupuesto que permite incluso a los que se encuentran incursos en la limitante ya citada, retornar a Colpensiones.

 Señala que la discusión planteada por la accionante no debe tener lugar en el escenario constitucional en virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, pues entrar a definir los motivos de su traslado de régimen es un debate jurídico que debe entrar a discutir el Juez natural-laboral-con fundamento en los elementos de juicio que permitan aclarar la verdad de los hechos que rodearon tal cambio

Indica que no se encuentra justificada la desatención al principio de inmediatez por parte de la accionante ya que la solicitud de traslado la hizo en el año 2005 y después de 12 años interpone acción de tutela argumentando la vulneración de sus derechos, así mismo no existe ninguna prueba que demuestre un perjuicio irremediable.

#### Impugnación

 La accionante impugnó la decisión señalando que la Jueza de instancia no valoró la prueba del formulario 0119500, solicitud de traslado que se presentó de acuerdo a las normas vigentes y legales el 14 de junio de 2005 cuando se encontraba trabajando para la administración judicial en Manizales Caldas.

 Insiste que Colpensiones violó sus derechos al no procesar su traslado y cambio de Régimen a pesar de haber procedido de acuerdo a las normas, causando un daño irreparable en la seguridad social, gracias a que no puede pensionarse en el régimen que eligió para la administración de su pensión, lo que conlleva a que su pensión solo sería de un 15% de su ingreso base de liquidación.

 Refiere con respecto a la inmediatez, que la presente tutela ataca el traslado de régimen el cual es de tracto sucesivo, así que su efecto solo sería al momento de pensionarse, es decir actualmente.

 Por lo anterior solícita se revoque la decisión y en consecuencia, se amparen sus derechos fundamentales.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el cambio de Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que solicita la actora?

**5.2 Principio de subsidiariedad como requisito para que proceda la acción de tutela**

En la sentencia T-003 de 2014, la Corte Constitucional expuso, con relación a la subsidiariedad de la acción de tutela lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta que la subsidiariedad se deriva del carácter excepcional, preferente y sumario que tiene la acción de tutela, el cual le impone al ciudadano la obligación de acudir a los otros mecanismos antes de invocar la protección de los derechos fundamentales a través del amparo constitucional, la Corte en la sentencia SU-458 de 2010, indicó que los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción de tutela. Al respecto se dijo:“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”.*

*En suma, la acción de tutela solo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio. Ello con el fin de evitar que este mecanismo excepcional, se convierta en principal”*

* 1. **Inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela**

Respecto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, el máximo órgano de la Jurisdicción Constitucional en Sentencia T-332 de 2015 señaló:

*“De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados. La petición ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos. Si se limitara la presentación de la demanda de amparo constitucional, se afectaría el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción de tutela, y se desvirtuaría su fin de protección actual, inmediata y efectiva de tales derechos.*

*Por lo tanto, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de tutela. Del mismo modo, si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza.*

*La regla jurisprudencial acerca del principio de la inmediatez, ordena al juez de tutela constatar si existe un motivo válido, entendiéndolo como justa causa, para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna. Es así como en la Sentencia T- 743  de 2008 se establecen las circunstancias que el juez debe verificar cuando esta frente a un caso de inmediatez, así: i) Si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; ii) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;  iii) Si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; y iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.”*

* 1. **Caso en concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito de que se proteja los derechos fundamentales de petición, debido proceso, salud, la igualdad ante la ley y a la dignidad humana y seguridad social de la señora Gloria Inés Calderon Castaño supuestamente vulnerados por Colpensiones y Porvenir S.A al no contestar la solicitud de traslado elevada por ella el día 14 de junio de 2005 y actualmente negar el traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida aduciendo que no es viable por la edad.

Ha quedado acreditado en el expediente que la actora actualmente tiene 55 años de edad, que el 14 de junio de 2005 radicó ante Colpensiones solicitud para traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (folio 7 cuaderno I instancia), que al 1 de abril de 1994 no contaba con los 15 años de servicios y que está a menos de 2 años de alcanzar la edad mínima para pensionarse.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo a la jurisprudencia trascrita le resta advertir a la Sala que la acción de tutela como mecanismo subsidiario únicamente procede cuando el actor ha utilizado o agotado todos los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judiciales que el ordenamiento jurídico le ha otorgado para la protección de sus derechos fundamentales o cuando existiendo otros medios para la obtención de protección deprecada, estos no resultan suficientes por configurarse un perjuicio irremediable o afectación a un derecho fundamental de tan magnitud apremiante, que haga necesaria la intervención Constitucional. No obstante, en el presente caso no se cumplió con el requisito de haber acudido a la jurisdicción ordinaria para que se definiera la viabilidad de su traslado de Régimen.

Por otra parte, la Sala encuentra otros motivos para negar el amparo, los cuales se explican de la siguiente manera:

Con relación al principio de inmediatez, la señora Gloria Inés Calderón Castaño dejó transcurrir 12 años para interponer esta acción de tutela con el fin de que se protegieran sus derechos presuntamente vulnerados, sin motivo alguno que justifique tal tardanza, actuar que transgrede dicho principio pero respecto al derecho de petición y debido proceso, mas no respecto a la seguridad social, toda vez que esta es una obligación de tracto sucesivo, lo que en principio hace procedente el amparo con relación a ese derecho (seguridad social en pensiones).Sin embargo como ya se dijo la accionante cuenta con la vía ordinaria para que se conozca este asunto.

Respecto al perjuicio irremediable, la comparación hecha entre la tasa de reemplazo del 15.14% con la que la accionante se pensionaria en Porvenir S.A (folio 11-12) y la del 60.23% con la que se podría pensionar en Colpensiones, evidencia el perjuicio futuro al cual estaría sometida la accionante. Empero, dada la consecuencia que implica para la demandante pensionarse en uno u otro régimen, ello amerita un mayor análisis probatorio y jurídico que no es posible realizar en este escenario por la brevedad del término.

Por tales razones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 2 de Octubre de 2017 por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**