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.

Asunto: Sentencia de segunda instancia

Acción Acción de Tutela

Radicación Nro.: 66001-31-05-003-2018-00455-01

Accionantes: Jesús María Hernández Montoya

Accionados: Colpensiones y Porvenir S.A.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA POR SUBSIDIARIEDAD.**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los intervinientes, (iii) inmediatez y (iv) subsidiariedad. (…)

… no se cumple el presupuesto de subsidiariedad, dado que el actor cuenta con otra acción, la ordinaria laboral ante los jueces laborales para solicitar el retorno del RAIS al RPM al considerarse beneficiario del régimen de transición por la densidad de semanas, por lo que no tiene límite para poder hacerlo; lo que torna improcedente la acción de amparo, como lo ha apuntado la Corte Constitucional en Sentencia T-037 de 09-02-2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo y la Sala Laboral de la CSJ en sede de tutela…; por lo que se acogen los argumentos de la impugnación.

Sin que en este asunto se esté en presencia de un sujeto de especial protección o de un perjuicio irremediable que amerite pretermitir este requisito para estudiarse la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues nada se probó al respecto…



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Pereira, Risaralda, ocho (8) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Acta número 62 de 08-11-2018

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida el 26-09-2018 por el juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la acción de tutela instaurada por Jesús María Hernández Montoya, quien actúa a través de apoderada judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección de su derecho fundamental a la seguridad social, para lo cual solicita (i) se ordene a la AFP Porvenir SA que el valor pagado en el periodo 01-04-1993 al 30-06-1993 se refleje como semanas en su historia laboral y no como reserva actuarial; y (ii) que tiene derecho al traslado de régimen al cumplir con 750 semanas al 01-04-1994.

Narra el accionante que (i) entre el 01-10-1971 al 29-10-1996 estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales ISS; (ii) el 09-12-1996 se vinculó a la AFP Porvenir SA; (iii) entre el 01-04-1993 y el 30-06-1993 su empleador Jair Neira Ramírez omitió hacer sus aportes a pensión, por ello el 18-01-2016 este solicitó a Colpensiones el cálculo actuarial para pagar, pero le respondieron que el trámite se debía hacer ante Porvenir SA; (iv) lo que efectuó el 17-11-2016, respondiéndose de manera positiva el 07-02-2017, por lo que procedió a pagar $1.691.953; (v) dicho monto está reflejado en la historia laboral de la AFP Porvenir SA como “reserva entidad”; (vi) agrega que está próximo a cumplir 62 años y solicitar su pensión de vejez, asimismo que la mesada de Porvenir SA estaría por debajo de la que recibiría en Colpensiones y que puede trasladarse a Colpensiones por tener 750 semanas al 01-04-1994, lo que no puede hacer porque Porvenir SA no le acreditó en semanas los 12.87 para el periodo 01-04-1993 al 30-06-1993.

**2. Pronunciamiento de Porvenir SA**

Manifestó que el señor Hernández Montoya suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de solicitud de traslado a Porvenir SA; al nacer el 27-03-1957 se encuentra inhabilitado para el traslado al régimen anterior por encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para la pensión de vejez; cuenta al 01-04-1994 con 740.71 semanas y el cálculo actuarial pagado por su empleador de abril a junio de 1993 está registrado.

**3. Pronunciamiento de Colpensiones**

Dentro del traslado guardó silencio.

**4. Sentencia impugnada**

La jueza de instancia tuteló el derecho invocado por el actor por la omisión de las AFP Porvenir SA y Colpensiones frente al traslado de régimen y ordenó a las accionadas para que (i) de manera conjunta procedan a verificar si el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no resulta inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida; (ii) a Porvenir SA para que una vez verificado el ahorro proceda si es del caso a autorizar el traslado o de lo contrario a proporcionarle a su afiliado la oportunidad de cubrir esa diferencia; (iii) de ser procedente lo anterior, Porvenir SA y Colpensiones agoten el trámite pertinente.

Como argumento principal señaló que el cálculo actuarial realizado por Porvenir SA es válido, que el actor al 01-04-1994 satisface los 15 años de servicios, al contar con 754 semanas, por lo tanto, es beneficiario del régimen de transición, dándole la opción para el traslado de régimen de manera excepcional, sin embargo, como debe mediar solicitud del traslado y la verificación y que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al de prima media, ordenó para que ello se realice.

**5. Impugnación**

La accionada Colpensiones impugna el fallo al considerar que se desconoció el carácter subsidiario de la acción de tutela respecto al trámite del accionante, tampoco se avizora algún perjuicio irremediable.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿Se satisface el requisito de subsidiariedad como presupuesto general de procedibilidad de la acción de tutela?

(ii) De ser afirmativo lo anterior ¿Resulta procedente ordenar el traslado de régimen de ahorro individual que ostenta el actor al de prima media?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los intervinientes, (iii) inmediatez y (iv) subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

En cuanto a los de legitimación, derecho fundamental e inmediatez se encuentran satisfechos; en tanto el accionante está afiliado a Porvenir SA y antes a Colpensiones, siendo estas entidades quienes le deben permitir y aceptar el traslado de régimen; lo que tiene incidencia en el derecho fundamental de la seguridad social; sin que en este caso deba analizarse con rigurosidad el requisito de inmediatez, por cuanto lo pretendido en esta acción de amparo, como ya se dijo, tiene repercusión en su derecho pensional, el que es imprescriptible, por lo que mal se haría en fijarle un término para incoar esta acción.

Pero, no se cumple el presupuesto de subsidiariedad, dado que el actor cuenta con otra acción, la ordinaria laboral ante los jueces laborales para solicitar el retorno del RAIS al RPM al considerarse beneficiario del régimen de transición por la densidad de semanas, por lo que no tiene límite para poder hacerlo; lo que torna improcedente la acción de amparo, como lo ha apuntado la Corte Constitucional en Sentencia T-037 de 09-02-2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo y la Sala Laboral de la CSJ en sede de tutela en sentencias del 01-03-2015. Radicado 60703. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas; del 29-08-2018. Radicado 52444. M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán y del 22-10-2018. Radicado 52868. M.P. Fernando Castillo Cadena, entre otras; por lo que se acogen los argumentos de la impugnación.

Sin que en este asunto se esté en presencia de un sujeto de especial protección o de un perjuicio irremediable que amerite pretermitir este requisito para estudiarse la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues nada se probó al respecto, pues de lo que reposa en el expediente no emerge que tenga alguna circunstancia invalidante o que pertenezca a un grupo de población que sugiera su protección constitucional o se encuentra en uno o varios supuestos de riesgo, que permita colegir que es urgente e inmediata la intervención constitucional, ante el inminente y grave realización de un daño.

Por el contrario se demostró que alcanza los 61 años de edad –fl 5, por lo que no pertenece a la tercera edad[[2]](#footnote-2) y al momento de incoar esta acción se encontraba cotizando al sistema como trabajador dependiente, según se desprende de los aportes efectuados por el patronal SERVICIOS AGRÍCOLAS DE RISARALDA SAS –fl 50- y con anterioridad venía realizando cotizaciones como independiente.

Por si lo anterior no fuera poco, se advierte además que previa a esta acción no formulo petición alguna a las accionadas, en el sentido pretendido en esta; por lo que se les sorprende con esta acción, sin darles la oportunidad para pronunciarse al respecto.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, esta Sala considera que hay lugar a revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar improcedente la presente acción de tutela.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Segunda de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de 26-09-2018 proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la acción de tutela presentada por Jesús María Hernández Montoya en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia para en su lugar **DECLARAR IMPROCEDENTE** la presente acción.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

Magistrado Magistrado

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-037 de 09-02-2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. [↑](#footnote-ref-2)