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: DERECHO DE PETICIÓN / REQUISITOS / SEGURIDAD SOCIAL / TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA ORDENARLO DADO SU CARÁCTER RESIDUAL / INEXISTENCIA DE PERJUICIO IRREMEDIABLE.**

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). (…)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado de fijar el sentido y alcance del derecho de petición. Como consecuencia de ello, ha reiterado que las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades o ante particulares, deben ser resueltas de manera oportuna, completa, de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado; además, debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. (…)

… para esta Corporación existe certeza de que, con las respuestas dadas por las entidades accionadas al reclamo de la accionante, se satisface el derecho fundamental de petición de esta.

Ahora bien, respecto a sus demás pretensiones, el amparo 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 sus condiciones personales 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…

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 056 de 18-02-2019

Referencia: 66001-31-03-002-**2018-00872**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora MARÍA ELENA MARÍN DE OCAMPO, contra la sentencia proferida el día 11 de diciembre de 2018, mediante la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió la opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante promovió el amparo constitucional por considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y habeas data.

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

2.1. Nació el 18 de octubre de 1958 y se ha desempeñado como servidora pública por más de 26 años, tanto en la Gobernación de Risaralda, como en el Municipio de Dosquebradas, en este último ente territorial hasta la fecha de presentación del amparo.

2.2. El 9 de marzo de 1995 suscribió formulario de vinculación al ISS y a partir del 1º de abril de 1995 se hizo efectiva su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, donde sus empleadores continuaron haciendo los aportes.

2.3. No obstante lo anterior, de acuerdo a la comunicación CAS-1572775-V7N5Q1, desde el 2 de marzo de 1997, aparece en el régimen de ahorro individual, administrado por PROTECCIÓN SA, donde aún tiene vigente su afiliación, sin que nunca hubiese suscrito formulario de afiliación y/o traslado, por lo que sus empleadores, continuaron haciendo los aportes al ISS, hoy COLPENSIONES.

2.4. El 13 de agosto de 2018, radicó ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, solicitud de inexistencia y/o ineficacia de traslado de régimen, resuelta de forma negativa mediante comunicación del 23 de agosto siguiente.

2.5. El 8 de octubre de 2018, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de inexistencia y/o ineficacia de traslado de régimen, junto con el formulario de afiliación al sistema, y en la misma fecha recibió respuesta negativa a su petición.

2.6. El 26 de octubre de 2018, radicó un nuevo formato de PQR solicitando se declare la inexistencia y/o ineficacia de traslado de régimen, válida su afiliación a Colpensiones, se ordene a Protección SA trasladar los aportes consignados, corregir su historia laboral, que se le reconozca y pague la pensión de vejez y el retroactivo pensional, igualmente, que se le reciba el formulario de afiliación al sistema, sin exigirle una doble asesoría, pues por su edad, ese requisito no le es aplicable.

2.7. Mediante oficio BZ2018\_13621006-3327481 del 26 de octubre de 2018, Colpensiones respondió la petición anterior, indicando que no era procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado fue realizado por la señora María Elena Marín de Ocampo ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, artículo 13 literal B.

2.8. La señora María Elena Marín de Ocampo padece diversos quebrantos de salud, entre ellos, una degeneración discal múltiple y vértigo, por lo que requiere que se le tutele su derecho a la seguridad social, y así sea de manera provisional, se le reconozca su pensión de vejez, puesto que no le es posible someterse a esperar la decisión de un juez laboral, toda vez que el trámite ordinario es extenso y engorroso, y lo cierto es que el hecho de que actualmente no se encuentre afiliada a Colpensiones, obedeció a un hecho ajeno a su voluntad.

3. Con fundamento en lo anterior solicita en síntesis, se ordene a las accionadas dar respuesta de fondo a las peticiones radicadas el 13 de agosto y el 26 de octubre de 2018; se declare la inexistencia y/o ineficacia del traslado de régimen; válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; se ordene a PROTECCIÓN SA trasladar el monto de los aportes consignados, con los respectivos intereses y rendimientos financieros a COLPENSIONES, corregir su historia laboral, que se le reconozca y pague la pensión de vejez y el retroactivo pensional

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, que le impartió el trámite legal pertinente (fl. 42 C. Ppal.).

4.1. Se pronunció el Gerente de Defensa Judicial de Colpensiones, indicó que mediante los oficios BZ2018\_12742703-3115690 del 8 de octubre de 2018 y BZ2018\_13621006-3327481 del 26 de octubre de 2018, informó a la accionante que no procedía el traslado en razón a que fue realizado ejerciendo su derecho de libre elección de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, por lo tanto, en caso de inconformidad debe acudir a otros mecanismos distintos de la acción de tutela dado su carácter subsidiario, sin que pueda sustituir el medio de defensa idóneo, como lo es la jurisdicción ordinaria, en cabeza de su juez natural, para que este determine si reúne las condiciones para acceder a las pretensiones elevadas. Solicita declarar improcedente el amparo. (fls. 51-54 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela en cuanto al derecho a la seguridad social; y, negarla respecto de los derechos a presentar peticiones y habeas data; al concluir que las solicitudes de la accionante fueron decididas por las entidades destinatarias y el contenido de tales respuestas es conocido por ella, sin que pueda confundirse el disenso frente a lo decidido con la ausencia de respuesta material, clara, concreta y congruente. Además, la demandante no está avocada a la inminencia de un perjuicio irremediable, ni sus circunstancias particulares, en cuanto edad, estado de salud, condiciones socioeconómicas y socio familiares, permiten inferir que la acción de la cual dispone para procurar la defensa de sus derechos ante la jurisdicción ordinaria laboral carezca de idoneidad y eficacia. (fls. 59-63 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La sentencia fue impugnada por la accionante, exponiendo que la jurisprudencia constitucional tiene suficientemente decantado que la rigurosidad en el análisis de los requisitos de la subsidiariedad frente a un adulto mayor que padece quebrantos de salud debe ser menos riguroso. Advierte que con el escrito original se allegó un CD con la historia clínica, la cual da cuenta de los quebrantos de salud que se describieron en el escrito inicial, lo cuales analizados armónicamente con su edad y las condiciones en que apareció afiliada en un fondo al que nunca quiso pertenecer, le podrían permitir acceder al amparo deprecado; y aun cuando no se allegó prueba de su situación económica y familiar, su condición personal debió ser suficiente para analizar la viabilidad de conceder el amparo constitucional, al menos de forma transitoria, y concretamente en lo relacionado con declarar la validez de su afiliación a Colpensiones. (fl. 74 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 ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA vulneran los derechos invocados por la accionante, al negar su solicitud de declarar la inexistencia y/o ineficacia del traslado de régimen; y si la acción de tutela es procedente para ordenarlo.

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).

5. Ahora bien, en relación con el derecho fundamental de petición consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, este otorga la posibilidad de presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por cualquier persona, ya sea con motivos de interés general o particular y, además, de obtener una respuesta pronta. Ahora bien, el 30 de junio de 2015 se expidió la Ley 1755, *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.* Legislación que destaca la obligación de resolver o contestar la solicitud dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su recibo, salvo algunas excepciones; en todo caso, impone a las autoridades el deber de dar pronta respuesta al peticionario(a), y excepcionalmente cuando no fuere posible resolverla en los plazos señalados, dejó previsto en el parágrafo del artículo 14, que la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado(a), antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

6. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado de fijar el sentido y alcance del derecho de petición. Como consecuencia de ello, ha reiterado que las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades o ante particulares, deben ser resueltas de manera oportuna, completa, de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado; además, debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición[[1]](#footnote-1).

Si la autoridad o entidad correspondiente no atiende justificadamente los plazos establecidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia constitucional, vulnera el derecho de petición.

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora MARÍA ELENA MARÍN DE OCAMPO, interpuso acción de tutela tras considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales de petición, seguridad social y habeas data, al negar su solicitud de declarar la inexistencia y/o ineficacia del traslado de régimen.

2. De los documentos allegados al plenario y de lo informado por la propia accionante, en relación con su pretensión de ordenar a las accionadas dar respuesta de fondo a las peticiones radicadas el 13 de agosto y el 26 de octubre de 2018, se tiene que, mediante el oficio BZ2018\_13621006-3327481 del 26 de octubre de 2018 (fl. 40 id.), COLPENSIONES le indicó a la petente que no procedía el traslado en razón a que fue realizado ejerciendo su derecho de libre elección de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993. Y si bien no se allegó prueba de la solicitud del 13 de agosto de 2018, ni de su contestación, en el hecho vigésimo segundo del escrito de tutela se hace referencia a esta, donde se afirma haber recibido respuesta negativa, argumentando que “*Referente a la anulación del vínculo con Protección S.A le indicamos que la afiliación presentada por la señora María Elena se presume válida para todos los efectos legales y Protección S.A. no es la autoridad competente para determinar los vicios en el consentimiento que ustedes manifiestan, ya que únicamente la justicia ordinaria es competente para desvirtuar la presunción de validez que reviste la misma, pues este procedimiento supone una declaración de la Justicia Penal, para que deje sin efectos un documento amparado por la presunción de la legalidad. Para el caso que nos ocupa, si usted considera que existe alguna irregularidad en la afiliación presentada por la señora María Elena a nuestro fondo, debe acercarse a la Fiscalía General de la Nación e instaurar una denuncia por falsedad. Esta institución, una vez realiza los estudios pertinentes, entrega al área jurídica de Protección un oficio, mediante el cual, emite su respuesta oficial de acuerdo con las evidencias encontradas en cada caso. En este orden de ideas es pertinente aclarar que nos encontramos regidos por un marco normativo, el cual no nos permite realizar la anulación de una afiliación que cuenta con presunción legal de validez y mientras no exista un pronunciamiento de una autoridad competente que declare que la afiliación realizada es nula, nuestra administradora no puede acceder a sus pretensiones.*” (fls. 4-5 id.).

3. Teniendo en cuenta lo anterior, para esta Corporación existe certeza de que, con las respuestas dadas por las entidades accionadas al reclamo de la accionante, se satisface el derecho fundamental de petición de esta.

4. Ahora bien, respecto a sus demás pretensiones, el amparo 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 sus condiciones personales 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 60 años 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, limitación o discapacidad física, pues lo único que indicó es que padecía “*diversos quebrantos de salud, entre ellos, una degeneración discal múltiple y vértigo*” (fl. 6 id.), mismos que se pueden constatar con la historia clínica que se allegó en medio magnético –CD-, con el escrito original, la cual también da cuenta de otros problemas de salud, como “S*índrome de manguito rotatorio*”, “*Gonartrosis, no especificada*” y “Lumbago con ciática”, los que se itera, no se pueden considerar como enfermedades catastróficas o que conlleven a una situación de invalidez o de discapacidad de la actora, limitación física, síquica o sensorial, que la hiciera un sujeto de especial protección constitucional, y por ende, procedente el amparo para reclamar derechos de orden prestacional, tal como lo ha reiterado la Corte Constitucional*[[2]](#footnote-2).*

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 el Municipio de Dosquebradas. 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 (60 años), el lapso de tiempo que llevaría definir su situación por parte de la justicia ordinaria o sus quebrantos de salud, puede utilizar la acción de tutela como mecanismo jurídico para proteger sus derechos, pues como ya se anotó, 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 uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, esto es, la subsidiariedad, 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 MARÍN DE OCAMPO, 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.

**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 11 de diciembre de 2018 por el Juzgado Segundo Civil de Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva.

**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)

1. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-086 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver Sentencias T-157 de 2011; T-678 de 2016 y T-469 de 2018. [↑](#footnote-ref-2)