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 / TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / PROCEDENCIA DE LA TUTELA EN DETERMINADOS CASOS / PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ / NO SE CUMPLE EL SEGUNDO EN ESTE CASO.**

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.

No obstante lo anterior, al traslado de régimen de ahorro individual para el de prima media, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, se le ha dado por la jurisprudencia la connotación de constitucional, al involucrar derechos fundamentales.

De manera pues que se justifica la intervención del juez constitucional, cuando a una persona que puede beneficiarse de las bondades del régimen de transición, se le desconoce tal derecho con la negativa en aceptar su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, porque en tal forma se impide al peticionario disfrutar de su pensión por vejez. (…)

… se concluye que se halla ausente el requisito de inmediatez que se analiza y por tal razón el amparo reclamado resulta improcedente, pues si el demandante consideró afectados sus derechos fundamentales al negársele su solicitud de traslado de régimen, ha debido acudir ante los jueces constitucionales dentro de un término razonable en busca de su protección. Empero, permitió que transcurriera más de un año para instaurarla y ese pasivo comportamiento permite inferir el desinterés de su parte en lograr un amparo oportuno.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, siete (7) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 238 de 07-06-2019

Referencia: 66001-31-03-005-**2019-00079-01**

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el día 10 de abril de 2019, mediante la cual el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió el señor Gerardo Antonio Betancourt Ospina, contra la entidad opugnante y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA.

**II. ANTECEDENTES**

1. El accionante promovió el amparo constitucional por considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, vida digna, mínimo vital, debido proceso y libre escogencia de régimen pensional.

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

2.1. El 23 de febrero de 1976 se afilió al Instituto de los Seguros Sociales – ISS, hoy Colpensiones, para proteger los riesgos derivados de las contingencias de invalidez, vejez y muerte.

2.2. El 22 de julio de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, dentro del Sistema General de Pensiones, encontrándose actualmente activo en la AFP PROTECCIÓN SA.

2.3. Para el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, Sistema General de Seguridad Social Integral, abril 1º de 1994, contaba con más de 15 años cotizados al ISS. En consecuencia, a la luz del artículo 36 de la mentada ley, es beneficiario del Régimen de Transición.

2.4. Su primer cotización fue el 23 de febrero de 1976, por lo que, para abril 1º de 1994, contaba con 826.14 semanas cotizadas, lo cual se puede observar en la historia laboral que adjunta.

2.5. Teniendo en cuenta lo anterior y con el fin de recuperar el régimen de transición al que tiene derecho y las prerrogativas que este conlleva, presentó solicitud de traslado hacía Colpensiones el día 24 de enero de 2018, diligenciando el formulario respectivo y un derecho de petición solicitando la aprobación del traslado de régimen de conformidad con las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

2.6. Mediante comunicado del 2 de febrero de 2018, radicado BZ2018\_830240-0317577 el fondo de pensiones COLPENSIONES le informa que la validación del cumplimiento de los requisitos es determinada por el fondo de pensiones PROTECCIÓN SA, y que no cumple con los requisitos para el traslado de régimen “No cumple 15 años al 01-04-1994 Sentencia SU062”.

2.7. Cuenta con 60 años de edad y de conformidad con la información otorgada por Protección SA y Colpensiones no es posible su traslado hacia esta última, argumentando que no pertenece al régimen de transición, desconociendo lo establecido en las sentencias de la Corte Constitucional C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

2.8. De esta manera se vulneran múltiples derechos, máxime atendiendo su edad, las condiciones físicas de deterioro y la imposibilidad de contar con un ingreso en la modalidad de pensión bajo las condiciones del Régimen de Transición.

3. Con fundamento en lo anterior solicita en síntesis, se ordene a las accionadas dar trámite a su solicitud de traslado al régimen de prima media administrado por Colpensiones, con el fin de que sea reconocida y pagada su pensión bajo los parámetros del régimen de transición al que tiene derecho.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que le impartió el trámite legal pertinente (fl. 24 C. Ppal.).

4.1. La representante legal judicial de la AFP PROTECCIÓN SA expuso que el accionante presenta afiliación al Fondo de Pensión Obligatoria administrado por ING, hoy Protección SA, desde el 13 de febrero de 2002, como traslado de la AFP Horizonte, y con fecha de efectividad del 01 de abril de la misma anualidad.

Informa que la solicitud de traslado del señor GERARDO ANTONIO BETANCOURT OSPINA, fue rechazada por esa administradora en consideración a que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, tampoco cumplía con el requisito de los 15 años de servicio a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones.

Considera que no ha desconocido los derechos fundamentales del accionante, toda vez que si no se aprobó la solicitud de traslado formulada, obedeció a la falta de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales exigidos para tal evento. Igualmente, su afiliación a PROTECCIÓN SA, se presume válida. En ese orden de ideas, la presente acción de tutela debe ser denegada. (29-33 id.).

4.2. Se pronunció la Directora (A) de Acciones Constitucionales de Colpensiones, resalta que según lo expresado por el mismo accionante, la solicitud de traslado que él presentó fue respondida por Colpensiones, en la cual se fundamentó las razones por las cuales se negó su afiliación, por lo que si está en desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión de ser trasladado vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Afirma que no se demostró la amenaza de un eventual perjuicio irremediable, por lo que tampoco sería posible acceder a la tutela como mecanismo transitorio.

Considera que Colpensiones no tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados y solicita se desestime la acción de tutela en su contra. (fls. 37-38 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que resolvió conceder el amparo del derecho fundamental a la seguridad social; al concluir que el accionante es beneficiario del régimen de transición; en consecuencia ordenó a las accionadas que de manera conjunta y coordinada, verificaran si la equivalencia del ahorro realizado en el régimen de ahorro individual es inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con el resultado obtenido, la AFP PROTECCION deberá proceder a autorizar su traslado al régimen de prima media con prestación definida, o de lo contrario, otorgarle al señor BETANCOURT OSPINA la oportunidad de cubrir la diferencia y pagar ese mayor valor que se encuentre como faltante, siempre y cuando sea la voluntad del accionante, una vez hecho lo anterior, la AFP PROTECCIÓN SA deberá adelantar los trámites de traslado a COLPENSIONES de la totalidad del ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad. (fls. 40-44 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La sentencia fue impugnada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, exponiendo similares argumentos a los narrados en la contestación de la demanda, relacionados con el desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela respecto al trámite del accionante; y, la ausencia de prueba de un eventual perjuicio irremediable. Resalta que Colpensiones emitió respuesta de fondo a la solicitud radicada por el peticionario, por lo tanto, si está en desacuerdo, debe acudir al juez ordinario y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial. Solicita se revoque el fallo y en su lugar se declare improcedente el amparo. (fls. 49-51 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 el accionante, al negar su solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al de prima media con prestación definida, bajo el argumento de no cumplir con los requisitos para ello; 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 las autoridades públicas, o de los particulares.

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.

5. No obstante lo anterior, al traslado de régimen de ahorro individual para el de prima media, en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, se le ha dado por la jurisprudencia la connotación de constitucional, al involucrar derechos fundamentales.***[[1]](#footnote-1)***

De manera pues que se justifica la intervención del juez constitucional, cuando a una persona que puede beneficiarse de las bondades del régimen de transición, se le desconoce tal derecho con la negativa en aceptar su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, porque en tal forma se impide al peticionario disfrutar de su pensión por vejez.

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, el señor GERARDO ANTONIO BETANCOURT OSPINA, interpuso acción de tutela tras considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, vida digna, mínimo vital, debido proceso y libre escogencia de régimen pensional, al negar su solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al de prima media con prestación definida, bajo el argumento de no cumplir con los requisitos para ello.

2. De los documentos allegados al plenario y de lo informado por el propio accionante, se tiene que, mediante el oficio BZ2018\_830240-0317577 del 2 de febrero de 2018 (fls. 12, 39 y 52 id.), COLPENSIONES indicó al peticionario “*No es procedente dar trámite a su solicitud, teniendo en cuenta que no cuenta con los 15 años o mas de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de Seguridad Social en Pensiones (01/04/1994), requeridos para efectuar el traslado por sentencia unificada 062 de 2010*”; sin embargo, solo el 27 de marzo de este año solicitó el actor protección constitucional (fls. 11 y 23 id.). Es decir, transcurrió más de un (1) año desde la fecha en que Colpensiones informó sobre la negativa a su solicitud, sin que haya actuado con la urgencia y prontitud con que ahora demanda el amparo y no se evidencia la existencia de una justa causa que explique los motivos por los que permitió que el tiempo transcurriera sin promover la acción ya que ninguna consideración al respecto hizo en la demanda con la que se inició el proceso que permita deducirla.

3. Así las cosas, se concluye que se halla ausente el requisito de inmediatez que se analiza y por tal razón el amparo reclamado resulta improcedente, pues si el demandante consideró afectados sus derechos fundamentales al negársele su solicitud de traslado de régimen, ha debido acudir ante los jueces constitucionales dentro de un término razonable en busca de su protección. Empero, permitió que transcurriera más de un año para instaurarla y ese pasivo comportamiento permite inferir el desinterés de su parte en lograr un amparo oportuno.

4. Verificada la no ocurrencia de uno de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, no cabe a través de este medio examinar de fondo si en el asunto propuesto se dan las condiciones para el traslado del señor GERARDO ANTONIO BETANCOURT OSPINA, 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.

5. Se revocará entonces el fallo impugnado y en su lugar se declarará improcedente la acción de tutela por incumplirse el citado presupuesto de inmediatez.

**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:** REVOCAR el fallo proferido el 10 de abril de 2019 por el Juzgado Quinto Civil de Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva.

**Segundo:** DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela por incumplirse el presupuesto de inmediatez.

**Tercero:** Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

**Cuarto:** 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. Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. “Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez, y por tanto, el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental” [↑](#footnote-ref-1)