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 / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / 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…

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). (…)

Teniendo en cuenta lo anterior, para esta Corporación no hay duda que el amparo solicitado se torna improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial 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, treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 468 de 30-09-2019

Referencia: 66001-31-10-001-**2019-00381**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora BEATRIZ ELENA GARCÍA VARGAS, contra la sentencia proferida el día 15 de agosto de 2019, mediante la cual el Juzgado Primero de Familia 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 a la seguridad social, igualdad, libre escogencia o traslado de régimen pensional y debido proceso en actuación administrativa.

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

2.1. Nació el 12 de octubre de 1971 y por tanto cuenta con 47 años de edad.

2.2. Al inicio de su vida laboral, estuvo afiliada y cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales.

2.3. En la actualidad se encuentra afiliada a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

2.4. Mediante derecho de petición enviado vía correo certificado el 4 de octubre de 2018, y recibido por la entidad el 5 de octubre de 2018, es decir, antes de cumplir los 47 años de edad, solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN SA, accedieran a su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, y consecuente con ello, el traslado de sus aportes, a efectos de obtener los beneficios pensionales dispuestos para los afiliados a ese último régimen, administrado por COLPENSIONES.

2.5. Con Oficio N°2018\_12624035-16839771 del 5 de octubre de 2018, COLPENSIONES le indicó que la petición de traslado no había sido aceptada, en tanto requería de la doble asesoría, dispuesta en el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014.

2.6. No obstante lo anterior, solo hasta el día 23 de octubre de 2018, le fue brindada por ambas entidades la doble asesoría, tal como consta del oficio N°BZ2018\_13375916-3284458, emanado de COLPENSIONES.

2.7. Mediante Oficio N°2019\_10022970-20112791 del 25 de julio de 2019, COLPENSIONES emitió respuesta a su petición de traslado, denegándola, por tener cumplidos 47 años de edad al momento de expedición de la respectiva respuesta.

2.8. La negativa de la accionada constituye una flagrante vulneración a sus derechos constitucionales, toda vez que si bien recibió la doble asesoría con posterioridad al cumplimiento de los 47 años de edad, su solicitud de traslado fue radicada al momento en que aún tenía 46 años, esto es, cuando le faltaban más de 10 para cumplir la edad mínima de pensión; máxime cuando la mora de las accionadas para brindar la doble asesoría no puede cargársele a ella para denegar su respectivo traslado, toda vez que su petición de traslado de fondo tuvo lugar dentro del término dispuesto por el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

3. Con fundamento en lo anterior solicita en síntesis, se ordene a las accionadas autorizar su traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; y, a PROTECCIÓN SA trasladar la totalidad de los aportes consignados a COLPENSIONES.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Primero de Familia de Pereira, que le impartió el trámite legal pertinente (fl. 14 C. Ppal.).

4.1. Se pronunció el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, señaló que eran la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, las competentes para atender cualquier requerimiento realizado por la actora o por el despacho; con lo cual no se verificaba ni evidenciaba vulneración alguna a los derechos fundamentales incoados, por parte de ese ente, por lo que solicitó abstenerse de proferir fallo en su contra. (fls. 20-22 id.).

4.2. La representante legal judicial de la AFP PROTECCIÓN SA expuso que la accionante presenta afiliación al Fondo de Pensión Obligatoria administrado por ING, hoy Protección SA, desde el 7 de marzo de 1998, como vinculación inicial al Sistema General de Pensiones.

Aclara que si la accionante manifestó a Colpensiones su intención de trasladarse de régimen, dicha entidad no radicó ante Protección SA, solicitud formal de traslado, trámite indispensable para que esa administradora pueda pronunciarse frente a la misma.

Considera que no ha desconocido los derechos fundamentales del accionante, toda vez que si no se tramitó la solicitud de traslado, obedeció a la falta de reporte de la misma por parte de Colpensiones, acorde con lo regulado por la normatividad aplicable para tal evento. También que la presente acción de tutela es improcedente, pues existe otro medio de defensa judicial que agotar. (27-32 id.).

4.2. Se pronunció la Directora (A) de Acciones Constitucionales de Colpensiones, quien indicó que mediante comunicado 2019\_10022970-20112791, informó a la accionante que el traslado no había sido aceptado, en consecuencia, si está en desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión 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 declare improcedente el amparo en su contra. (fls. 37-38 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Primero de Familia de Pereira, que resolvió declarar improcedente la acción de tutela; al concluir que la accionante puede ejercer otros medios de defensa judicial para la satisfacción de su pedimento, máxime, cuando en el expediente no se encuentra acreditado un perjuicio irremediable, el cual es requisito indispensable demostrarlo. Tampoco que el mecanismo del cual dispone para alcanzar su cometido carezca de idoneidad y eficacia. (fls. 86-91 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La sentencia fue impugnada por la accionante, con similares argumentos a los expuestos en su escrito de tutela, exponiendo que no hay razón para reprocharle que haya presentado su solicitud de traslado a pocos días de cumplir sus 47 años de edad, sin tener que justificar las causas para hacerlo, pues se encontraba dentro del término para ello, otra cosa es que las accionadas se tardaran en prestar la doble asesoría, mora que no puede trasladársele en un efecto negativo para ella. Considera que la tutela se torna procedente, porque el actuar de Colpensiones se enmarca en una vía de hecho por violación al debido proceso y al principio de legalidad, máxime cuando lo que se discute, es únicamente el hecho de que la accionante cuando elevó la solicitud de traslado de régimen pensional le faltaban más de diez (10) años para cumplir la edad de pensión de vejez y que Colpensiones pasó por alto, en abuso de poder y de su condición dominante. (fls. 97-100 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 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).

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora BEATRIZ ELENA GARCÍA VARGAS, interpuso acción de tutela tras considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, libre escogencia y debido proceso en actuación administrativa, al negar su solicitud de traslado de régimen pensional.

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 autorizar su traslado de régimen pensional, se tiene que, Colpensiones en oficio N° 2018\_12624035-16839771 del 5 de octubre de 2018, le indicó que la petición de traslado no había sido aceptada, por cuanto requería de la doble asesoría entre los dos régimen pensionales, dispuesta en el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1748 de 2014 y la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia (fl. 5 id.). El 23 de octubre de 2018, con oficio BZ2018\_13375916-3284458, la misma entidad, le presenta el resumen de la asesoría realizada (fl. 6 id.). Finalmente, mediante el oficio Nº 2019\_10022970-20112791 del 25 de julio de 2019, se le informó a la petente que su solicitud no había sido aceptada, ya que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (fl. 7 id.).

3. Teniendo en cuenta lo anterior, para esta Corporación no hay duda que el amparo solicitado se torna improcedente por ausencia del requisito de subsidiariedad, pues la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial 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 47 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, 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*[[1]](#footnote-1).*

Ahora, la demandante incumplió la carga de argumentar la afectación de derechos fundamentales, en el entendido que se limitó a enunciar los presuntamente vulnerados, pero, como quedó visto, no acreditó la posible configuración de un perjuicio irremediable. 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 la acción de tutela se torna procedente, porque el actuar de Colpensiones se enmarca en una vía de hecho por violación al debido proceso y al principio de legalidad, 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 BEATRIZ ELENA GARCÍA VARGAS, 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 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero de Familia 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**

1. Ver Sentencias T-157 de 2011; T-678 de 2016 y T-469 de 2018. [↑](#footnote-ref-1)