

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DUAL DE DECISION PENAL

Magistrada Ponente

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011)

Hora: 3:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 472.

<i>Radicación:</i>	<i>66001-31-04-001-2011-00079-01</i>
<i>Accionante:</i>	<i>Martha Lucía Velásquez Bustamante</i>
<i>Accionado:</i>	<i>Instituto del Seguro Social y A.F.P. Porvenir S.A.</i>
<i>Procedencia:</i>	<i>Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira</i>
<i>Derechos:</i>	<i>Seguridad social.</i>

ASUNTO

Desata esta Sala Dual la impugnación interpuesta por la actora, contra el fallo mediante el cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por la ciudadana MARTHA LUCÍA VELÁSQUEZ BUSTAMANTE en contra del Instituto de Seguros Sociales y la A. F. P. Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

Expresó la actora que nació el 15 de marzo de 1953, por lo que a 1º de abril de 1994, contaba con 41 años de edad, situación fáctica que la ubicó dentro del régimen de excepción pensional previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Informó que inició su vida laboral el 30 de junio de 1975 con la respectiva afiliación al Instituto de Seguros Sociales, luego tomó la equivocada decisión de cambiar de régimen pensional y se afilió al fondo de pensiones Porvenir S.A., pero que a raíz de una información recibida, decidió retornar al anterior sistema y acudió al Instituto accionado y allí se le informó que ella se encontraba pensionada por cuenta de Porvenir S.A., y luego de adquirir constancia que desvirtuó lo anterior, volvió a la entidad y se le dijo que era imposible su cambio de régimen pensional.

Dijo que procedió a presentar petición escrita, anexando el formulario para cambio de régimen que radicó en la entidad accionada, a la que se dio respuesta luego de varios incidentes y demoras, en la que se le indicó que no era procedente porque estaba en trámite el reconocimiento de su pensión en el régimen de ahorro individual, hecho que no es cierto y acusa a los funcionarios de actuar con mala fe, agregando que es madre cabeza de familia y padece enfermedad que le dificulta su desplazamiento hasta el lugar de trabajo.

Finalmente expuso que el Instituto de Seguros Sociales le está vulnerando su derecho al debido proceso, acorde con las razones que aduce, además de la igualdad, la favorabilidad, a la seguridad social y a su vejez en condiciones dignas.

Sentencia de primer grado

La decisión atacada, analiza los fundamentos jurídicos de la acción de tutela y su procedibilidad en asuntos pensionales y el desarrollo jurisprudencial, por lo que frente al caso sometido a su consideración, advierte que la señora MARTHA LUCÍA VELÁSQUEZ, no puede acceder al cambio de régimen pensional, porque a 1º de abril de 1994, había cotizado sólo 355 semanas, siendo necesario para aquella movilidad, haber consolidado un total de 15 años.

En consecuencia resolvió que esta acción es improcedente para discutir el asunto pensional y negó el amparo deprecado.

Impugnación

La señora VELÁSQUEZ BUSTAMANTE, al sustentar el recurso insiste en que la accionada no ha respetado la normatividad ni la jurisprudencia, que ha pretendido el cambio de régimen no por haber cotizado 15 años y refiere que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se puede cambiar de régimen por el sólo hecho de tener la edad prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin consideración al número de semanas cotizadas. Se duele porque en su sentir no fueron evaluados sus argumentos y refiere jurisprudencia para invocar el derecho a la igualdad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Problema jurídico

Le corresponde determinar a esta Corporación, si el Instituto de Seguros Sociales, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la promotora de la acción, de manera que deba abrogarse la decisión de primera instancia o si el fallo se encuentra ajustado a derecho y por ende merece la ratificación.

Solución

La Sala parte de la consideración de que en efecto, la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República, para la protección de sus derechos fundamentales; pero, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites de tal suerte que no degeneren en abuso del derecho.

Ya esta misma Sala de Decisión, advirtió a los ciudadanos y abogados gestores de causas en sede constitucional, lo siguiente:

“No es posible aún concebir, luego de más de 20 años de vigencia del instituto de la tutela, que ante el primer fracaso, en el primer tropiezo frente a las expectativas mediante el trámite de vía gubernativa, se crea en forma equivocada, que se está legitimado para interponer una acción de esta naturaleza, soslayando todo concepto de competencia judicial y desconociendo en forma ramplona lo establecido en las leyes codificadas”.

“Esta es una práctica abusiva que se ha venido generalizando tras el sesgo que se le pretende dar a la sana jurisprudencia constitucional, últimamente convertida en patente de corzo para abusar de las acciones consagradas en la Carta Política. Es verdad sabida y de dominio en los medios judiciales que las estadísticas que rinden los despachos, reflejan el trámite de un gran volumen de acciones de tutela que congestionan y restan oportunidad para decisiones frente a las tareas que de ordinario tienen asignadas los diferentes operadores judiciales”.

Se pregona lo anterior, porque no en pocas ocasiones, obviando el cumplimiento de los presupuestos de residualidad y subsidiariedad, pese no advenir perjuicio irremediable, se acciona primeramente en sede constitucional antes que recurrir a las vías ordinarias, es decir, ante el juez natural, como en el presente asunto, en el que no se discute una situación de riesgo que pueda afectar el mínimo vital de la señora MARTHA LUCÍA VELÁSQUEZ BUSTAMANTE, y no existe perjuicio irremediable que conjurar, por lo que no encuentra la Colegiatura razón para que omita acudir ante el juez natural, mediante la acción ordinaria laboral e instaurar la demanda tendiente al reconocimiento de aquél derecho, que en su entender está consolidado.

El asunto que ocupa la atención de esta Corporación, se concentra en el cuestionamiento que se hace al fallo de primer nivel que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados, al precisar que no consolidó aquél derecho para que le permita su movilidad dentro de los dos regímenes pensionales vigentes en Colombia.

Reitera una vez más esta Colegiatura que el juez de tutela debe ser exegético al exigir el requisito de procedibilidad denominado residualidad, porque el mismo va dirigido a que exista completa armonía y división de las respectivas competencias que se han distribuidos dentro de la Rama Judicial, como uno de los poderes públicos. Ha sido doctrina constitucional probable, la siguiente:

*“... cuando se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental; ii) **que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho***

fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias; y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados. No obstante la regla general de solución de controversias laborales por parte de la jurisdicción competente [ordinaria o contenciosa], paralelamente la jurisprudencia constitucional ha sostenido que de manera excepcional ante ciertas circunstancias, puede abrirse paso la acción de tutela para resolver ese tipo de conflictos,...”¹

Por manera que si estos presupuestos no se satisfacen por la parte demandante, no es posible, encontrar viabilidad para estudiar de fondo las pretensiones del actor en sede constitucional.

Adicionalmente advierte la Sala, junto con la falladora de primer nivel, que la señora MARTHA LUCÍA VELÁSQUEZ, lamentablemente no cumple con los requerimientos que exigen las normas expedidas en materia de seguridad social, para implorar el cambio de sistema pensional, toda vez que los artículos 36 de la Ley 100 de 1993 y 2º de la Ley 797 de 2003 y el precedente jurisprudencia contenido en la Sentencia C- 1024 de 2004, de la Corte Constitucional, imponen que es necesario haber cotizado durante 15 años, antes del primero de abril de 1994 y así poder ejercer el derecho de movilidad en los regímenes.

Respecto de la edad, es la requerida para poder conservar el régimen que traía antes de la vigencia de la citada Ley 100, pero una vez adoptada la decisión de cambiarse al de ahorro individual con solidaridad, si adicionalmente no tuvo en cuenta su tiempo de cotización, ya no puede regresarse al de prima media con prestación definida.

¹ Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

No sobra traer a colación lo pertinente de la jurisprudencia que clarificó el tema respecto del requisito necesario para trasegar por los regímenes pensionales, tal como lo impuso el literal 'e' del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, bajo el entendido de la exequibilidad impartida por la Corte Constitucional, en lo siguientes términos:

“Aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, cuando previamente se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen el derecho de regresar -en cualquier tiempo- al régimen de prima media con prestación definida, con el propósito de preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen de transición. Siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido, no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas!.”²

Respecto a la posible inducción en error que provino del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. y/o del Instituto de Seguros Sociales, que considera una vía de hecho, debe precisar la Sala que este argumento se aviene más como a una inconformidad al pretender un vicio en su consentimiento al momento de acceder a cambiarse del sistema de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Estudiar y determinar si el consentimiento de una persona se encuentra viciado al momento de suscribir un contrato, es asunto que no puede discernirse en sede de tutela, dada su envergadura y la profunda discusión probatoria y legislativa a que debe someterse el tema, siendo esta una pretensión que debe someterse a examen del juez ordinario. Cabe reiterar una vez más que el operador

² Sala Plena, Sentencia C- 1024 de 20 de octubre de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil.

constitucional no está para suplantar a los jueces en sus competencias ordinarias, para con usurpación de la jurisdicción adoptar decisiones por fuera del marco de legalidad.

Al margen de lo anterior es necesario aclarar que la irrenunciabilidad a la seguridad social, traduce que no puede el trabajador abandonar estos derechos frente a su salud o de acceder futuramente a una pensión de vejez, cualquiera sea el régimen que se le aplique, más nada tiene que ver con la opción o un cambio respecto a los dos sistemas establecidos legalmente en Colombia.

Por último y frente a la probable aplicación del principio de igualdad, debe precisar la Sala que no puede concebirse bajo la óptica de unos hechos diversos a los planteados en cada caso particular y que de otro lado, existe un precedente judicial, emanado precisamente de la Corte Constitucional, referido de la Sentencia de Unificación 062 de 2010, que concluyó en la exigencia de los 15 años de cotización, para permitírsele su movilidad en los regímenes pensionales.

Concluyendo las argumentaciones, podemos precisar que esta acción de tutela no es medio apto para aspirar al reconocimiento de la pretensión planteada en el libelo y de otra parte, no se avizora que efectivamente se le esté vulnerando por las entidades accionadas derecho fundamental alguno, se debe ratificar la decisión objeto de impugnación, ya que la negativa de amparo se adoptó dentro de los parámetros constitucionales.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Dual de decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Pereira, en cuanto fue materia de impugnación.

Segundo: Notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

Magistrada

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

Jairo Alberto López Morales

Secretario