

**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, veintitrés (23) de septiembre de dos mil once (2011)

Hora: 3:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 632.

<i>Radicación:</i>	<i>66001-31-87-002-2011-20724-01</i>
<i>Accionante:</i>	<i>William Rojas</i>
<i>Accionado:</i>	<i>Instituto del Seguro Social</i>
<i>Procedencia:</i>	<i>Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira</i>
<i>Derechos:</i>	<i>Seguridad social y otros</i>

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el actor, contra el fallo mediante el cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y medidas de Seguridad de esta ciudad, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por el ciudadano WILLIAM ROJAS en contra del Instituto de Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

Expuso el actor que nació el 19 de mayo de 1957, por lo que a 1º de abril de 1994 tenía 36 años de edad y cotizadas 936 semanas al sistema pensional, es decir, más de 15 años, razón para haber solicitado a la AFP Citi Colfondos autorizara su traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, siendo informado que debía esperar el trámite ante esta última entidad, pero que el 14 de marzo último, se le comunicó por Citi Colfondos que el Instituto había rechazado su solicitud.

Considera el libelista que con esta negativa se le está vulnerando su derecho al debido proceso, porque se desconocen principios constitucionales en materia laboral, como el previsto en el artículo 53 y adicionalmente se le desconocen derechos como el de la seguridad social, igualdad, libre escogencia o traslado de régimen pensional y amenaza al mínimo vital.

Sentencia de primer grado

El operador de primer nivel, al determinar las normas que regulan la pretensión tutelar, junto con su desarrollo jurisprudencial y acompañarla con la carga probatoria, advirtió que el señor ROJAS, no cumple con el requisito relativo al tiempo de cotización de 15 años antes del 1º de abril de 1994, para recuperar el régimen de transición por el cual estuvo cobijado y tampoco superó el límite de los 40 años en la fecha antes indicada, por lo que negó la protección invocada.

Impugnación

El ciudadano WILLIAM ROJAS al sustentar la impugnación propuesta, insiste en ser beneficiario del régimen de transición porque según su

historia laboral, ha cotizado un total de 1.031,71 semanas, siendo factible su traslado de régimen pensional y que en el evento de no ser acreedor a ese régimen de transición, solicita se tenga en cuenta su libertad para escoger el fondo de pensiones. También expuso que el fallo de primer nivel, no tuvo en cuenta los fundamentos legales y constitucionales indicados en la demanda, por lo que pide la revocatoria del fallo y se decrete el amparo de sus derechos.

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 planteado

Le corresponde determinar a esta Corporación, (i) si el Instituto del Seguro Social, efectivamente vulneró los derechos fundamentales invocados por el ciudadano promotor de la acción y si es ineludible su amparo, (ii) si procede la revocatoria de la decisión de primera instancia como lo solicita el impugnante, o (iii) si el fallo se encuentra ajustado a derecho y por ende merece la ratificación.

Solución

Conforme con lo preceptuado por el artículo 86 de la Carta Constitucional, toda persona tiene acción de tutela para invocar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, bien directamente o a través de representante, la protección inmediata de sus derechos fundamentales,

cuando estén siendo vulnerados o amenazados con la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o con la conducta de algunos particulares en los casos expresamente previstos en la ley.

Respecto de lo anterior, ha de precisarse que no es ésta regla general, sino excepcional, porque la acción constitucional no puede convertirse en medio apto para desplazar las competencias asignadas por la ley a los jueces de las diferentes jurisdicciones, cuál voluntad del ciudadano, ni puede ser de libre escogencia, porque debe cumplir con los presupuestos legales y jurisprudenciales de procedibilidad.

La decisión que ahora revisa esta Colegiatura, no accedió a la protección reclamada, situación que permitió al actor alzarse con la impugnación que cimentó en la tozuda posición de tener consolidado el derecho a trasladarse de régimen pensional, porque cumplió con el tiempo de cotización necesario con tal finalidad.

Esta Colegiatura conviene con la decisión de primer grado, que el presupuesto para acceder al régimen de excepcionalidad para la aplicación del nuevo régimen previsto en la ley, con la finalidad de fijar los requisitos para consolidar el derecho de pensión, en efecto están definidos bajo dos factores, siendo el primero haber cumplido 35 años de edad si es mujer o 40 si es hombre antes del 1º de abril de 1994, y uno segundo disyuntivo, cual es el tiempo de cotización que hubiere consolidado antes de esa misma fecha, en quantum superior a 15 años de servicio, esto es 750 semanas.

Aquí es necesario aclarar una situación sui generis respecto de algunos cotizantes, quienes optaron por cambiarse del único régimen que se había establecido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, cual es el de prima media con prestación definida, al de ahorro

individual con solidaridad. Las sentencias de constitucionalidad que cita el impugnante y el fallo a quo¹, se refieren a que sólo puede retomar el primero de aquellos sistemas, quien a 1º de abril de 1994, hubiere cotizado 15 años de servicio, sin importar la edad cronológica del individuo.

Por lo anterior, valga recordar que el Instituto de Seguros Sociales no le está reconociendo al actor en su acto administrativo², la aplicación en su favor del régimen de transición, es decir, su traslado al de prima media con prestación definida, porque no tenía consolidados 15 años de cotización al 1º de abril de 1994, como lo impone la normativa allí indicada.

Pero frente al tema, es necesario precisar que el señor WILLIAM ROJAS en su libelo tutelar está haciendo una tajante afirmación en el sentido que para el 1º de abril de 1994, tenía cotizados 15 años para adquirir su derecho pensional, aspecto medular de su recuento fáctico que no acredita, toda vez que la historia laboral que aporta, expedida por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto accionado, solo informa de unos espacios de tiempo breves, que suman algo más de 368 semanas, lapso muy inferior al que ha sido informado.

Es pertinente aclarar al accionante, que mediante esta breve y sumaria acción constitucional, es muy prematuro zanjar la discusión sometida a examen, porque es necesario arrimar y estudiar la prueba que infirme tales decisiones adoptadas por vía gubernativa, competencia atribuida en forma exclusiva a los jueces administrativos o laborales de la jurisdicción ordinaria, mas no al juez de tutela, que por excepcionalidad podría definir este.

¹ C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

² Véanse folios 15 y 36 de la actuación.

De allí surge la importancia de cumplir previamente con el presupuesto de la residualidad para entablar la demanda tutelar, en tanto que es aventurado y quizá engendra inseguridad jurídica, aventurar fallos en sede constitucional, con ostensible y grosera usurpación de la competencia legal.

La jurisprudencia ha sido abundante y reiterada en cuanto a la excepcionalidad para el cumplimiento de este presupuesto y enseña que:

“6. Los requisitos formales de la acción de tutela contra sentencias, según lo expuso la sentencia C-590/05, son los siguientes:

“6.1. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Para la Corte, el juez de tutela no puede estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez constitucional debe indicar con toda claridad y de forma expresa por qué la cuestión que entra a resolver es genuinamente de relevancia constitucional y afecta los derechos fundamentales de las partes.

*“6.2. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios-, de defensa judicial al alcance de la persona afectada, **salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.** De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*

“(…)”³

Excepcionalmente podría atenderse en sede constitucional, algunos asuntos de la jurisdicción ordinaria laboral, omitiendo la observancia de los presupuestos de residualidad y subsidiariedad:

³ Sala Novena de Revisión, Sentencia T-009 de 15 de enero de 2010, MP: Luis Ernesto Vargas Silva

*“... 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, como cuando se trata de salvaguardar de manera efectiva, cierta y oportuna el derecho a la igualdad en las relaciones de trabajo...”⁴*

De suerte que para abordar por vía de tutela el tema relativo al debido proceso, se debe primero acudir a las instancias judiciales establecidas por la ley, toda vez que el sólo agotamiento de la vía gubernativa, no es carta que garantice este presupuesto.

Imperativo es señalar que los jueces ordinarios se han establecido con la finalidad de garantizar el reconocimiento y/o restablecimiento de los derechos legales y constitucionales que se vulneren a los ciudadanos, quienes podrán acudir a los procesos según la pretensión y la parte demandada. Esto para recordar que la acción de tutela no es la única establecida para la protección de derechos fundamentales, sino que a ella se puede acudir cuando han fallado los medios ordinarios y agotados estos no encuentra otro mecanismo defensivo.

No pasa desapercibido la Colegiatura que el actor omite información fundamental en su libelo respecto de su situación socioeconómica; es

⁴ Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

decir, si actualmente labora, si devenga un salario, si se encuentra afiliado al sistema general de salud y en fin otros aspectos que permitan conocer si mínimo vital está afectado. Se infiere sí de sus propias manifestaciones que tiene un '*statu quo*' respecto de su medio de subsistencia, todo lo cual conduce a que no existe inminente riesgo o perjuicio irremediable de tal magnitud que imponga la sustitución de los medios de defensa judiciales ordinarios o del deber de acudir ante la autoridad judicial reclamar el derecho que pueda detentar.

Así las cosas y ante la ausencia de los presupuestos jurisprudenciales de subsidiaridad, inmediatez y perjuicio irremediable, no es permitido al juez constitucional abrogar los procedimientos ordinarios, soslayando las competencias legales asignadas al juzgador natural. Esta expedita acción constitucional no puede convertirse en tabla de salvación frente a la inactividad de quien dice ostentar un derecho para accionar ante el operador judicial ordinario, pues no solo se desnaturaliza la filosofía y esencia del tal mecanismo, sino que además, con su práctica reiterada, la convertimos en el medio sustitutivo permanente de las competencias instituidas, con la adopción de fallos que suplantán al juez connatural al caso debatido.

En lo que respecta a la decisión traída como referencia por el impugnante y que requiere con el recurso, que no se analizó por el operador de primera instancia, es preciso aclarar que cada caso particular es valorado a la luz de la prueba que acompañe la actuación y como se mencionó en precedencia,

*“el problema constitucional que se plantea **debe aparecer 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”.*⁵

Esto para significar que lo alegado por el señor ROJAS, no es materia que pueda ser discernida a través de la acción de tutela, sino que debe recurrir ante los jueces laboral, quienes determinarán dentro de la materia especializada y acorde con sus competencias, si le asiste o no el derecho, juicio de valor que está vedado al juez constitucional, cuando el conflicto sometido a su conocimiento, requiere de un análisis de tipo legal, frente a la aplicación de las normas laborales.

Las anteriores razones, aunadas a lo expuesto por la Juez a-quo, llevan a la convicción de que la acción reclamada deviene desfavorable, por lo que es menester ratificar el fallo examinado, dado que no aparece claro que al ciudadano WILLIAM ROJAS, se le estén desconociendo derechos como el debido proceso, o su mínimo vital, o a la vida digna o a la seguridad social, con la actuación de la entidad pública accionada **que deba ser amparado mediante esta acción** y que aún tiene expedita la vía ante el operador judicial competente para hacer valer sus derechos y reclamar el reconocimiento del derecho y restauración de la vulneración del debido proceso administrativo, si es a que ello hubiere lugar.

Decisión

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 Política,

⁵ Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-097 del 16 de febrero de 2006, MP: Alfredo Beltrán Sierra

RESUELVE:

Primero: Confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo de ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, de fecha 4 de agosto de 2011, 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

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Jairo Alberto López Morales

Secretario