

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veinticinco (25) agosto de dos mil once (2011)

Proyecto aprobado por Acta No. 562

Hora: 6:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la señora **MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ**, contra el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela iniciada por la accionante contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS CITI COLFONDOS**.

2. ANTECEDENTES

2.1 El apoderado judicial de la señora **MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ** presentó acción de tutela contra el **I.S.S.** y **A.F.P. CITI COLFONDOS**, con base en los siguientes hechos:

- La señora **MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ** ha realizado las cotizaciones al sistema general de pensiones de manera ininterrumpida desde el año 1973.
- Los aportes al 1º de abril de 1997, fueron efectuados tal como obra en el historial de aportes, con un total de 837.71 semanas al 30 de junio de 1992.
- Cuando la accionante se trasladó del régimen de prima media al de ahorro individual, gozaba de los beneficios del régimen de transición, toda vez que al primero de abril de 1994 tenía 40 años de edad y contaba con 16 años de cotización al sistema general de pensiones.

- La actora creyó erradamente que si realizaba el traslado, su edad para adquirir el derecho se vería disminuida.
- Al intentar realizar el traslado al I.S.S., no le fueron recibidos los documentos, con el argumento de que se encontraba inactiva, por lo cual no procedía radicación alguna, expidiéndose una certificación en tal sentido.
- La entidad accionada desconoce el Decreto 3800 de 2003, por medio del cual se reglamentó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, normatividad que contempla los requisitos para realizar el traslado entre regímenes.
- El actuar de la entidad demandada vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad y libre escogencia de régimen pensional.

2.2 En el acápite de pretensiones enuncia las siguientes: i) se vincule al trámite al Fondo de Pensiones y Cesantías Citi Colfondos como interesado en el resultado del trámite; ii) se tutelen los derechos enunciados a la señora FERNÁNDEZ LÓPEZ; iii) se ordene la vinculación al I.S.S. de la accionante; y iv) se ordene al Citi Colfondos trasladar la totalidad del ahorro efectuado por la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad al fondo de pensiones del Instituto de Seguros Sociales.

2.3 Anexó al escrito de tutela los siguientes documentos: i) poder especial; ii) copia informal del reporte de semanas cotizadas en pensiones; iii) certificado expedido por el I.S.S. en el que se establece que la señora MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ se encuentra inactiva en esa entidad; iv) cédula de ciudadanía de la accionante.

2.4 Mediante auto del 20 de junio de 2011, la a quo avocó el conocimiento de la demanda de tutela, vinculó y corrió el respectivo traslado a las entidades accionadas.

3. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

EL Instituto de Seguros Sociales y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Citi Colfondos, hicieron caso omiso al requerimiento efectuado por el despacho y no dieron respuesta a la acción de tutela interpuesta.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 6 de julio de 2011 el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, decidió denegar la acción de tutela invocada por la señora **MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ**, ya que no había prueba de que se hubiera pedido el cambio de régimen y no se acreditó su historia laboral completa, por lo cual el asunto debía ser dirimido a través de un juicio laboral ordinario y no por vía de tutela.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 El apoderado judicial de la señora **MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ** allegó escrito por medio del cual impugnó la decisión de la a quo.

5.2 El día 05 de agosto de 2011, el profesional del derecho que representa los intereses de la accionante, remitió oficio emitido por el I.S.S., a través del cual esa entidad negó el traslado a la señora **MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ**, para efectos de demostrar que la actora si había requerido a I.S.S. para que fuera afiliada al régimen de prima media.

En el memorial aportado, el apoderado judicial establece que la negación indefinida invierte la carga probatoria.

También enunció que su mandante esta imposibilitada para demostrar que el I.S.S. negó la posibilidad de radicar los documentos tendientes a obtener el traslado pretendido.

6- CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2 En el caso a estudio la juez de conocimiento denegó la acción de tutela por considerar que la accionante no acreditó la actividad administrativa previa ante el I.S.S., ni presentó su historia laboral completa, tampoco acreditó el cumplimiento de los requisitos de equivalencia previstos en el Decreto 3995 de 2008.

6.3 En consecuencia se deben examinar las siguientes situaciones:

¹ Folios 18-23.

i) La acción de tutela resulta procedente para la protección de los derechos que la accionante considera vulnerados por el I.S.S. y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS; ii) si la señora MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ hace parte del régimen de transición, y por ende, la negativa de la entidades, constituye una transgresión de las garantías constitucionales; iii) En caso de superarse el test de procedibilidad de la acción de amparo, se debe decidir si se presentó la afectación o puesta en peligro de los derechos invocados y en su caso proferir las órdenes consiguientes.

6.4 Frente al primer tema debe decirse que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han identificado seis causales específicas de improcedencia de la tutela, que son las siguientes:

- i) Existencia de otro medio de defensa judicial.²
- ii) Existencia del Habeas Corpus³
- iii) Protección de derechos colectivos⁴
- iv) Casos de daño consumado⁵
- v) Tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto⁶
- vi) A su vez se han considerado como causales de improcedencia de la tutela, el incumplimiento del principio de inmediatez; la tutela contra sentencias de tutela⁷ y la tutela temeraria.

6.5 La acción de amparo se encuentra regida por el principio de *subsidiariedad*, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes⁸, lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela.⁹

6.6 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha manifestado que la acción de tutela resulta procedente para proteger el derecho al mínimo vital de los pensionados, los trabajadores, las mujeres embarazadas y las personas en situación

Con formato: Color de fuente: Negro

² Decreto 2591 de 1991, artículo 6-1

³ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-2

⁴ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-3

⁵ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-4

⁶ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-5

⁷ Sentencia T - 1219 de 2001

⁸ Decreto 2591 de 1991, artículo 38. Sentencia T-407 de 2005 entre otras

⁹ Sentencia T-011 de 1997 entre otras.

de debilidad manifiesta, en los casos de mora en el reconocimiento y pago oportuno de pensiones de vejez, jubilación o invalidez o de la sustitución pensional,

Con formato: Color de fuente: Negro

6.7 La misma corporación ha expuesto que no se presume la violación del derecho al mínimo vital, salvo el caso de los adultos mayores de la tercera edad. En los demás eventos el accionante debe allegar prueba siquiera sumaria de esa vulneración, como se expuso en la sentencia T- 158 de 2006, donde además se examinaron los temas de la mora para iniciar la acción ordinaria y el requisito del perjuicio irremediable así:

Con formato: Color de fuente: Negro

Con formato: Color de fuente: Negro

Con formato: Color de fuente: Negro

Con formato: Color de fuente: Negro

"...13.- Así pues, la excepcionalidad de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograr el reconocimiento de la pensión o atacar los actos que la reconocen, tiene como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin. La Corte "[h]a reiterado especialmente que en este tipo de controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento jurídico ha diseñado los mecanismos judiciales y administrativos para ello¹⁰. Particularmente, la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa, según sea el caso, son los ámbitos propicios para desplegar integralmente estos debates".¹¹

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt, Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

Así, la excepcionalidad se ha fundamentado entonces en las características especialísimas que se presentan en casos de erróneo reconocimiento o no reconocimiento de la pensión, en relación con otros derechos fundamentales. Ha dicho este Tribunal Constitucional que, "...dado que en las reclamaciones cuyo objeto de debate es una pensión de jubilación y quienes presentan la solicitud de amparo son, generalmente, personas de la tercera edad, debe tomarse en consideración al momento de analizar la posible vulneración de derechos fundamentales, la especial protección constitucional que las comprende. No obstante, el solo hecho de estar en esta categoría (tercera edad) no torna automáticamente procedente la protección, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o es susceptible de vulnerar los derechos a la dignidad humana¹², a la salud¹³, al mínimo

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

10 [Cita del aparte transcrito] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T.637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

11 T-904 de 2004

12 [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-801 de 1998 y T-738 de 1998.

13 [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-443 de 2001, T-360 de 2001, T-518 de 2000 y T-288 de 2000.

vital¹⁴ o que la morosidad de los procedimientos ordinarios previstos para el caso concreto hace ineficaz en el tiempo el amparo específico. Sólo en estos eventos la acción de tutela desplaza de manera transitoria el mecanismo ordinario de defensa, en tanto el mismo pierde eficacia frente a las particulares circunstancias del actor en el caso concreto".¹⁵
[Énfasis fuera de texto]

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt, Cursiva, Color de fuente: Negro

6.8 Traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición.

6.8.1 El apoderado judicial de la señora MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ manifiesta que su representada tiene derecho a trasladarse del fondo de ahorro individual de FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS al de prima media con prestación definida del I.S.S., al considerar que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cumplir con los requisitos exigidos en esa normatividad.

6.8.2 En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha analizado el tema del traslado de regímenes pensionales en el caso de personas beneficiarias del régimen de transición¹⁶. Por este motivo y con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, esa Corporación dispuso las siguientes reglas:¹⁷

Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

- (i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.
- (ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual

¹⁴ [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997.

¹⁵ T-904 de 2004. Ver también la sentencia T-076 de 2003: "Tratándose del reconocimiento o reliquidación de la pensión, la jurisprudencia viene considerando que, bajo condiciones normales, las acciones laborales - ordinarias y contenciosas- constituyen medios de impugnación adecuados e idóneos para la protección de los derechos fundamentales que de ella se derivan. No obstante, también ha sostenido que, excepcionalmente, es posible que tales acciones pierdan toda eficacia jurídica para la consecución de los fines que buscan proteger, concretamente, cuando una evaluación de las circunstancias fácticas del caso o de la situación personal de quien solicita el amparo constitucional así lo determina. En estos eventos, la controversia planteada puede desbordar el marco meramente legal y pasar a convertirse en un problema de índole constitucional, "por lo que el juez de tutela estaría obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado."

¹⁶ Al respecto consultar las sentencias C- 789 de 2002, T-818 de 2007 y T- 168 de 2009

¹⁷ La Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden "ser brevemente justificadas". Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre otras, en las sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, T-959 de 2004, T-810 de 2005, T-465A de 2006, y, T-689 de 2006, T-1032 de 2007, T-784 de 2008, T-808 de 2008, T-332 de 2009 y T-333 de 2009.

(iii) Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

La Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010 aclaró los requisitos para el traslado de beneficiarios del régimen de transición:

La jurisprudencia constitucional ha determinado, en sede de tutela pero sobre todo de constitucionalidad, que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. De acuerdo con las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, a estas personas no les son aplicables ni las consecuencias ni las limitaciones y prohibiciones de traslado de los artículos 36 (inciso 4 y 5) y 13 (literal e) de la ley 100 de 1993.

Así mismo la sentencia T-324 de 2010 M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, expuso:

(...)

"4.3. En este orden de ideas, siguiendo el derrotero anteriormente expuesto, podemos concluir que solo pueden trasladarse, en cualquier momento, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las personas que al 1° de abril de 1994, tenían 15 años de servicios cotizados, independientemente de si se tratan de hombres o de mujeres, y de la edad que tenían para esa fecha. Quiero ello decir que, corrigiendo lo que se dijo en la sentencia T-818 de 2007, la posibilidad de traslado pensional para los beneficiarios del régimen de transición, no admite únicamente el cumplimiento de la edad de 35 años en el caso de las mujeres y 40 años en el caso de los hombre; por ende, no se puede considerar la existencia de requisitos disyuntivos según los cuales, basta el cumplimiento de uno solo de ellos, específicamente el de edad, para poder devolverse al régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Queda claro entonces que, el único requisito que se debe acreditar

es el de tener 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994”.

6.8.3 En el caso concreto de la señora MARÍA CONSUELO FERNÁNDEZ LÓPEZ, es pertinente aclarar que para el 1 de abril de 1994, contaba con 39 años de edad¹⁸, y según obra en el reporte de semanas cotizadas en pensiones¹⁹, entre el 20/11/1973 y el 30/06/1992, contaba con 837.71 semanas, equivalentes a 16 años, 2 meses y 8 días de cotización, según el documento aportado en copia informal que carece de valor probatorio, ya que no es un documento auténtico en los términos del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

6.8.4 Contrario a los argumentos esgrimidos por la juez de primera instancia, las pruebas documentales allegadas por el apoderado judicial de la accionante, obrantes a folios 12, 13 y 14 son suficientes para determinar no sólo la edad de la peticionaria y el tiempo cotizado al sistema general de pensiones al 1° de abril de 1994, sino también, para establecer, tal y como obra en la certificación expedida por el I.S.S., que la señora FERNÁNDEZ LÓPEZ se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través del Fondo de Pensiones y Cesantías Citi Colfondos de manera definitiva.

6.8.5 Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el abogado que representa los intereses de la titular de los derechos, allegó a esta Corporación un escrito fechado el 6 de julio de 2011 en el que el I.S.S. hace referencia a la acción de tutela radicada con el Nro. 2011-00094, es decir, la que en este momento es objeto de análisis, y en el que niega a la demandante el traslado a esa entidad, ya que no se trata de un adulto mayor de edad, sino de una persona de 57 años de edad, fuera de que no se aportó ninguna prueba sobre la afectación de su derecho al mínimo vital, según el precedente establecido en la sentencia T-158 de 2006 ya citada.

6.8.6 Pese a lo enunciado con antelación, y al aparente cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para ordenar el traslado de régimen pretendido, se debe establecer que contra el referido acto que denegó el traslado pretendido no se han agotado los recursos pertinentes, a través de los cuales, posiblemente se subsane el trámite, aportando pruebas fidedignas que permitieran establecer a las entidades el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Sí una vez agotado el trámite de la vía gubernativa, a la accionante no le han satisfecho sus pretensiones, podrá acudir ante la jurisdicción laboral para se surta el procedimiento a que haya lugar.

La sumatoria de todas las consideraciones anteriores, permite a esta Sala confirmar la sentencia materia de impugnación.

¹⁸ Folio 13. Nació el 25 de julio de 1954.

¹⁹ Folio 12.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Dual de decisión Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución y la ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por la señora Juez Cuarta Penal del Circuito de Pereira Risaralda, en cuanto fue materia de impugnación.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES
Secretario