

REPÚBLICA DE COLOMBIA**JUZGADO TREINTA Y DOS DE FAMILIA DE
BOGOTÁ D. C.**

Bogotá D. C., catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

RADICACIÓN: 32-2020-218

Tramitada en debida forma la presente acción constitucional, se procede en primera instancia a dictar la sentencia correspondiente.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA: la señora MARÍA NELSY FIGUEREDO VACA en nombre propio, presenta acción de tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, solicitando le sean tutelados tanto sus derechos fundamentales al debido proceso y a la Seguridad Social.

En consecuencia, pide se ordene a COLFONDOS hacer la gestión de envío a COLPENSIONES de la documental, entre lo cual está su bono pensional y a COLPENSIONES que la afilie con todas las ventajas que por Ley le corresponden como ex empleada pública cotizando por más de 15 años. Así mismo, solicita se ordene a COLPENSIONES proceder al reconocimiento y pago de su pensión de vejez con todos los derechos del régimen de transición, para lo cual COLFONDOS deberá reintegrar todos sus aportes con los rendimientos e indexación directamente a COLPENSIONES y se le expida copia auténtica de la resolución correspondiente.

Para sustentar la acción de tutela, alega la parte accionante, en síntesis, lo siguiente:

- Cotizó en forma ininterrumpida por más de 32 años a CAJANAL, aportes que fueron trasladados luego al ISS hoy COLPENSIONES hasta el año 1999, en el cual por engaño por parte de los asesores de COLFONDOS, le trasladaron a dicho fondo aduciendo que COLPENSIONES se acabaría como ocurrió con CAJANAL y el ISS.
- Pasados unos años, solicitó al empleador que le regresaran a COLPENSIONES, lo cual no se hizo ni le informaron de impedimento alguno para dicho traslado, por lo que solo hasta el año 2008 se enteró que le seguían aportando a COLFONDOS, por lo cual se dirigió al ISS diligenciando

formulario de reafiliación, documento que dice reposa hoy en COLPENSIONES y en COLFONDOS en los archivos a su nombre al ser aportado por su apoderada dentro del procedimiento de doble asesoría, pero que ante la contingencia actual, su abogada se encuentra fuera de la ciudad y ninguna de las dos cuenta con el documento físico.

- Debido a la emergencia sanitaria, se encuentra en cuarentena obligatoria por su estado precario de salud, su avanzada edad, sin trabajo, sin ingresos, siendo su fuente de sustento un hijo que quedó también desempleado, por lo que aduce no puede esperar a que su abogada llegue a la ciudad, para demandar ante la Justicia Ordinaria Laboral, al ser este un proceso dispendioso, demorado y los Juzgados se encuentran cerrados, lo que dificulta la presentación de la demanda.
- Expone que está próxima a cumplir 67 años y lleva dos años cesante esperando a que los fondos de pensiones resuelvan sus reclamaciones.
- Añade que recibió una llamada de COLFONDOS, en que le dicen que está lista para reclamar su pensión, pero por escrito unos asesores de dicho fondo le reiteraron que debía hacer el trámite de traslado directamente con COLPENSIONES, razón por la que su apoderada estuvo reiterando en forma escrita y personalmente ante las entidades, sin que a la fecha hubiere recibido respuesta favorable.

EL TRÁMITE DEL ASUNTO: La acción de tutela fue admitida por auto del 31 de julio de 2020, en contra de COLFONDOS AFP y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

Así las cosas, una vez enteradas las anteriores entidades mediante correo electrónico de este trámite, dieron contestación en la siguiente forma:

COLFONDOS

- Conforme a la Ley 100 de 1993, de requerirse traslado entre regímenes, debe realizarse diez años previos al cumplimiento de la edad para pensión.
- La accionante no indica cuando solicitó el traslado y la entidad no tiene registros de solicitudes, por lo que la petición no se realizó en términos legales. Por tanto, lo pretendido por la accionante escapa de todo orden lógico y normativo, habiéndose demostrado que no existen gestiones pendientes y no se solicitó el traslado en los términos de ley.
- La accionante tiene derecho a un bono pensional tipo A, modalidad 2 que se encuentra acreditado y fue recibido por parte de la Nación por valor de \$127.309.000.
- A la fecha, la accionante se ha negado a radicar solicitud de definición pensional para trámite de garantía de pensión mínima.
- Por tanto, solicita se declare improcedente la tutela al no haber vulnerado derecho alguna la entidad y declarar inoponible las pretensiones de la

actora frente a la entidad, pues la decisión de traslado realmente estaría en cabeza de COLPENSIONES.

COLPENSIONES

- El día 26 de junio de 2018, la accionante solicitó traslado de régimen, petición que fue resuelta mediante oficio de 10 de julio de 2018, en el que le indicó que no era procedente su solicitud por no cumplir con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y que *"la validación de los requisitos de cumplimiento para traslado de régimen, es efectuada por la AFP a la que se encuentre afiliado el ciudadano, por lo tanto, la aprobación o rechazo del traslado lo determina dicha entidad, no Colpensiones"*. Por tanto, la entidad brindó una respuesta de fondo y congruente a lo pedido.
- Agrega que La Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa y advierte que no hay lugar a la protección tutelar transitoria frente a la existencia de un perjuicio irremediable en este caso, pues no se cumple con las condiciones para su ocurrencia
- Afirma que bajo ninguna circunstancia se puede someter al Juez de tutela el reconocimiento de la pensión sea por vejez, invalidez o muerte sin que le anteceda la petición formal ante Colpensiones junto con los documentos
- necesarios y el transcurso del tiempo estipulado por el legislador a cada prestación para decidir el derecho, ya que estas actuaciones hacen parte de los procedimientos establecidos en la ley, los cuales garantizan el debido proceso y demás derechos y principios constitucionales de las partes.
- Añade que todas las circunstancias de posible amparo se encuentran sujetas a que la acción negligente, arbitraria o caprichosa se encuentre en cabeza de la Administración y no del accionante, quien teniendo las herramientas administrativas no ha hecho uso de las mismas para su reclamación.
- Frente a la inmediatez, indica que no existe justificación alguna a la inactividad del accionante para solicitar el amparo constitucional, ya que, según los hechos, posterior a la presentación de la petición por parte de la accionante, ésta no ha desarrollado ningún otro tipo de trámite administrativo y/o judicial en busca de una solución a su solicitud, indicando entonces la circunstancia que entre la presentación de la tutela y la solicitud han transcurrido casi 2 años.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Política estableció la acción de tutela “... *para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”.

En el presente asunto, la parte accionante presenta acción de tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, en síntesis, para efectos de que se haga efectivo su traslado del régimen de ahorro individual (COLFONDOS) al de prima media con prestación definida (COLPENSIONES) y, en consecuencia, proceda ésta última al reconocimiento y pago de su pensión de vejez, una vez sean reintegrados todos sus aportes con sus rendimientos e indexados por parte de COLFONDOS.

En este punto, advierte el Despacho que es menester analizar el cumplimiento del requisito subsidiariedad de la presente acción.

El artículo 86 de la Constitución Nacional establece en su inciso tercero el Requisito de la Subsidiariedad¹, anotando que el accionante no debe disponer de otro mecanismo de defensa judicial.

Como desarrollo de dicha norma, el Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la acción de tutela “*Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*”.

Así las cosas, la Corte Constitucional (Sentencia T-598 de 2017) ha reiterado que la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**, cuando “*Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable*” y procede “... *mientras el interesado acude a la vía ordinaria para discernir el caso o esta resuelve definitivamente el asunto y, momentáneamente resguarda sus intereses*”; y, como **mecanismo definitivo**, cuando “*Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados...*” teniendo en cuenta que “*El análisis sobre la*

¹ “*Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”

eficacia del medio ordinario se encuentra determinada por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante”.

Al respecto, resulta válido traer a colación la Sentencia T-885 de 2006 en la cual la Corte Constitucional hace un breve análisis de casos que fueron objeto de tutela en materia de pensiones y su improcedencia para debatir asuntos laborales por vía de tutela. En dicha jurisprudencia constitucional, expresó el Alto Tribunal:

“Después de que la Sala de Revisión abordó de manera suficiente los antecedentes de la jurisprudencia constitucional sobre la improcedencia como regla general de la acción de tutela para ordenar la reliquidación de pensiones y de explicar detalladamente la excepción a dicha regla, concluyó que en los casos analizados no se cumplían los requisitos de la citada jurisprudencia para tutelar los derechos invocados. Además encontró la Corte que en ninguno de los asuntos analizados se estaba ante la presencia inminente de un daño irreparable respecto de los derechos fundamentales de los cuales se pedía protección “pues, si así fuera, ellos mismos no habrían esperado tanto tiempo desde la expedición de la resolución mediante la cual la entidad demandada reconoció y ordenó pagar su pensión gracia con los errores alegados, hasta el momento de la presentación de las solicitudes de reliquidación pensional, o de ahí, hasta la invocación de esta acción de tutela”.

Tampoco encontró que las personas que solicitaban amparo a sus derechos tuvieran la calidad de sujetos de especial protección en razón a su edad (71 años para considerarse de la tercera edad), pues no existía dentro del expediente prueba que así lo determinara, a más de que tampoco se podían establecer algunas condiciones de mayor importancia para demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, verbi gratia las relacionadas con la salud de los demandantes o la vulneración de su mínimo vital por la ausencia o deficiencia de ingresos.

(...)

Recordó además la Corte que, para determinar si la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio no es suficiente que sean invocados fundamentos de derecho, sino que es necesario acreditar los supuestos de hecho que den cuenta de las condiciones materiales del demandante, lo que no fue demostrado en esa oportunidad.

En suma, la Corte, revocó las sentencias proferidas por los despachos judiciales que en primera instancia habían concedido la protección de los derechos invocados, por falta en el cumplimiento de los requisitos

dados por el precedente jurisprudencial y en particular, porque en ninguno de los casos se demostró la inminente concurrencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual, indicó que no era idóneo el mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales y por la existencia de medios de defensa ordinarios para la resolución del conflicto planteado." (Subrayas del Despacho).

Para el caso objeto de estudio, obra únicamente en el expediente Afiliación de la accionante al Sistema de Seguridad Social con fecha de corte 31 de julio de 2020 allegada por COLPENSIONES, del que se observa que se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud a Famisanar EPS, a COLFONDOS en pensiones como activo cotizante y a la Caja de Compensación Compensar como trabajador afiliado dependiente en estado activo.

Así las cosas, resulta relevante dar aplicación del precedente arriba expuesto por la Corte, cuyos argumentos fueron subrayados por el Despacho, pues no se observa la existencia de un perjuicio irremediable, pues si bien fue manifestada de manera vaga en sus pretensiones por la actora, según la Sentencia T-1068 de 2000², debió demostrarse siquiera sumariamente. En consecuencia, no resulta procedente la tutela como mecanismo transitorio.

Por otro lado, en cuanto a la procedencia como mecanismo definitivo de la tutela, resulta necesario estudiar si la acción ordinaria laboral resulta ser un mecanismo ineficaz teniendo en cuenta la situación particular de la accionante.

Frente a este punto, en la sentencia T-598 de 2017, la Corte expuso que *"Resulta imperativo verificar si el reclamo del accionante puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria o si, por su situación particular, acudir a ella lejos de proteger sus derechos, posterga su ejercicio, al punto de vaciar las garantías ius fundamentales en sus especiales circunstancias.*

Los eventos en los que la acción de tutela es procedente para reclamar un derecho pensional son, de forma excepcional cuando: (i) el amparo es solicitado por un sujeto de especial protección constitucional; (ii) la falta de pago de la prestación afecta gravemente los derechos fundamentales de quien la solicita; (iii) el interesado ha desplegado actividad administrativa y judicial para lograr el reconocimiento de su derecho pensional por los medios

² Sentencia T-1068 de 2000: "... para demostrar el perjuicio irremediable, al menos se deben señalar los hechos concretos que permitan deducir que ocurre dicho perjuicio el juez no se los puede imaginar, por supuesto que no se necesitan términos sacramentales pero al menos alguna indicación que le permita al juzgador tener la confianza de que en verdad se halla el peticionario en una situación que lo afecta a él y a su familia".

ordinarios que tiene para ello; y (iv) se acredita la razón que lleva a concluir que el medio judicial ordinario no puede proteger efectivamente el derecho reivindicado”.

Visto el anterior precedente jurisprudencial, concluye el Despacho que en este caso no se cumplen con tales requisitos, a saber:

- (i) La accionante no es un sujeto de especial protección constitucional. Frente a este punto, se indica que, si bien afirma la actora estar próxima a cumplir 67 años y dicha edad le permita cumplir con el requisito para acceder a la pensión de vejez, no alcanza para que se le tenga como perteneciente a la tercera edad y sea considerado como sujeto de especial protección constitucional, conforme a la Sentencia T-457 de 2012, en la que se dijo lo siguiente:

"De acuerdo a lo anterior, esta Sala de Revisión considera que así como la tarea de determinar la edad pensional resulta propia del Congreso, quien deberá fijar desde cuando inicia la tercera edad para efectos de la procedencia de la acción de tutela, será dicha entidad. Por lo tanto, con el fin de proteger la naturaleza excepcional y subsidiaria de la misma, en la presente sentencia será adoptada como criterio para establecer la tercera edad, la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE correspondiente a los 74 años. Así, quienes cuenten con 74 años o más serán considerados sujetos de especial protección constitucional como pertenecientes a la tercera edad, razón por la cual el estudio de procedencia del amparo constitucional se realizará de manera flexible”.

Entonces, para el año 2020, según cifras del DANE³, la expectativa de vida de los colombianos corresponde a los 76 años de edad, lo que lleva a la conclusión de que no la accionante no hace parte de dicho grupo de población que conlleve a que el análisis de procedencia de la tutela sea menos riguroso.

- (ii) No se acreditó que la falta del pago de la pensión de vejez afecte derechos fundamentales de la actora.

Frente a la seguridad social y salud, por ejemplo, se acreditó que la misma cuenta con afiliación activa y a salud y pensión.

Así mismo, tampoco se observa afectación al mínimo vital de la actora. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-481 de 2017 expresó que, en tratándose de la afectación al mínimo vital, *"... si bien el juez de tutela cuenta*

³ Véase (consultado el 13/08/2020):

https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/8Tablasvida1985_2020.pdf

con las facultades de solicitar las pruebas pertinentes para solucionar el caso, la Corte ha señalado que aunque en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho debe acompañar su afirmación de alguna prueba, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones”, y lo cierto es que con el escrito de la tutela no se allegó documento alguno que acreditara la afectación del mínimo vital para que procediera esta acción, no siendo suficiente presumir su afectación por el no.

- (iii) La accionante no acreditó haber adelantado actividad administrativa para alcanzar lo pretendido. Así mismo se encuentra que no ha realizado gestión judicial alguna encaminada a que su pretensión de traslado se haga efectiva.
- (iv) No se acreditó en forma alguna que el mecanismo judicial previsto en la jurisdicción laboral ordinaria resulta ser inidóneo para la protección de los derechos cuya salvaguarda se pretenden por esta vía residual.

En consecuencia, tampoco procede la tutela como mecanismo definitivo.

Por lo anterior, considera el Juzgado que no hay lugar a acceder a tales pretensiones, por cuanto la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa de sus derechos fundamentales, como lo es la Jurisdicción Ordinaria Laboral, proceso judicial en el cual puede ventilar las pretensiones traídas a esta instancia residual.

Así mismo, no sobra advertir por este Despacho que la acción de tutela no está llamada a irrumpir en la esfera de los procedimientos ordinarios para sustraer competencias que ni la Constitución, ni la legislación le han conferido, pues el amparo constitucional solo es dable ante la amenaza inminente de derechos fundamentales, situación que, se itera, no se vislumbra en el caso *sub exámine*.

Al respecto, expresó la Corte Constitucional en sentencia T-237 de 2015 que *"Finalmente, solicita declarar improcedente la presente acción de tutela, toda vez que el tema objeto de controversia corresponde a una reclamación referida al traslado de régimen que no guarda ninguna relación con la afectación de sus derechos fundamentales. Razón por la cual, y atendiendo lo establecido en el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Jurisdicción Ordinaria Laboral resolver los conflictos que se originan entre las entidades administradoras del Sistema General de Seguridad Social y sus afiliados".*

Por lo anteriormente expuesto, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la presente tutela por no cumplir esta con el requisito de subsidiariedad.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TREINTA Y DOS DE FAMILIA DE BOGOTÁ D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la presente acción de tutela instaurada por MARÍA NELSY FIGUEREDO VACA por no cumplir el requisito de subsidiariedad.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE la presente decisión a las partes (accionante y accionada), por el medio más expedito. A la segunda de las mencionadas remítase copia de este fallo.

TERCERO: REMITIR a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión la presente acción de tutela en el evento de que no sea impugnada. Secretaría dejará las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE,


SANDRA LILIANA AGUIRRE GARCÍA
JUEZA

Firmado Por:

SANDRA LILIANA AGUIRRE GARCIA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 32 FAMILIA BOGOTÁ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**206b8abea0083f36aae0d4c5f39a62b4cd30eba020eac64edee611f6
e6108a04**

Documento generado en 14/08/2020 04:30:44 p.m.