

T-359-19

Sentencia T-359/19

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR TRASLADO AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA-
Improcedencia por incumplir requisitos de subsidiariedad e inmediatez

Referencia: Expediente T-7.281.260

Demandante: María Helena Forero Osorio

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) y otros

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, y las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 6 de febrero de 2019, por medio del cual se confirmó la decisión proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el 4 de diciembre de 2018, que resolvió negar las pretensiones de la demanda. Este caso fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Cuatro, a través de Auto del 10 de abril de 2019 y repartido a la Sala Quinta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

El 20 de noviembre de 2018, la señora María Helena Forero Osorio, por medio de apoderado

judicial, presentó la tutela bajo análisis por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, libre escogencia de régimen pensional, favorabilidad y al debido proceso, en razón de que COLPENSIONES y COLFONDOS no acceden a la solicitud de traslado de régimen pensional, a pesar de que, en su criterio, cumple con los requisitos para realizar el cambio.

2. Hechos relevantes

2.1. La accionante nació el 17 de enero de 1959, actualmente, tiene 60 años.

2.2. Señala que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, inicialmente, por medio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy COLPENSIONES, desde el 1º de marzo de 1983 hasta el 1º de marzo de 2002. Posteriormente, la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) por medio de PORVENIR S.A. desde el 1º de marzo de 2002 hasta el 30 de diciembre de 2002 y, a partir del 1º de enero de 2003, mediante COLFONDOS.

2.3. Afirma que realizó el traslado entre regímenes pensionales sin recibir asesoría legal oportuna y cierta, a pesar de que, por un lado, era una obligación de las entidades pensionales orientarla y, por otro, la consecuencia lógica de esa explicación habría sido su desistimiento del cambio de régimen, puesto que implica una disminución representativa del monto de la mesada pensional. Explica que “no es lógico y coherente que una persona tome decisiones que la van a afectar de manera tan evidente en el momento en que es más vulnerable en la vida”. En razón de ello, concluye que en su caso existió una “inducción al error al afiliado”.

2.4. En relación con las gestiones que ha adelantado para lograr el traslado, indica que el 29 de febrero de 2007 el ISS le informó que una solicitud presentada por ella con ese fin había sido rechazada, debido a que se estaba verificando el régimen de transición. Lo anterior, en su criterio, permite demostrar que desde el “2006” solicitó el traslado del régimen pensional.

2.5. Así mismo, adjunta copia de oficio emitido por COLFONDOS el 31 de julio de 2017, por medio del cual le informan que, según la Sentencia SU-062 de 2011, para ser beneficiaria del régimen de transición y conservar el derecho al traslado, se debe cumplir con dos

requisitos: (a) Tener al 1º de abril de 1994 15 años de servicio cotizados, equivalentes a 750 semanas, y trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que haya efectuado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); y (b) que el ahorro efectuado en el RAIS, incluidos sus rendimientos y el valor correspondiente del Fondo de Garantía de Pensión Mínima del referido régimen, no sea inferior al monto total que habría obtenido en caso que hubiere permanecido en el Régimen de Prima Media. Sin embargo, no se cumple con el primero de estos requisitos, debido a que al 1º de abril de 1994 ella tenía 569 semanas cotizadas. Adicionalmente, el fondo le indica a la demandante que, sobre la supuesta solicitud presentada cuando se encontraba a más de 10 años para la edad de jubilación, al revisar en el sistema de información del Fondo, no se evidencia que ella hubiere solicitado asesoría “relacionada con sus condiciones pensionales”.

2.6. Aunado a ello, adjunta la copia de un estudio sobre su situación pensional elaborado por el señor Vidal Arturo Casteblanco, el 17 de octubre de 2018. En la información básica del estudio, se señala que la demandante se encuentra en estado activo en el RAIS, su último ciclo cotizado fue el 30 de octubre de 2018 y el Ingreso Base de Cotización fue de \$14.925.300. Seguidamente, se indica lo siguiente “usted (...) no puede regresar a COLPENSIONES por no tener un mínimo de 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994 o faltarle más de 10 años para cumplir la edad de pensión (55 años) (...)”. Sin embargo, se pone de presente cuál sería la situación pensional en cada uno de los regímenes en caso de lograrse el traslado por una nueva regulación legal que llegue a emitirse. En el régimen de prima media con prestación definida se señaló que el valor de la mesada pensional sería \$8.402.533, mientras que en el RAIS correspondería a \$5.682.875, por consiguiente, el valor de diferencia sería \$2.719.658 (Cuaderno de primera instancia, folios 17 al 23).

3. Pretensiones

Con fundamento en los anteriores elementos fácticos y probatorios, la accionante solicitó que se protejan sus derechos fundamentales a la “seguridad social, libre escogencia de régimen pensional, a la favorabilidad y al debido proceso” y, en consecuencia, se ordene la anulación de la afiliación a la AFP COLFONDOS y se determine que ella continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

4. Pruebas relevantes

4.1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora María Helena Forero Osorio (Cuaderno de primera instancia, folio 10).

4.2. Extracto de fondo de pensiones obligatorias emitido por COLFONDOS del 16 de abril de 2014, en el cual se reporta como saldo final de aportes obligatorios \$160.301.258 (Cuaderno de primera instancia, folios 11 al 13).

4.3. Historia laboral emitida por COLPENSIONES, según la cual la accionante cotizó desde el 1º de marzo de 1983 al 31 de enero de 2002, un total de 883,14 semanas (Cuaderno de primera instancia, folio 14).

4.4. Copia de oficio enviado por el ISS a la señora María Helena Forero Osorio, con fecha del 29 de enero de 2007, recibido el 16 de febrero de 2007, por medio del cual se informa que “comunicamos a su Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS su decisión de trasladarse al ISS y éste nos ha informado que su traslado ha sido RECHAZADO indicando como causal de rechazo: PENDIENTE VERIFICACIÓN RÉGIMEN DE TRANSICIÓN” (Cuaderno de primera instancia, folio 27).

4.5. Copia de oficio emitido por COLFONDOS el 31 de julio de 2017, dirigido a la señora María Helena Forero Osorio (Cuaderno de primera instancia, folio 15 y 16).

4.6. Copia de estudio de situación pensional de la señora María Helena Forero Osorio, elaborado por el señor Vidal Arturo Casteblanco el 17 de octubre de 2018 (Cuaderno de primera instancia, folios 17 al 23).

5. Respuesta del sujeto pasivo y terceros interesados

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá el cual, mediante Auto del 21 de noviembre de 2018, decidió admitirla; correr traslado a las entidades demandadas y vincular al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

5.1. COLPENSIONES, mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2018, solicitó declarar improcedente la acción de tutela teniendo en consideración que la demandante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial. Puntualmente, afirma que las controversias relacionadas con el Sistema de Seguridad Social deben ser conocidas por la

jurisdicción ordinaria laboral. Aunado a ello, no evidencia la existencia de un posible perjuicio irremediable, que torne procedente el amparo transitoriamente.

En adición, puso de presente que, en oficio del 28 de noviembre de 2018, se le informó a la demandante que no resulta procedente anular la afiliación “por cuanto el traslado efectuado del ISS a Porvenir fue realizado por usted ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen”. Igualmente, indicó que según el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, no resulta posible el traslado de régimen cuando faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por consiguiente, concluye que no era posible en ese momento realizar el traslado requerido.

Finalmente, con fundamento en las Sentencias SU-062 de 2010, C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, adujo que la recuperación del régimen de transición únicamente resulta posible para quienes siendo beneficiarios del régimen “por contar con 15 años de cotización o de servicios a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, se habían trasladado a una Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y quieran regresar al Régimen de Prima Media”. Sin embargo, en su criterio, en el caso bajo estudio no se cumple con este requisito.

5.2. El Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, por medio de escrito presentado el 23 de noviembre de 2018, solicitó ser desvinculado del proceso constitucional por no tener legitimación en la causa por pasiva, debido a que el componente fáctico y jurídico de que trata la tutela, en su criterio, son ajenos a esa entidad.

5.3. COLFONDOS no se pronunció en trámite de contestación.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Primera instancia

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de diciembre de 2018, negó el amparo solicitado, por considerar que, primero, para ser beneficiario del régimen de transición y poder tener derecho al traslado en cualquier tiempo, el cotizante debe contar con al menos 15 años de prestación de servicios al 1º de

abril de 1994, es decir, 750 semanas cotizadas y, sin embargo, la demandante para esa época únicamente contaba con 569,71 semanas. Y, segundo, el artículo 13, literal e), de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, establece que el término mínimo para solicitar el traslado corresponde a 10 años contados antes de cumplir la edad pensional, sin embargo, actualmente la demandante ya cumplió con la edad.

2. Impugnación

Inconforme con esta decisión, el 12 de diciembre de 2018, la accionante apeló el fallo de primera instancia, debido a que, en su criterio, este fue incongruente y no tuvo en cuenta ni los derechos cuya protección se solicitó, ni la falta de asesoría legal cierta y oportuna al momento del traslado.

3. Segunda instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de febrero de 2019, confirmó el fallo de primera instancia, por considerar que el asunto bajo estudio es litigioso y propio de un proceso ordinario, debido a las afirmaciones de la demandante consistentes en que el traslado fue realizado por engaños en los que incurrió la administradora pensional del régimen privado. Finalmente, destacó que la procedencia transitoria de la acción de tutela se encuentra condicionada a demostrar un eventual perjuicio irremediable, situación que no se probó en el presente caso.

III. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISION

COLPENSIONES. La administradora de pensiones oficiosamente, en razón de un seguimiento que realiza esa entidad a los casos de tutela seleccionados para revisión, allegó a la Sala un documento el 13 de junio de 2019, por medio del cual reiteró su solicitud consistente en declarar improcedente la tutela. En el escrito indicó que la demandante no es un sujeto de especial protección constitucional ni tampoco demostró que estuviera expuesta a un perjuicio irremediable. Por ende, afirmó que este asunto debe ser debatido en la jurisdicción ordinaria laboral, la cual contempla los mecanismos idóneos para que se discuta si, en efecto, existió engaño al momento del traslado y resulta procedente la anulación del mismo.

Adicionalmente, señaló que la accionante no cumple con el requisito consistente en tener 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994 para conservar el derecho de trasladarse en cualquier tiempo en razón del régimen de transición, pues para esa fecha únicamente contaba con 568,43 semanas. Aunado a ello, destacó que fue en el año 2007 cuando la demandante solicitó el traslado pensional, no así en el 2006 como ella lo manifiesta en la demanda y, en razón de esa solicitud, el 29 de enero de 2007 se le informó que COLFONDOS había rechazado el traslado.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Conforme con los antecedentes referidos, el debate constitucional que le corresponde decidir a la Sala Quinta de Revisión se concentra en dos asuntos: por un lado, establecer si la acción de tutela bajo estudio es procedente y, por otro, en caso de que la respuesta sea afirmativa, analizar ¿si las administradoras de pensiones COLFONDOS y COLPENSIONES incurrieron en la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de la accionante por no acceder al traslado, bajo el argumento de que no cumple con los requisitos del régimen de transición (750 semanas cotizadas antes del 1º de abril de 1994) ni con la solicitud de traslado en los 10 años anteriores a la edad pensional, a pesar de que la accionante, según alega, primero, presentó la solicitud de traslado en el año 2006, 10 años antes a cumplir la edad pensional y, segundo, el traslado obedeció a que fue inducida al error?

3. Procedencia de la acción de tutela

La Sala evidencia que si bien en el presente caso se cumple con los requisitos de procedencia relacionados con la legitimación por activa y pasiva, lo cierto es que no se

cumple con los requisitos de subsidiariedad ni de inmediatez y, por consiguiente, no resulta procedente un pronunciamiento de fondo.

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos específicamente previstos por el Legislador, y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva.

En este sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, “(p)or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, determina que: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En el presente caso, la acción de tutela fue presentada por la demandante a través de apoderado judicial, a quien otorgó poder especial (Cuaderno de primera instancia, folio 7), en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por la entidad accionada. En consecuencia, se estima legitimada para actuar.

3.2. Legitimación por pasiva

De acuerdo con lo establecido en los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o un particular, en los eventos determinados por la Ley, por ejemplo, cuando el demandado se encuentre a cargo de un servicio público[1]. En cualquier caso, se debe atribuir la vulneración o amenaza de un derecho fundamental.

La Sala considera cumplido este requisito teniendo en cuenta que la demanda se presenta contra COLPENSIONES, y COLFONDOS, ambas entidades a cargo del servicio público de Seguridad Social dentro del Sistema General de Pensiones y acusadas de haber

transgredido los derechos fundamentales de la accionante, en esa medida, se encuentran legitimadas como parte pasiva en la presente acción de tutela.

3.3. Subsidiariedad

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 5º, 6º y 8º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, subsidiario y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, esto último, en los casos específicamente previstos por el Legislador.

En razón del carácter subsidiario de la tutela, esta procede en dos situaciones: (i) cuando en el ordenamiento jurídico no existan otros mecanismos de defensa judicial, idóneos y eficaces, para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados; y (ii) cuando, a pesar de su existencia, el accionante se encuentra expuesto a la consumación de un perjuicio irremediable, evento en el cual, en principio, el amparo sería de carácter transitorio.

En contraste, la tutela es improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial, idóneos y eficaces, y no exista la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable[2]. Lo anterior, entendiendo que el mecanismo judicial resulta idóneo cuando (i) se encuentre regulado para resolver la controversia judicial y (ii) permita la protección de las garantías superiores[3]. La eficacia se relaciona con la oportunidad de esta protección[4].

En el caso bajo estudio, la Sala Quinta de Revisión considera que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, teniendo en consideración lo siguiente:

(i) Existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo y efectivo. El conflicto planteado por la accionante recae sobre el traslado del régimen pensional. Según el artículo 2º, inciso 2º del Decreto Ley 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo), la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer “controversias, ejecuciones y recursos que le atribuya la legislación sobre el Instituto de Seguro Social; y de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y sus afiliados”. En

concordancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al conocer este proceso en segunda instancia, señaló que la demandante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver el presente conflicto, proceso “caracterizado por la oralidad”. En igual sentido, esta Sala evidencia que la accionante cuenta con los mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral, los cuales son idóneos y eficaces, en la medida en que se encuentran regulados para resolver precisamente este tipo de controversias judiciales y, por su naturaleza, permiten una respuesta oportuna de la administración de justicia.

Es importante destacar que la subsidiariedad se debe analizar en cada caso concreto y, cuando el demandante es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en condición de vulnerabilidad, en algunos casos, esta Corporación ha determinado que los mecanismos ordinarios, si bien pueden ser idóneos, no son eficaces, en la medida en que la respuesta de la administración de justicia podría no ser oportuna, como puede suceder, por ejemplo, cuando el demandante tiene problemas de salud, es de escasos recursos económicos o es un adulto mayor en condición de vulnerabilidad.

En este sentido, debe recordarse la Sentencia T-211 de 2011, según la cual la posible afectación al mínimo vital debe analizarse en cada caso concreto y, cuando los demandantes perciban sumas elevadas de dinero, “los cambios en los ingresos se presumen soportables y las personas deben acreditar que las mismas no lo son y que se encuentran en una situación crítica” (Resalta la Sala). En el presente caso, los ingresos de la accionante, en principio, no corresponden a un ingreso mínimo y ella no manifestó ni tampoco se pudo evidenciar con las pruebas allegadas, que se encuentre expuesta a una situación grave, en la cual los ingresos que percibe sean esenciales para sufragar su mínimo vital.

Aunado a ello, si bien la demandante tiene 60 años, lo cierto es que ello no es suficiente para concluir que se trata de un adulto mayor sujeto de especial protección constitucional. Al respecto, en la Sentencia T-816 de 2014, reiterada en la Sentencia T-037 de 2016, se realizó un recuento de cuatro momentos en la jurisprudencia relacionados con la determinación del concepto de la tercera edad, los cuales se destacan a continuación in extenso por ser relevantes para el asunto bajo estudio, a saber:

“1. la jurisprudencia constitucional reconoció que la tercera edad debía iniciar entre los 70 y 71 años. De esta forma, la Sentencia T-456 de 1994 dispuso que una vez la persona hubiese superado el promedio de vida establecido para los colombianos (en ese entonces se hablaba de 71 años) (...).

2. (E)ste Tribunal Constitucional mediante la Sentencia T-463 de 2003 reconoció que “la edad considerada por la jurisprudencia colombiana como límite mínimo de la ancianidad es de 71 años. Aunque en algunas sentencias la Corte ha admitido que en situaciones de grave enfermedad la edad límite puede reducirse (...)”. De aquí, que el concepto de tercera edad no resultara lo suficientemente objetivo, pues la especial protección constitucional deviene de las circunstancias de cada caso en particular y no solo de su edad.

3. El tercer escenario corresponde al criterio consagrado por la Sentencia T-138 de 2010, a través de la cual se buscó establecer un criterio objetivo, alejado de la mera voluntad del juzgador para, a partir del mismo, presumir la calidad de persona de la tercera edad de un determinado accionante. En esta oportunidad, la Sala de Revisión consideró que “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”. Vale mencionar que la consagración del presente criterio objetivo, fue concebida a modo de presunción es decir que admite prueba en contrario, por tanto no constituye la única vía para concretar la protección ni que por el simple hecho de cumplir con la edad requerida pudiera obtener lo que quisiera mediante acción tutela.”

4. Finalmente, un cuarto escenario fue introducido por la Sentencia T-457 de 2012, con fundamento en la Ley 1276 de 2009 “a través de la cual se modifica la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y se establecen nuevos criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida”, cuyo artículo 7º establece:

Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen.

....

Consideró que teniendo en cuenta que dicha ley equipara el concepto de adulto mayor con el de persona de la tercera edad, la edad en la que esta etapa inicia serán los 60 años, sin perjuicio que al acreditarse las circunstancias descritas en el artículo pueda considerarse de la tercera edad una persona de 55 años. Para la Sala Segunda, esta tesis puede llegar a desnaturalizar el carácter subsidiario y excepcional de la acción de tutela.”

Sin embargo, el criterio que se adoptó en esa oportunidad, insistió en que “el adulto mayor es aquel que supera la expectativa de vida, y en cada caso en particular acredita alguna circunstancia de especial consideración”. Esta última postura fue reiterada en las Sentencias T-844 de 2014, T-047 de 2015 y en la mencionada Sentencia T-037 de 2016, en la cual se declaró improcedente la demanda presentada al considerar lo siguiente:

“La acción de tutela será procedente como mecanismo definitivo, cuando los accionantes alcancen la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE en 74 años. Así mismo, será procedente como mecanismo definitivo en los casos donde sin importar la edad del accionante y existiendo otro medio de defensa, se acredite que el mismo no es idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del actor. Finalmente, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.” (Subrayas fuera de texto).

Siguiendo esta postura jurisprudencial, se evidencia que el solo cumplimiento de la edad de 60 años no implica que una persona pueda catalogarse de plano como un adulto mayor sujeto de especial protección constitucional. Entre los criterios que se han tenido en cuenta para evidenciar que una persona puede requerir mayor protección se encuentre el hecho de alcanzar “la expectativa de vida de los colombianos” la cual es certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)[6] y se encuentra estimada en 73 años para los hombres y 79 para las mujeres, en el periodo comprendido entre el 2015 y el 2020[7]. Igualmente, se ha tenido en cuenta que, además de la edad, la persona se encuentre expuesta a otras situaciones complejas de carácter cronológico, fisiológico o social[8]. En el presente caso, si bien la demandante cumple con 60 años, lo cierto es que no puede establecerse por ello que es un adulto mayor sujeto de especial protección constitucional, pues no supera la expectativa de vida ni manifestó estar expuesta a alguna condición de vulnerabilidad que exija amparo inmediato por el ordenamiento jurídico, descuidando los mecanismos de defensa judicial, idóneos y efectivos, que el Legislador ha

previsto para este tipo de asuntos.

(ii) No se evidencia el riesgo de consumación de un perjuicio irremediable. Según la jurisprudencia constitucional un perjuicio para tener la connotación de irremediable debe ser “(i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”[9]. Sin embargo, en el caso bajo análisis, ni los elementos fácticos mencionados en la demanda ni las pruebas allegadas al expediente, evidencian que la demandante se encuentre expuesta a un riesgo inminente y grave, que exija medidas urgentes e impostergables, al punto de que el juez constitucional deba asumir la competencia del juez ordinario, exceptuando la subsidiariedad de la acción de tutela.

Al respecto, se evidencia que negar la solicitud de traslado de la demandante implicaría una eventual amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales si la “amenaza estuviera por suceder” [10] al punto en que fuera perentoria la intervención del juez constitucional. No obstante, en el presente caso, se observa que la accionante ya cumplió la edad pensional y, como ella misma lo manifiesta, tenía conocimiento de la importancia de trasladarse desde hace más de 10 años, cuando, según indica, presentó una solicitud con el objetivo de lograr el cambio. Por ende, no resulta procedente sostener que, en este momento, ella se encuentra expuesta a una amenaza inminente, que está por suceder y que debe ser solucionada por este medio.

Adicionalmente, la situación expuesta por la accionante tampoco es grave al punto que requiera la intervención inmediata del juez constitucional, si se tiene en consideración que según el estudio de la situación pensional de la demandante, que ella misma allegó al proceso, el posible monto pensional que podría recibir en ninguno de los dos regímenes corresponde a uno que, en principio, pueda comprometer su mínimo vital. Según este estudio, en el régimen de prima media con prestación definida el valor de la mesada pensional sería \$8.402.533, mientras que en el RAIS correspondería a \$5.682.875 (cuaderno de primera instancia, folios 17 al 23). Por consiguiente, esta Sala de Revisión no encuentra razones para inferir que no ordenar el traslado, en un término perentorio, expone a la

actora a una situación crítica, al punto que el juez constitucional deba intervenir, desconociendo la naturaleza de la tutela y la competencia del juez ordinario.

3.4. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos que, presuntamente, generan la vulneración y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. Con este requisito se busca garantizar la seguridad jurídica y evitar que la acción de tutela sea empleada para subsanar la negligencia en que incurrieran los ciudadanos para la protección de sus derechos.

En el presente caso, es importante precisar que el incumplimiento del requisito de subsidiariedad es suficiente para desvirtuar la procedencia de la acción de tutela, pues al no ser este el mecanismo de defensa judicial viable, resulta intrascendente verificar si la demandante acudió a este oportunamente.

Por consiguiente, baste decir que la Sala de Revisión también determina incumplido el requisito de inmediatez, debido a que la accionante se trasladó de régimen pensional desde el 1º de marzo de 2002 y, según ella manifiesta, solicitó por primera vez el cambio en el 2006, es decir, desde hace más de 10 años la demandante estaba inconforme con el traslado de régimen y, sin embargo, no fue sino hasta el año 2018 cuando acudió a este mecanismo judicial. Adicionalmente, no existe justificación alguna para la demora en la presentación de la demanda, que se logre evidenciar con las pruebas allegadas al expediente.

Finalmente, cabe destacar que, en algunos casos, cuando el conflicto se concentra en la mesada pensional o en prestaciones periódicas, esta Corporación ha considerado cumplido el requisito de inmediatez aun cuando, en principio, el tiempo transcurrido entre el primer hecho que ocasionó la vulneración de los derechos y la presentación de la tutela hubiese sido extenso, lo cual se ha justificado en que se trata de un perjuicio permanente[11]. Sin embargo, en este asunto no está en discusión el derecho pensional en sí mismo, sino el traslado al régimen de prima media, en el cual la demandante considera que el monto de la mesada pensional sería más elevado cuando se reconozca el derecho. En esa medida, no

resulta procedente la aplicación de este criterio.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la Sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 6 de febrero de 2019, por medio de la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el 4 de diciembre de 2018, que resolvió negar las pretensiones de la demanda. En su lugar, DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presenta por la señora María Helena Forero Osorio, por las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO.- LÍBRENSSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 3º.

[2] Sentencia T-308 de 2016.

[3] Sentencia T-211 de 2009. Cita en T-113 de 2013

[4] Sentencia T-591 de 2017.

[5] Ver folios 12 y 19.

[6] Sentencia T-047 de 2015, T-471 de 2017.

[7]

http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/seriesp85_20/IndicadoresDemograficos1985-2020.xls.

[8] CEPAL et al. Los derechos de las personas mayores. En: http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo/2/43682/Modulo_1.pdf (Mayo 3 de 2017). Sentencia T-471 de 2017.

[9] Sentencia T-786 de 2008. Ver también Sentencias T-751 de 2012, T-136 de 2013, T-120 de 2013, T-956 de 2013, T-889 de 2013 y T-506 de 2015, entre otras.

[10] Sentencia T-786 de 2008. Ver también Sentencias T-751 de 2012, T-136 de 2013, T-120 de 2013, T-956 de 2013, T-889 de 2013 y T-506 de 2015, entre otras.

[11] Sentencia T-360 de 2018.