



Cartagena de Indias D. T. y C., seis (06) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-011-2018-00208-01
Accionante	CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE
Accionado	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Derecho fundamental a la seguridad social-Traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al régimen de prima media (RPM)-Ley 797 de 2003.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra el fallo de tutela de fecha veinticuatro (24) de septiembre de 2018¹, dictado por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR, en el cual se ordenó el amparo del derecho a la seguridad social.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE, identificado con cedula de ciudadanía # 45.458.588 de Cartagena.

III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR.

¹Fols. 41-48 cdno 1



IV.- ANTECEDENTES

4.1.- Pretensiones².

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

"1. (...) se ampare el derecho fundamental irrenunciable a la seguridad social, materializado en la negativa de las tuteladas a acceder a una solicitud de traslado de régimen pensional a pesar de cumplir con los requisitos establecidos en la norma, para autorizar el trámite.

Como consecuencia del amparo, se ordene al representante legal de COLPENSIONES (...) que en un término perentorio, el cual no puede exceder de cuarenta y ocho (48) horas, profiera acto administrativo que acepte el traslado de régimen de mi representada desde el régimen de ahorro individual al régimen de prima media (...) y ordenar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. PROVENIR (...) aprobar dicha solicitud de traslado".

4.2.- Hechos³.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El 22 de febrero de 2011, la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE presentó solicitud formal ante COLPENSIONES, en la cual se pretendió el traslado del régimen de ahorro individual PORVENIR, al régimen de prima media COLPENSIONES, la actora hace entrega de la solicitud formal acompañada por el formato institucional debidamente diligenciado, con los sellos y firma de la representante legal de la empresa empleadora, en atención a que, la solicitante cumplía los cuarenta y siete (47) años de edad el día 26 de noviembre de 2011, la radicación de los documentos se realizó antes de la fecha límite establecida por el literal E del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es decir antes diez (10) años antes del cumplimiento del requisito de edad, para el caso de las mujeres.

Denota la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE, que la solicitud impetrada ante COLPENSIONES no tuvo contestación por parte de la entidad, en ese orden de ideas, el 9 de mayo de 2011, la actora radicó derecho de

²Fol. 2 cdno 1

³Fol 1-2 Cdno 1



petición ante PORVENIR con el fin de recibir informe sobre la viabilidad del traslado ya solicitado, a lo cual la entidad del régimen de ahorro individual manifestó que no existía solicitud de traslado de régimen por parte del COLPENSIONES.

En ese orden de ideas, la accionante esboza que cumple con los requisitos previstos en la norma para el traslado de régimen, en el sentido de que los recursos que el afiliado tuviera en el régimen de ahorro individual deben corresponder con el aporte en caso de haber estado afiliado al régimen de prima media, que de acuerdo a la sentencia T 449 de 2009 están obligados a resolver favorablemente la petición incoada por la afiliada.

4.3.- Contestación de COLPENSIONES.⁴

La accionada resalta en su escrito contestatario que, en el sistema de la entidad no registra petición pendiente por responder a favor de la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE, que, por la naturaleza jurídica de la acción constitucional radicada y el caso concreto, esta no cumple con los requisitos perentorios para ser tramitada y en consecuencia, debe declararse improcedente.

En ese orden de ideas, COLPENSIONES determina que el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario y residual y su procedencia está supeditada a la inexistencia de otro medio judicial ordinario que sea idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En el caso concreto y en análisis de la procedibilidad de la acción de tutela, dicha acción con cumple con el requisito de subsidiariedad, al no agotar los mecanismos judiciales dispuestos para dirimir las pretensiones de la actora, por cuanto no ha acudido al juez ordinario para que determine si reúne las condiciones para acceder a las pretensiones elevadas.

⁴ Folios 24-31 Cdno 1.



4.3.1- Contestación de PORVENIR.⁵

Advierte la accionada que no existe solicitud alguna por parte de la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE de la cual dicha sociedad deba pronunciarse, señalando que el traslado que pretende la actora no sería viable, ya que en el caso específico se configura la causal de prohibición de traslado entre regímenes de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

En efecto, la señora Mackenzie nació el 26 de noviembre de 1964, encontrándose incurso en inhabilidad para trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, pues se encuentra a menos de diez (10) años para tener derecho a la pensión de vejez, que hasta el 2013 fue de 55 años para las mujeres y que en la actualidad incremento a 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

Revisada la historia laboral emitida por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público O. B. P., la señora Torres Mackenzie tiene a primero de abril de 1994, quince años o más cotizados, esta sociedad administradora tampoco podría, previa solicitud por parte de COLPENSIONES, de aceptar su traslado al régimen de prima media con prestación definida en los términos de la sentencia C 789 de 2002, C 1024 de 2004 y SU 062 de 2010.

En el caso particular, de acuerdo al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no existiría la posibilidad de traslado cuando el solicitante este incurso en la causal de prohibición de que trata el literal e) de la citada Ley; que, adicionalmente la actora al primero de abril de 1994 no tiene 15 o más años de cotizados, por lo cual no sería factible aprobar su traslado al Régimen contrario, en virtud a la jurisprudencia constitucional.

En síntesis, la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE tenía conocimiento, de acuerdo a la información otorgada al momento de afiliación a PORVENIR sobre los pormenores del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual, adicional a esto, el afiliado por el no conocimiento de la norma no puede alegar su propia culpa y eximirse de responsabilidad del conocimiento de la normatividad pensional, por lo que no procedería la

⁵ Folios 32-42 Cdno 1.



solicitud de anulación y traslado solicitada ya que se encuentra válidamente afiliada al fondo PORVENIR.

V.- FALLO IMPUGNADO⁶

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre de 2018, resolvió tutelar el derecho fundamental a la seguridad social, vulnerados por la administradora colombiana de pensiones-COLPENSIONES y la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, en los siguientes términos:

"PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales invocados por la señora Claudia Patricia Torres Mackenzie vulnerados por la administradora colombiana de pensiones-Colpensiones y la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías- Porvenir

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, autorice el traslado de Claudia Patricia Torres Mackenzie al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la administradora del fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. que, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de la providencia proceda a autorizar el traslado de la accionante a la administradora colombiana de pensiones-Colpensiones, trasladando en este la totalidad del ahorro depositado en su cuenta individual.

(...)"

Aludiendo que, encuentra probado que la actora, allegó un formulario de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones con sello de recibido de fecha 22 de febrero de 2011, por parte del Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones⁷, de tal modo que no le asiste a dicha entidad expresar la inexistencia de la solicitud realizada por la accionante.

Se evidencia en el expediente que, la actora nació el 26 de noviembre de 1964 y que de conformidad con la historia laboral consolidada allegada a la demanda, la misma empezó a realizar los aportes a partir del 16 de octubre de 1986 hasta el 31 de mayo de 1994 al régimen de prima media y del mes de abril de 1996 a julio de 2018 al régimen de ahorro individual; lo cual significa que, de acuerdo a la Ley 100 de 1993, el primero de abril de 1994 la

⁶ Fols 41-48 Cdnó 1

⁷ Fols 7 Cdnó 1.



demandante contaba con 29 años y 5 meses de edad y 196.14 semanas cotizadas, de tal suerte que esto no la hace beneficiaria del régimen de transición. De conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, no le es exigible el requisito para el cambio de régimen, consistente en contar con 15 años o más, sino el requisito dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, en el caso concreto resulta procedente la impartición de órdenes tendientes a la protección del derecho fundamental de la actora.

VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁸

En el escrito de impugnación, Colpensiones refiere, respecto la decisión tomada que, en principio, la accionante solicita el amparo del derecho fundamental de la seguridad social, materializado en la negativa de la tutela a acceder a una solicitud de traslado de régimen pensional a pesar de que esta, cumple con los requisitos de la norma para autorizar el trámite, lo anterior bajo el argumento de haber presentado derecho de petición el día 22 de febrero de 2011, el cual fue contestado tras verificar en el expediente digital de la actora, que no se evidencia petición, queja o reclamo desde diciembre de 2012, indicando que la señora Torres Mackenzie no volvió a acudir a la administración pese al tránsito administrativo surtido a la hoy COLPENSIONES.

En ese orden de ideas, la pretensión de la accionante, considera COLPENSIONES es un asunto que por su naturaleza corresponde a la jurisdicción ordinaria, al ser reiterativa la jurisprudencia constitucional en el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, que profundizando en el asunto este se restringe a resolver la procedencia del traslado de régimen de acuerdo con lo establecido en la circular 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Sin embargo, la sentencia de primera instancia ordenó el efectivo traslado de régimen pensional, contrariando el procedimiento contenido en la circular antes citada; además, revisado el historial de la accionante, se establece que esta nació el 26 de noviembre de 1964, teniendo para la fecha de radicación de la petición 54 años de edad, lo que significa que no es sujeto de protección

⁸ Fols. 51-54 Cdno 1.



especial constitucional, al no acreditar ser parte de la población de la tercera edad, ni haber probado sumariamente un perjuicio irremediable o amenaza inminente de los derechos fundamentales invocados.

Con respecto a otro requisito fundamental de la procedencia de la acción de tutela, como es el requisito de la inmediatez, la actora alude un derecho de petición radicado hace 7 años, sin que, durante ese lapso, se manifestase interés de la misma en el estado de la solicitud, circunstancia que denota negligencia en el obrar de la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE.

En ese sentido, conforme el criterio de la Corte Constitucional, el cual señala que nadie puede alegar en su favor su propia culpa, que pese a no ser a consideración de la accionada el medio idóneo para realizar el trámite del traslado de régimen pensional, COLPENSIONES ha procedido a realizar la verificación del caso a fin de establecer el radicado de 22 de febrero de 2011 y de esta forma poder realizar el trámite correspondiente conforme el ordenamiento jurídico aplicable.

VII.-RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA⁹

Por auto de fecha 02 de octubre de 2018, proferido por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por COLPENSIONES, contra el fallo de fecha 24 de septiembre de 2018, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 09 de octubre de 2018¹⁰, siendo finalmente admitido por esta Magistratura en la misma fecha¹¹.

VIII.-CONSIDERACIONES

8.1.-Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

⁹ Fol. 56 Cdno 1

¹⁰ Fol. 3 Cdno 2

¹¹ Fol. 4 Cdno 2



8.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que, inicialmente esta entrará a determinar sí:

¿El instituto de Seguros Sociales, actualmente Colpensiones y Porvenir, vulneran el derecho fundamental a la seguridad social de la accionante al negarse a autorizar su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, y negar la existencia de la solicitud de traslado estando la actora en término para la presentación del mismo, sin obtención de respuesta alguna por parte de Porvenir?

Si la respuesta a la incógnita anteriormente planteada es positiva, la Sala determinará como subsecuente el siguiente problema jurídico:

¿Estuvo ajustado a derecho el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de tutelar el derecho fundamental de la señora Claudia Patricia Torres Mackenzie y ordenar a las entidades accionadas dar trámite a la solicitud de traslado de régimen pensional?

Para arribar al problema jurídico abordaremos el siguiente hilo conductor; (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Protección de la seguridad social como derecho fundamental, reiteración de jurisprudencia; (iii) Reglas jurisprudenciales para el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición iv) Legislación sobre el traslado entre sistemas pensionales v) Derecho fundamental de petición vi) caso en concreto.

8.3.- Tesis de la Sala

La Sala **MODIFICARÁ** el fallo de tutela de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 24 de septiembre de 2018, por considerar que, la actora actuó en cumplimiento de los requisitos establecidos de acuerdo a la reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al traslado de régimen pensional.



Esta magistratura, evidencia la existencia de vulneración del derecho fundamental de petición y seguridad social por parte de Colpensiones, demostrando una conducta omisiva, al no dar respuesta de fondo, oportuna y congruente a la solicitud radicada por la actora respecto el traslado de régimen que esta pretendía, obteniendo nula contestación por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones.

8.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, además cuenta con principios que permiten determinar al juez constitucional la procedencia de la acción, entre ellos el principio de inmediatez y subsidiariedad, definidos en orden en las sentencias SU 961 de 1999, T 246 de 2015 y C 077 de 2018, del siguiente modo:



"7.3.- Inmediatez- Es el elemento consustancial a la protección que la acción brindada a los derechos de los ciudadanos, que implica el ejercicio y deber correlativo a la interposición oportuna y justa de la acción (...)

Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales, La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental; que pese a lo anterior esta será procedente fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que (...) iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual."

En tanto que, la subsidiariedad es entendida de acuerdo al criterio jurisprudencial como:

"Requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por cuanto a este medio de protección se puede acudir frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pero siempre que no exista otro medio de defensa que sea idóneo, o cuando existiéndolo no sea expedito u oportuno o sea necesario el amparo para evitar un perjuicio irremediable."

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

8.4.2.- Protección de la seguridad social como derecho fundamental, reiteración de jurisprudencia.

El derecho a la seguridad social goza en el ámbito internacional, así como en nuestro ordenamiento jurídico interno de una especial protección constitucional, según se desprende del artículo 48 superior, en el cual se prescribe lo siguiente: "Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social y garantizar el mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la



que aumenta su vulnerabilidad, ya que se acerca a la tercera edad y, por consiguiente, a la condición de sujeto de especial protección constitucional"

Esta relevancia constitucional se ve reforzada por disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que a su vez reconocen el derecho a la seguridad social. Es así como el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona consagra:

"Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

De igual manera, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

"Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes".

De los postulados anteriores, se puede deducir que el derecho a la pensión de vejez, surge como mecanismo de protección cuando quiera que una persona a causa de su avanzada edad, ve disminuida su capacidad en la producción laboral, dificultándosele obtener los recursos necesarios para disfrutar de una vida digna.

Esta protección especial al derecho a la seguridad social y a la pensión de vejez como una de sus manifestaciones, han llevado a que esta Corporación admita su protección por vía de tutela, cuando se logre demostrar un nexo inescindible entre un derecho de orden prestacional con un derecho fundamental.

En este sentido, cuando una autoridad administrativa - pública o privada-, que maneja los recursos de la seguridad social, vulnere los derechos fundamentales de sus afiliados, éstos sin excepción, pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de sus garantías constitucionales, bien sea por



que se encuentran amenazadas o porque efectivamente han sido conculcadas.

Es por ello, que ante la renuencia de las instancias administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a materializar el disfrute pleno del derecho fundamental a la seguridad social en cada una de sus manifestaciones, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela *"cuando la omisión de las autoridades públicas o privadas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión"* (T-284 de 2007).

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez -, es un derecho fundamental y que, cuando se amenace su efectiva realización, *"la acción de tutela puede ser usada para protegerlo"*, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

8.4.3.- Legislación sobre el traslado entre sistemas pensionales.

El legislador, en desarrollo del deber constitucional de diseñar un sistema de seguridad social integral, orientado en los principios antes mencionados, expidió la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, dicho sistema se encuentra estructurado con el objetivo de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante la protección de las principales contingencias que los afectan a partir de cuatro componentes básicos: i) el sistema general de pensiones, ii) el sistema general de salud, iii), el sistema general de riesgos laborales y iv) y los servicios sociales complementarios.

En referencia, la Corte Constitucional en sentencia T 211 de 2016 ha referido respecto el traslado de régimen pensional, que:

"En materia de traslado de régimen pensional, particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición, se han establecido las siguientes reglas de obligatorio cumplimiento para los jueces de tutela: i) Sólo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años o más de servicios al sistema para el 1 de



abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición, caso en el cual, "deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media"

A través de la ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993,¹²

"ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

a. <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes;

(...)

e. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exigible> <Literal modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;

f, Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

¹² Cfr. Sentencia SU 062 de 2010



g. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos.

k. Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria³⁹.

n. <Literal adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados, en los términos de esta ley y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración.

La Nación podrá, a partir de la vigencia de la presente ley, asumir gradualmente el pago de las prestaciones y mesadas pensionales de los pensionados que adquirieron su derecho con anterioridad al 4 de julio de 1991, en los nuevos departamentos creados en virtud del artículo 309 de la Constitución Nacional;

(...)"

Con la vigencia de la Ley 797 de 2003, se regula el traslado de régimen de los afiliados cuando les falten 10 años o menos para cumplir edad que requieren para adquirir la pensión de vejez., para los primeros es posible su traslado pero para los segundos no.

8.4.4.- Derecho fundamental de petición.

El derecho de petición fue establecido en el artículo 23 de la Constitución, donde se prevé que "toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución"

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puesto de relieve la relación existente entre el derecho de acceso a la información y el derecho de petición, precisando que:

"La Constitución consagra expresamente el derecho fundamental de acceso a información pública (C.P. art. 74) y el derecho fundamental de petición (C.P. art. 23) como herramientas esenciales para hacer efectivos los principios de transparencia y publicidad de los actos del Estado. En este sentido, la Corte ha reiterado que tales derechos son mecanismos esenciales para la satisfacción de los principios de publicidad y transparencia y en consecuencia se convierten en una salvaguarda



fundamental de las personas contra la arbitrariedad estatal y en condiciones de posibilidad de los derechos políticos. Por tales razones, los límites a tales derechos se encuentran sometidos a exigentes condiciones constitucionales y el juicio de constitucionalidad de cualquier norma que los restrinja debe ser en extremo riguroso".

Conforme lo dispone la jurisprudencia de la Corte Constitucional y lo ha venido reiterando, el ejercicio del derecho de petición en Colombia está regido por las siguientes reglas y elementos de aplicación, entre ellos:

(...) 3) La respuesta debe satisfacer cuando menos tres requisitos básicos: (i) debe ser oportuna, es decir, debe ser dada dentro de los términos que establezca la ley; (ii) la respuesta debe resolver de fondo el asunto solicitado. Además de ello, debe ser clara, precisa y congruente con lo solicitado; y (iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario.

En la Sentencia C 951 de 2014, mediante la cual la Sala Plena de esa Corporación estudió la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria No. 65 del 2012 Senado, 227 de 2013 Cámara "Por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", señaló que el derecho de petición se aplica a todo el procedimiento administrativo, trámite que incluye los recursos ordinarios y extraordinarios, de manera que su no resolución oportuna o adecuada también es susceptible de corregirse a través de la acción de tutela.

De esta manera, la acción de tutela es el único mecanismo idóneo y eficaz para garantizar la protección del derecho fundamental de petición, del cual hacen parte los recursos administrativos ante las autoridades.

8.5.-Caso concreto.

En el presente asunto, la parte accionada COLPENSIONES, solicita en la impugnación de tutela, que se declare improcedente la acción de tutela y en su lugar, en el entendido que se desconoció el carácter subsidiario de la acción de tutela, en concordancia con el numeral 4º de artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, en el cual toda controversia que se presente en el marco del sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral, en síntesis se pretende el archivo de la acción constitucional radicada por la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE.



8.6.- Hechos Relevantes Probados

- Copia de formulario "vinculación o actualización al sistema general de pensiones", solicitud de régimen de traslado de régimen pensional, radicado 003607 de fecha 22 de febrero de 2011, visible a folio 7 del cuaderno 1.
- Derecho de petición a PORVENIR, de fecha 11 de mayo de 2011, radicado 0104736019772400, visible a folio 8 del cuaderno 1.
- Contestación de PORVENIR, radicado 0200001084761500 a solicitud de fecha 11 de mayo de 2011, visible a folio 9 del cuaderno 1.
- Copia de cedula de ciudadanía, visible a folio 10 del cuaderno 1.
- Copia de la Historia laboral consolidada, generada el 07 de agosto de 2018, visible de folio 11 a 19 del cuaderno 1.

8.7.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso bajo estudio, Colpensiones en escrito apelatorio, solicita que se declare improcedente la acción de tutela, por encontrar que:

- Refiriéndose a la subsidiariedad de la acción de tutela, considera que esta acción no es aplicable al asunto en comento por considerarlo correspondiente a la jurisdicción ordinaria.

-La petición aludida de traslado de régimen pensional, con radicado 003607 de fecha 22 de febrero de 2011, visible a folio 7 del cuaderno 1 fue presentada hace más de 7 años, incumpliendo el principio de inmediatez de la acción de tutela;

-Además no prueba ni sumariamente un perjuicio irremediable o amenaza inminente.

A este punto se tiene que, la accionante presentó petición siendo radicada con el numero 003607 de fecha 22 de febrero de 2011, para el traslado del régimen pensional de régimen de ahorro individual, en el caso específico PORVENIR al de prima media, las entidades accionadas en la contestación, alegan no contar con dicha solicitud, ni es posible realizar el traslado de la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE, al considérala incurso en Literal



e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.¹³

En ese orden de ideas, respecto el primer fundamento formulado por Colpensiones respecto a la subsidiariedad no aplicable al asunto, encuentra esta Sala que, según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que, existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o eficaces para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental, en este caso, el derecho fundamental a la seguridad social, a la libre escogencia de régimen pensional y al derecho de petición, este último amparado prima facie por la acción de tutela.

En este caso en especial, la omisión de la entidad accionada, en especial la impugnante al no darle trámite a la solicitud del 22 de febrero de 2011, hace que se vulnere el derecho fundamental de petición, lo cual hace procedente sin mayores miramientos la presente acción. Una vez le resuelvan dicha solicitud es que podría acudir dependiendo de la respuesta a la jurisdicción ordinaria.

Para la Sala no hay duda, que cuando exista la vulneración a un derecho fundamental, la tutela se hace procedente de manera definitiva sin necesidad de acudir a otros medios.

En relación con el segundo punto de la impugnación, que tiene que ver con la inmediatez, la Sala, encuentra que este principio se encuentra satisfecho en el presente asunto, puesto que, la afectación del derecho fundamental de petición asociado con el derecho a la seguridad social, está vigente, porque a pesar de haber transcurrido más de siete (07) años de haberse presentado la solicitud de traslado, la misma no ha tenido respuesta alguna hasta la fecha, significando que la vulneración aún persiste, lo que hace que la tutela sea procedente e inmediata, a pesar del tiempo transcurrido; por lo tanto, no se puede hablar en el sub examen de falta de inmediatez puesto que mientras esté vigente la vulneración, este mecanismo sigue activo, tal como lo ha dicho nuestro máximo Tribunal Constitucional.

¹³ Ver 8.4.3. de este fallo.



Los fundamentos anteriores, estas soportados en el hecho de que la tutelante acredita en el expediente que presentó dentro del término dispuesto por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificatorio del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, solicitud ante el instituto de seguro social, hoy Colpensiones, para el traslado del régimen de ahorro individual al de prima media; que, de acuerdo a la Circular 019 de marzo 4 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, Colpensiones debía realizar solicitud de traslado de régimen a la entidad donde se encuentra afiliada la solicitante, accionar omitido por la entidad perteneciente al régimen de prima media.

Se entiende que la circular 019 de marzo de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia ha determinado, dentro del capítulo primero de las "Instrucciones generales relacionadas con las entidades administradoras del sistema general de pensiones" que el procedimiento a seguir por las administradoras de los fondos de pensiones debe ser el siguiente:

"3. PROCEDIMIENTO PARA EL TRASLADO DE AFILIADOS

De conformidad con lo previsto en los artículos 60, literal c), 113 y 114 de la Ley 100 de 1993, 15 y 16 del Decreto 692 de 1994, y con fundamento en el literal a) del numeral 3o. del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia se permite impartir las siguientes instrucciones sobre el procedimiento para el traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones.

3.1 Términos para los traslados

Este Despacho estima conveniente recordar los términos de tres (3) años y de seis (6) meses, ambos contados desde la selección anterior, para trasladarse de régimen o para cambiarse de sociedad administradora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, respectivamente, previstos en los artículos 15o. y 16o. del decreto 692 de 1994. Se entenderá que hubo selección desde el momento en que se presentó debidamente diligenciado el formulario correspondiente a la entidad administradora escogida, siempre que no se haya ejercido el derecho de retracto en los términos establecidos en el artículo 3o. del Decreto 1161 de 1994.

3.2 Diligenciamiento del formulario

Cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular.

Con el fin de proceder al traslado entre regímenes o entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, el respectivo formulario sólo se podrá presentar debidamente diligenciado a partir del primer día del trigésimo séptimo (37) mes de efectuada la selección de régimen en el primer caso, y a partir del primer día del séptimo (7o.) mes de seleccionada la administradora, en el segundo.

(...)

3.4 Reporte de solicitudes de traslado a la administradora anterior



La nueva administradora deberá informar a la administradora anterior a más tardar el octavo (8o.) día de cada mes, las solicitudes de traslado presentadas en el mes inmediatamente anterior. Si el plazo señalado vence un sábado, domingo o festivo, se entenderá prorrogado hasta el día hábil siguiente. Para tales efectos, la nueva administradora diligenciará un listado que contenga los nombres de los trabajadores y su identificación y anexará las fotocopias de los respectivos formularios de vinculación, dejando constancia expresa de la fecha en que se efectúa el reporte.

Los listados a que se refiere el presente subnumeral podrán ser presentados en medio magnético.

3.5 Informe de solicitudes de traslado

La administradora anterior, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales, deberá informar a la nueva administradora, al afiliado y al empleador, si es del caso, acerca de la procedencia o no de las solicitudes de traslado reportadas en el respectivo mes, de acuerdo con el subnumeral precedente, a más tardar el veintitrés (23) del mismo mes en que se efectuó el reporte.

Para ello empleará un formato que contendrá como mínimo las siguientes especificaciones:

- a. nombre o razón social de la nueva entidad administradora
- b. fechas del reporte de las solicitudes de traslado y del informe de verificación de los requisitos legales.
- c. nombres y apellidos del solicitante
- d. documento de identificación
- e. procedencia o improcedencia de la solicitud, causal
- f. nombre completo, cargo y firma del funcionario responsable.

Para efectos de lo dispuesto en el literal e), la administradora anterior estará en la obligación de verificar que el afiliado no esté incurso en alguna de las siguientes situaciones:

- 1) Fecha de la última selección menor a seis (6) meses (cambio entre administradoras del régimen de ahorro individual)
- 2) Fecha de la última selección menor a tres (3) años (traslado entre regímenes pensionales)
- 3) En disfrute de pensión
- 4) Solicitud de pensión en trámite
- 5) No afiliado

Los plazos mencionados en los numerales 1) y 2) deberán contarse desde la fecha en que se seleccionó la administradora anterior, siempre que tal selección se haya realizado dentro de los términos legales.

En los eventos en que la administradora anterior verifique que se cumplieron los requisitos legales para que proceda el traslado, en el respectivo informe precisará la fecha a partir de la cual dicho traslado surte efectos, así como el mes a partir del cual deben efectuarse las cotizaciones a la nueva entidad.

En los eventos en que no proceda el traslado, el informe deberá expresar con claridad la causa de ello."

La Corte Constitucional en sentencia C 401 de 2016, determinó que, aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de



uno de estos sistemas es libre y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Cabe señalar que, la Corte Constitucional resalta la naturaleza financiera de las administradoras de pensiones, Decretos como el 663 de 1993 y el 2555 de 2010, establecen un régimen de protección al consumidor financiero (en este caso los afiliados) del sistema general de pensiones.

Indica que la información, solicitudes, quejas y reclamos impetrados por cada uno de afiliados, debe ser cierta, clara y oportuna, de manera que permita a los interesados conocer adecuadamente los derechos y obligaciones inherentes, en ese orden de ideas no incumbe a la actora el tránsito que sufrió el instituto de seguro social a la actual administradora colombiana de pensiones Colpensiones, esta no está obligada a reafirmar la decisión manifestada en el formulario de traslado de régimen.

Para finalizar, se tiene que el perjuicio irremediable o amenaza inminente en el caso concreto, no cesó, al no encontrar contestación alguna por parte de Colpensiones a la solicitud formal de la accionante; esta última, ha de entenderse en debida forma y por ello en condiciones de ser tramitada por la institución de seguro social, hoy Colpensiones; que, estando ad portas de cumplir la edad legal para pensionarse, encuentra que se encuentra en un incierto jurídico que amenaza su estado pensional próximo. Debemos recordar que el amparo procede también como se expresó al inicio de este acápite para evitar que se consume un perjuicio, es decir para conjurar una amenaza, que en este caso se concreta la misma, cuando no se le permite regresar al régimen de prima media a pesar de cumplir las condiciones que exige la Ley para el mismo, como lo son el tiempo mínimo requerido en un sistema y el otro es, que el traslado se solicite antes de que se cumplan 10 años que faltaren para adquirir el derecho.

Por lo antes expresado, no son de recibo el hecho de que no existe un agravio que haga procedente este amparo, si existe una amenaza que se puede materializar si la accionada sigue omitiendo el deber legal de cumplir lo ordenado en ella, así como obligar a la actora a pensionarse con un sistema e iniciar una batalla jurídica bajo el argumento de que no tiene la condición de miembro de la tercera edad; aquí la protección se otorga es para conjurar la amenaza y evitar un perjuicio a la tutelante por las omisión de las tuteladas,



han vulnerado los derechos de petición y seguridad social de la señora Torres Mackenzie.

Corolario de lo anterior, este Tribunal modificara la decisión de primera instancia.

8.8.- Conclusión

Por todo lo manifestado, la respuesta al planteamiento inicialmente hecho es positiva y en subsecuencia el problema jurídico también lo es, por lo expuesto en el acápite del marco normativo y jurisprudencial planteado dentro de este proveído, por cuanto, si una autoridad administrativa - pública o privada-, que maneja los recursos de la seguridad social, vulnera los derechos fundamentales de sus afiliados, éstos sin excepción, debe ser amparados.

Entiéndase en el caso concreto que, existe una conducta omisiva por parte del Instituto de seguro social, hoy Colpensiones en cuanto este no resolvió de acuerdo al criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional el derecho de petición y con ello desconoció el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Claudia Patricia Torres Mackenzie.

En concordancia con lo anterior se tiene que la Corte Constitucional ha estimado que, el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración de este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a su derecho de petición no ocurrió, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional y este se torna procedente siempre que la vulneración exista, independientemente del tiempo en que sea ejercitada esta acción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veinticuatro (24) de septiembre de 2018, dentro de la presente acción de tutela, únicamente en lo que respecta a los numerales segundo y tercero por lo



expuesto en la parte motiva esta providencia, dichos numerales quedaran del siguiente modo:

"SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, responda a la solicitud de traslado de fecha 22 de febrero de 2011 radicada por la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE ante Colpensiones,

TERCERO: De obtener respuesta positiva a la solicitud de traslado de régimen pensional; del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al régimen de prima media (RPM), radicada por la accionante el 22 de febrero de 2011 ante Colpensiones, **ORDENAR** a la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A., que dentro del término de cuarenta y ocho(48) horas siguientes a la notificación de la providencia, proceda a autorizar el traslado de la señora CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, trasladando en este la totalidad del ahorro depositado en su cuenta individual"

SEGUNDO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No

1/1.
LOS MAGISTRADOS

(Firma)
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

(Firma)
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
(Ausente con permiso)

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-011-2018-00208-01
Demandante	CLAUDIA PATRICIA TORRES MACKENZIE.
Demandado	Colpensiones- Porvenir.

