

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 186

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, mayo dieciséis (16) del año dos mil veintidós (2022)

RADICADO: 81-001-31-07-002-2022-00058-01
RAD. INTERNO: 2022-00109
ACCIÓN: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS
ACCIONADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTRA.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por el accionante contra la sentencia de marzo 28 de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Arauca¹, que declaró improcedente la acción de tutela.

ANTECEDENTES

El señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS, manifestó en su escrito de tutela², que tiene 63 años y es sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera edad y sufrir graves padecimientos de salud, concretamente presión arterial alta con riesgo cardíaco.

¹ Dra. Claudia Marcela Garcés Valdés.

² Cdno digital del Juzgado, ítem 2.

Expuso, que trabajó para el MUNICIPIO DE ARAUCA del 2 de mayo de 1984 al 18 de noviembre de 1991 como Administrador de la Plaza de Mercado, y después del 18 de febrero de 1992 al 11 de diciembre de 2002 como Jefe de División de Desarrollo Social Nivel 4, Grado 4, de la Secretaría de Gobierno, cotizando durante esos periodos al Sistema General de Seguridad Social de Pensión -SGSSP- en la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DEPARTAMENTO DE ARAUCA "CAPREDA".

Señaló, además, que el 1º de enero de 1996 "*pasó*" a trabajar a la ESE Jaime Alvarado y Castilla, afiliándose para pensión en el Instituto de Seguridad Social ISS (*hoy COLPENSIONES*) y cesantías en el fondo privado HORIZONTE, y que el formulario de cesantías lo diligenció con sus datos personales y únicamente marcó la casilla que se refería a ellas, para entregar después dicho documento en el Banco BBVA de la ciudad de Arauca, donde quedaban las oficinas del citado fondo.

De otra parte, aclaró, que la información que suministró al asesor comercial del Fondo HORIZONTE fue únicamente para cesantías, y que se infería que él estaba registrado en COLPENSIONES cuando le pidió a ese Fondo Público la expedición de certificados de su afiliación, amén que dicha Administradora Colombiana de Pensiones enviaba oficios a la ESE Jaime Alvarado y Castilla para recordarle que debía hacer el pago de los aportes pensionales a su favor, cuando ésta se atrasaba con dicha obligación.

Indicó, también, que el 5 de enero de 2021 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez por tener 63 años de edad y más de 1300 semanas cotizadas al Sistema General de Seguridad Social de Pensión, pero dicha entidad, mediante la Resolución No. 2021-54592 SUB 112227 del 14 de mayo de ese año, declaró la pérdida de competencia para resolver tal solicitud y remitió el cuaderno administrativo al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., tras señalar que en el año 2011 él había trasladado sus aportes a ese fondo privado.

Sostuvo, igualmente, que el 19 de mayo de 2021 cuando le fue notificada la citada Resolución se sorprendió muchísimo porque siempre creyó que estaba afiliado a COLPENSIONES, máxime que todos sus aportes pensionales se giraron a un fondo público, más no privado, y ningún asesor de HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., le informó ni explicó los requisitos que debía cumplir para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni muchos menos las ventajas y desventajas que traía el traslado de régimen.

Adujo, que se encuentra consternado porque el asesor comercial del extinto fondo de pensiones HORIZONTE manipuló su *"voluntad con engaños"*, al no hacerle *"una proyección o simulación pensional"* ni aclararle si la mesada pensional que podía recibir iba ser igual o superior a la que le otorgaría COLPENSIONES. Considera, por lo tanto, que dicho funcionario lo engañó ya que la información que le suministró fue incompleta y errónea, y no le entregó el reglamento de que trata el art. 15 del Decreto 656 de 1994.

Contó, que el 12 de agosto de 2021 presentó ante la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. *"solicitud de estado del traslado por competencia para el reconocimiento del pago"* de su pensión de vejez, que obtuvo respuesta el 27 de octubre de 2021 señalándole simplemente que él estaba vinculado a ese fondo de pensiones privado.

Adicional a lo anterior, refirió, que COLPENSIONES no motivó el acto administrativo que dispuso su traslado de régimen pensional, y que esa Entidad además desconoció su condición de beneficiario del régimen de transición, amén que el traslado *"fue arbitrario y caprichoso que perjudica [su] haber pensional, puesto que al realizar un análisis de los factores de la pensión en el régimen de prima media con prestación definida es más alta económicamente que con el régimen de ahorro solidario, por lo que [le] genera un perjuicio irremediable"*.

Contó, también, que al no obtener una respuesta favorable de PORVENIR S.A. acudió a sus oficinas en la ciudad de Arauca para solicitar celeridad en el trámite de su pensión, pero debido a que esa Entidad no le brindaba información confiable decidió pedirle a la Secretaría General de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE ARAUCA un reporte de las mesadas pensionales actualizadas, dependencia que el 29 de diciembre de 2021 le respondió:

*"verificado el periodo **del 1 de enero de 1996 hasta el 11 de diciembre de 2002**, se puede deducir que **esta administración realizó pago de aportes** al Sistema de Pensiones Instituto de Seguro Social registrando afiliación **a la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR**, esto indica que cuando un empleador realiza el pago erróneo deberá identificar aquella a la cual debió realizarse el pago y seguir el procedimiento señalado en el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994, a fin de compensar la situación, trasladando tanto los aportes como la información correspondiente-*

Por tal razón, tomando como referencia el reporte de semanas expedido por la Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR, se observa que no ha sido contabilizados los siguientes ciclos:

Año 1996.

Meses faltantes: Enero, febrero, marzo y abril.

Año 2002.

Mes faltante: noviembre.

*En relación con los periodos: Enero, febrero, marzo y abril de 1996, se encuentran acreditados en el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES, **esto indica que usted debe solicitar que estos aportes sean trasladados a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR, en donde usted registra afiliación a este sistema.***”(Resalta este Tribunal).

Por otro lado, informo, que no cuenta con recursos económicos suficientes para contratar un abogado, toda vez que aunque percibe un salario mensual de \$3.000.000 aproximadamente con este dinero debe cubrir los gastos de su tratamiento médico, los de su hogar (*servicios públicos, alimentación, servicio doméstico y las necesidades de su esposa*), el mantenimiento de su medio de transporte, así como ayudar en algunas ocasiones a su hija y hermanos cuando se les presenta alguna urgencia (*enfermedades y desplazamiento a otras ciudades*).

Expresó, que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, pues se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para ello, toda vez que: (i) es un sujeto de especial protección por ser de la tercera edad; (ii) padece tensión arterial alta con riesgo cardíaco; (iii) si bien percibe un salario mensual, solo le alcanza para los gastos personales y familiares; (iv) se siente agotado y fatigado por la carga laboral que tiene actualmente, y quiere descansar y disfrutar de su pensión; (v) ha desplegado las actuaciones pertinentes para obtener la protección de sus derechos fundamentales, y; (vi) acudir a la justicia ordinaria laboral a dirimir su problemática implicaría esperar demasiado tiempo, máxime que una vez se declare la ineficacia del traslado de COLPENSIONES a PORVENIR S.A. procede solicitarle a la primera entidad el reconocimiento y pago de su pensión de vejez y, en caso que no acceda a ello, interponer los recursos correspondientes y concurrir eventualmente ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Corolario de lo anterior, formuló las siguientes pretensiones:

"PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales a la vida (art. 11 Constitucional), a la igualdad (art. 13 Constitucional), al mínimo vital, a la seguridad social (art. 48 Constitucional), el principio de favorabilidad (art. 53 constitucional) y a la confianza legítima (art. 83 Constitucional), en atención a la decisión administrativa con radicado No. 2021_54592 SUB 112227 del 14 de mayo de 2021, proferida por COLPENSIONES, mediante el cual declara la pérdida de competencia para resolver mi solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez, remitieron el cuaderno administrativo de mi solicitud de reconocimiento y pago de mi pensión de vejez a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: En consecuencia, solicito que se declare la nulidad de la resolución con No. 2021_54592 SUB 112227 del 14 de mayo de 2021, proferida por COLPENSIONES, siendo

engañoso el traslado del régimen de prima media de COLPENSIONES al régimen de ahorro individual AFP HORIZONTE (actualmente PORVENIR S.A.), en atención a que en el traslado del régimen pensional las entidades accionadas no entregaron la información clara, completa, comprensible, transparente que debían cumplir para el cambio del régimen pensional o afiliación al mismo; ante esto, solamente marque la casilla del formulario de afiliación para pasarme al fondo de cesantías al AFP HORIZONTE y no como lo aduce PORVENIR S.A. que autorice con mi firma la afiliación a pensión, por lo que esta ineffectividad que solicito no exige que al tiempo del traslado cuente con un tiempo consolidado, un beneficio transicional puesto que me encuentro a poco de pensionarme, de conformidad a la jurisprudencia.

TERCERO: *De manera respetuosa, solicito que declare que PORVENIR S.A. debe entregar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy COLPENSIONES, todos los valores que ha recibido de todos los ciclos aportados a causa del engaño y no consentimiento de la afiliación, por generar un perjuicio irremediable al no ajustarse a una compensación que me favorece.*

CUARTO: *Que ordene a COLPENSIONES, conservar o retomar la competencia de la solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez, presentado el 5 de enero de 2021, para que decida de fondo, sin dilatación, debido a la nulidad del mismo por la falta del deber de informar los efectos y riesgos de cada régimen y por no dar a conocer la existencia del régimen de transición que cuento como beneficiario desde el momento en que aceptaron las accionadas las condiciones de traslado.*

QUINTO: *De reconocer la pretendida pensión, se ordene a COLPENSIONES tener en cuenta en pagar el cálculo dentro del cómputo de semanas cotizadas los ciclos aportados y que se vean reflejados en mi historial pensional.*

SEXTO: *De lo anterior, se ordene a COLPENSIONES a reconocer el retroactivo pensional de mi pensión de vejez a partir del momento de que retome la competencia de lo peticionado, puesto que cumplo con los requisitos para el pago de la pensión, y esta fue afectada por la falta del deber de informar los efectos y los riesgos de cada régimen y por no dar a conocer la existencia del régimen de transición que cuento como beneficiario desde el momento en que se ejecutó las condiciones del traslado.*

SÉPTIMO: *Con el debido respeto su Señoría, solicito un análisis que briden ordenes ultra y extra petita por tratar de un derecho fundamental relevante que se está construyendo la jurisprudencia horizontal y vertical”.*

Con el objeto de sustentar sus pretensiones aportó copia de varios documentos, entre ellos, de: su cédula de ciudadanía³; historia clínica⁴; solicitud de vinculación al Seguro Social del año 1996 y constancia de afiliación del año 2002⁵; formulario de vinculación o actualización del Seguro Social, radicado el 18 de enero del 2011⁶; formulario de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS (*sin fecha legible*)⁷; constancia laboral y de aportes del accionante expedida por la Secretaría General de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE ARAUCA⁸; historial de reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES *-incompleto*⁹; extracto de

³ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 1.

⁴ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 2 y 3.

⁵ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 4 y 5.

⁶ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 6.

⁷ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 7.

⁸ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 8.

⁹ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 9 a 37.

pensión de PORVENIR S.A.¹⁰; correo electrónico del 10 de diciembre de 2021 remitido por COLPENSIONES a la ESE Jaime Alvarado y Castilla¹¹; Resolución No. 2021_54592 del 14 de mayo de 2021, emitida por COLPENSIONES, y constancia de notificación al señor PARALES VARGAS¹²; petición de agosto 12 de 2021, elevada a PORVENIR S.A. para el reconocimiento de la pensión¹³; correo electrónico de PORVENIR S.A. informando que la solicitud está en trámite¹⁴; petición de actualización y reporte de mesadas pensionales hecha a la Secretaría General de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE ARAUCA y su respuesta fechada diciembre 27 de 2021¹⁵; oficio de PORVENIR S.A. del 27 de octubre de 2021¹⁶, y; consulta en SISPRO y RUAF sobre el actor¹⁷.

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela el asunto fue asignado el 11 de marzo de 2022 por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Arauca¹⁸, Despacho que le imprimió el respectivo trámite el día siguiente¹⁹ y procedió a: *(i)* admitir la tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; *(ii)* vincular a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE ARAUCA, y; *(iii)* solicitar a las accionadas y entidad territorial vinculada informen sobre los hechos constitutivos de la vulneración alegada, en el término de dos (2) días.

En segunda instancia esta Corporación, mediante auto del 9 de los corrientes²⁰, solicitó al juzgado de primer grado remitiera, en el término de la distancia y vía electrónica, la constancia secretarial de fecha 28 de marzo de 2022 relacionada en el fallo de tutela²¹, requerimiento que se cumplió ese mismo día²².

¹⁰ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 38 a 44.

¹¹ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 45.

¹² Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 46 a 53.

¹³ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 54 a 57.

¹⁴ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 58 y 59.

¹⁵ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 61 a 65.

¹⁶ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 74 y 75.

¹⁷ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 78 y 79.

¹⁸ Cdno digital del Juzgado, ítem 1.

¹⁹ Cdno digital del Juzgado, ítem 5.

²⁰ Cdno digital del Tribunal, ítem 6.

²¹ Toda vez que no obraba en el expediente digital, pero sí se mencionaba en el fallo de primera instancia.

²² Cdno digital del Tribunal, ítems 9 y 10.

INFORME DE ACCIONADAS Y DE LA ENTIDAD VINCULADA.

1. La Directora de Acciones Constitucionales de PORVENIR S.A.²³ contestó, que la tutela es improcedente porque la controversia que plantea el accionante debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, concretamente mediante un proceso laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del art. 2º del Código de Procedimiento laboral.

De otro lado, dijo, que el señor PARALES VARGAS tiene 63 años de edad y está afiliado a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, teniendo en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, ya no puede trasladarse de régimen pensional porque le falta menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, y esa circunstancia impide su traslado.

En suma, pidió negar o declarar improcedente esta acción de tutela toda vez que esa entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante.

2. Por su parte, la Dirección de Acciones Constitucionales de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, a través de oficio de marzo 16 de 2022²⁴, respondió, que en efecto el 5 de enero de 2021 el actor solicitó a esa entidad el reconocimiento de su pensión de vejez, y; mediante Resolución SUB No. 112227 del 14 de mayo siguiente COLPENSIONES declaró la pérdida de competencia para resolver tal petición y remitió el asunto al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., ya que al estudiar el caso se estableció que el señor PARALES VARGAS pertenece a esa Administradora, y para el efecto señaló:

"el señor PARALES VARGAS DOMINGO ALEIX, ya identificado, estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y que posteriormente se trasladó al régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por COLPENSIONES, faltándole menos de 10 años para adquirir el estatus jurídico de pensionado, esto es, cumplir la totalidad de los requisitos para pensionarse por vejez; razón por la cual el caso fue revisado por la Dirección de Afiliaciones de esta Entidad Administradora de Pensiones quien señaló: "El traslado del RAIS al RPM incumplió los requisitos legales por tal razón se anuló, el ciudadano pertenece al RAIS". (se subraya)

²³ Cdno digital del Juzgado, ítems 6 y 7.

²⁴ Cdno digital del Juzgado, ítem 8, fls. 2 a 12.

Adicionalmente, expuso, que inconforme con la anterior determinación el señor PARALES VARGAS interpuso los recursos de reposición y apelación, los que se declararon improcedentes, a través de la Resolución SUB 159959 del 9 de julio de 2021, donde también se destacó que:

"Que al revisar la documentación que obra en el expediente se observa que, el causante acredita menos de 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios a la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994 para los trabajadores del sector privado 30 de junio de 1995 para los o para los del sector público del orden territorial, departamental o municipal) razón por la cual no cumple con las condiciones establecidas en la precitada Circular No. 08 de 2014 y además, nació el 5 de agosto de 1958, razón por la cual le faltaban menos de 10 años entre la fecha en que solicitó el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) (18 de enero de 2011) al régimen de prima media con prestación definida (RPM) - traslado efectivo el 01 de marzo de 2011- y el cumplimiento de los 62 años de edad.

Que en virtud a lo antes expuesto mediante requerimiento interno No. 2021_5428451 se solicitó por competencia a la Dirección de Afiliaciones de esta Entidad Administradora de Pensiones, revisar el caso y la validez del traslado del interesado del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al de prima media con prestación definida (RPM); en respuesta dicha área señaló:

"... el traslado del RAIS al RPM incumplió los requisitos legales por tal razón se anuló, el ciudadano pertenece al RAIS."

Que así mismo, al revisar el radicado No. 2021_4236033 se observa que la Dirección de Afiliaciones de esta Entidad Administradora de Pensiones, revisó el caso del traslado del causante del RAIS al RPM y señaló: "Ciudadnao (sic) sincronizado pertenece al rais"

Que así las cosas, como quiera que de conformidad con todo lo expuesto, se determinó que el traslado del señor PARALES VARGAS DOMINGO ALEXIS, ya identificado, del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al de prima media con Prestación Definida (RPM) No es válido y, que por tanto éste pertenece al RAIS, en este caso esta Entidad Administradora de Pensiones carece de competencia para resolver la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez, correspondiendo por tanto la competencia al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS –PORVENIR-, tal como se señaló en la Resolución SUB No. 112227 de 14 de mayo de 2021". (se subraya)

De igual manera, indicó, que la presente acción de tutela es improcedente conforme al artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, pues el accionante cuenta con otros medios de defensa en la jurisdicción ordinaria laboral.

A la par, resaltó, que debe tenerse en cuenta que no es posible realizar el traslado al Régimen de Prima Media en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y con sujeción a lo precisado en las sentencias SU 062 de 2010, C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.

Finalmente, también refirió, que no se encuentra demostrado un perjuicio irremediable que permita brindar la protección transitoria a través de la tutela, por lo que solicitó desestimar la presente acción contra COLPENSIONES.

3. A su turno el apoderado judicial de la ALCALDÍA MUNICIPAL DE ARAUCA, el 17 de marzo de 2022²⁵, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva frente a su representada, y después de transcribir la respuesta que la Secretaria General de ese ente territorial le brindó al actor el 27 de diciembre de 2021, concluyó, que el señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS es quien debe realizar el trámite correspondiente para que los aportes hechos en los ciclos de enero, febrero, marzo y abril del año 1996 a COLPENSIONES se trasladen a PORVENIR S.A., que es donde se encuentra afiliado.

En consecuencia, pidió declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva frente a ese MUNICIPIO y su desvinculación del presente trámite, pues considera que no ha vulnerado ningún derecho fundamental al señor PARALES VARGAS.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²⁶

La instancia concluyó con fallo de marzo 28 de 2022, mediante el cual la *a quo* resolvió declarar improcedente la presente acción argumentando, que el señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS cuenta con los mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Señaló que no es posible sostener que el accionante sea un sujeto de especial protección constitucional o que se encuentra en condición de vulnerabilidad, toda vez que su edad no supera la expectativa de vida de los hombres colombianos certificada por el DANE, esto es, la de 73 años, y si bien adujo que padece de presión arterial alta con riesgo cardíaco, de las pruebas allegadas al plenario no se aprecia claramente esa enfermedad pues la historia clínica aportada sólo indica que *"se trata de paciente con HTA (presión arterial alta) controlado"*.

Además, destacó, que de la constancia secretarial obrante en el expediente se desprende que el señor PARALES VARGAS labora en la ESE Jaime Alvarado y Castilla como Técnico de

²⁵ Cdno digital del Juzgado, ítem 9.

²⁶ Cdno digital del Juzgado, ítem 11.

Personal, devengando un salario de \$3.068.000, que vive en casa propia y no tiene personas a cargo, circunstancias que descartan las afirmaciones sobre una situación grave o un perjuicio irremediable a las que pueda estar expuesto.

En ese orden de ideas, concluyó, que ni de los elementos fácticos mencionados en la acción constitucional ni de las pruebas allegadas al expediente se advierte que el actor se encuentre frente a un riesgo inminente y grave que exija medidas urgentes e impostergables y que impliquen, por lo tanto, que el juez de tutela deba asumir la competencia del ordinario. En consecuencia, declaró improcedente el amparo.

IMPUGNACIÓN²⁷

Inconforme con la decisión adoptada, el señor PARALES VARGAS la impugnó solicitando revocar el fallo el de primer grado y, en su lugar, amparar los derechos fundamentales invocados, toda vez que: (i) sí demostró que es un sujeto de especial protección constitucional; (ii) los mecanismos de defensa judicial no son eficaces en este caso, debido a la congestión que presenta el Juzgado Laboral del Circuito de Arauca, competente para conocer su proceso, y; (iii) tampoco se emitió respuesta de fondo a las peticiones de la acción de tutela ni se llamó la atención a las accionadas por vulnerar sus derechos, por lo que procedió a efectuar las observaciones que a continuación se reseñan.

Con respecto a la calidad de sujeto de especial protección constitucional, precisó, que lo consignado en la historia clínica aportada es el resultado de su deteriorado estado de salud, pero su diagnóstico tiene una repercusión cardíaca, y aunque su presión arterial se encuentra controlada es debido al tratamiento, cuidados y recomendaciones médicas que sigue. No obstante, el hecho de no poder acceder a su pensión por el engaño al que fue sometido por las entidades accionadas *"es preocupante y le genera impotencia"* y estrés, pues cumple con los requisitos para su pensión y requiere estar *"en nómina pensional con COLPENSIONES"*.

Sobre los mecanismos de defensa judicial referidos por la *a quo* manifestó que no son eficaces toda vez que, en el Departamento de Arauca y concretamente en este Municipio, existe un solo juzgado laboral del circuito que sería competente para dirimir su caso y allí su proceso tardaría demasiado tiempo en razón a la congestión judicial que presenta, máxime

²⁷ Cdno digital del Juzgado, ítem 13.

que de interponerse los recursos ordinarios se demoraría mucho más tiempo en resolverse definitivamente su asunto.

Destacó que debe tenerse en cuenta, también, que una vez la jurisdicción laboral declare la ineficacia de su traslado a PORVENIR S.A. tendrá que acudir a COLPENSIONES para solicitar el reconocimiento y pago de su pensión, y si esa administradora no accede a ello estará obligado a interponer los recursos pertinentes y/o demandarla ante la justicia contenciosa administrativa, es decir, que su caso se demoraría muchísimo más tiempo en obtener una solución y, debido a su avanzada edad y deteriorado estado de salud, no disfrutaría realmente su jubilación.

Cuando se refirió a la omisión de la judicatura en resolver de fondo las peticiones de la tutela y llamar la atención a las accionadas por vulnerar sus derechos fundamentales, señaló que:

"el a quo desconoció una evidente negligencia administrativa por parte las entidades accionadas, la cual se extendió por años y, en consecuencia, me afecto desproporcionalmente mis derechos fundamentales, cerrarme el reconocimiento de un sujeto de especial protección, puesto que tengo la condición para pensionarme, pero sin remuneración alguna, por el actuar de las entidades accionadas.

...

la decisión del juzgado de primera instancia desconoce la misión de salvaguardar la Constitución de Colombia y de proteger los derechos fundamentales, debido a que la tarea no solo consiste en tutelar los derechos de quienes interponen acciones de tutela, sino que también tiene el cometido de identificar las actuaciones de las autoridades y particulares que vulneran los derechos fundamentales, para así, advertirles a los asociados la seriedad de las prácticas indebidas en las que incurrir e indicarles como deberían solucionarlas, superarlas y prohibirlas. De este modo, además de proteger derechos fundamentales en casos concretos, también debe evitar violaciones sistemáticas de derechos".

En suma, pidió revocar la sentencia de primer grado y, en consecuencia, proteger sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, debido proceso, mínimo vital, seguridad social, principio de favorabilidad y confianza legítima.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para decidir la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Arauca el 28 de marzo de 2022, conforme al art. 31 del Decreto 2591 de 1991, conocimiento que se asumirá toda vez que dentro del término de ejecutoria el accionante la impugnó argumentando las razones de su inconformidad.

La tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

1. Antecedentes relevantes

Descendiendo al asunto que concita la atención de esta Corporación, tenemos, que el señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, debido proceso, mínimo vital, seguridad social, principio de favorabilidad y confianza legítima, los que a su juicio se encuentran vulnerados por las Administradoras de Pensiones PORVENIR S.A. y COLPENSIONES al haberlo trasladado mediante engaño del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, con el fin que, a través de este mecanismo constitucional, sea devuelto al primero de ellos y que COLPENSIONES reconozca y pague la pensión de vejez a que tiene derecho bajo el régimen de transición.

De los hechos precedentemente señalados y de la documental obrante en el expediente, se pudo establecer que: (i) el señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS tiene 63 años de edad toda vez que nació el 5 de agosto de 1958; (ii) labora actualmente en la ESE Jaime Alvarado y Castilla como Técnico de Personal y devenga un salario mensual de \$3.068.000, además vive en casa propia y no tiene personas a cargo²⁸; (iii) padece de hipertensión arterial o presión arterial alta (HTA) controlada²⁹; (iv) el 5 de enero de 1996 pidió su afiliación por primera vez al ISS³⁰, y para el 25 de enero de 2002 figuraba registrado en dicha Entidad³¹, y; (v) encontrándose trabajando en la ALCALDÍA MUNICIPAL DE ARAUCA se afilió (*sin fecha legible en el formulario*) a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS³² para pensiones obligatorias, no cesantías.

Igualmente, se aprecia que en el formulario de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS existe un acápite donde el usuario manifiesta su voluntad de afiliarse en pensiones a ese Fondo, y allí el accionante plasmó su firma (*el actor no negó que fuera su firma*). Veamos:

²⁸ Cdno digital del Tribunal, ítem 10.

²⁹ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 2 y 3.

³⁰ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 4.

³¹ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 5.

³² Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 7.

Radicado: 2022-00058-01
Acción de tutela – 2ª instancia
Accionante: Domingo Alexis Parales Vargas
Accionados: Colpensiones y otros

"VOLUNTAD DE AFILIACIÓN – PENSIONES OBLIGATORIAS.

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. HE SIDO ASESORADO SOBRE LAS IMPLICACIONES DEL RÉGIMEN, ESPECIALMENTE SOBRE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN CASO DE PERTENECER AL MISMO. MANIFIESTO QUE HE ESCOGIDO A BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES CONOZCO QUE DISPONGO DE CINCO (5) DIAS HABILES A PARTIR DEL DILIGENCIAMINETO DE ESTE FORMULARIO PARA RETRACTARME DE LA AFILIACION. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE FORMULARIO SON VERDADEROS"(se subraya).

De otro lado, también se evidencia, que el 18 de enero de 2011³³ el accionante solicitó su traslado del Fondo de Pensiones HORIZONTE al ISS, tal como consta en el formulario de afiliación del seguro social, y ese traslado se anuló por COLPENSIONES argumentando que ya no era posible porque para esa fecha le faltaba *"menos de 10 años para adquirir el estatus jurídico de pensionado, esto es, cumplir la totalidad de los requisitos para pensionarse por vejez"*, entre ellos, la edad de 62 años, pues así lo acotó esa Administradora a través de las Resoluciones Nos. 2021_54592 del 14 de mayo de 2021³⁴ y 2021_6270125 del 9 de julio de 2021³⁵.

Además, se tiene que, si bien no existe discusión frente a los periodos que trabajó el actor para el MUNICIPIO DE ARAUCA, se observa una contradicción en la información que suministró la Secretaria General de ese ente territorial el 21 de diciembre de 2020³⁶ y el 27 de diciembre de 2021³⁷, toda vez que en la primera fecha aseguró que los aportes pensionales del señor PARALES VARGAS del 1º de enero de 1996 al 11 de diciembre de 2002 se hicieron al ISS hoy COLPENSIONES, y en la segunda fecha refirió que esos aportes se giraron a PORVENIR S.A. porque allí estaba afiliado, solo que por un error en las cotizaciones de los meses de enero, febrero, marzo y abril de 1996 se enviaron a COLPENSIONES.

³³ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 6.
³⁴ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 47 a 53.
³⁵ Cdno digital del Juzgado, ítem 8, fls. 13 a 23.
³⁶ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fl. 8.
³⁷ Cdno digital del Juzgado, ítem 3, fls. 64 a 65.

Por último, se advierte también, que el promotor de esta acción constitucional manifiesta que aunque percibe un salario mensual de \$3.000.000 aproximadamente ese dinero es para cubrir los gastos de su tratamiento médico y los de hogar, así como para ayudar económicamente a su hija y hermanos cuando se les presenta alguna emergencia; que la Juez de primera instancia en sentencia de marzo 28 de 2022 negó por improcedente el amparo aduciendo que no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, ni se demostró un perjuicio irremediable, y; que el señor PARALES VARGAS pide, a través de la impugnación, se revoque el fallo en razón a que es una persona de la tercera edad, sufre de presión arterial alta con riesgo cardíaco y la jurisdicción ordinaria laboral es muy demorada.

Precisado lo anterior, debe determinarse, en primer lugar, si resulta procedente la tutela para la protección de los derechos fundamentales invocados por el actor, pues de no ser así ello enervaría la posibilidad que esta Colegiatura analice el fondo de la *litis*.

2. Decisión a adoptar

Se señalará desde ya, que se confirmará el fallo impugnado atendida la improcedencia del amparo solicitado por DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS toda vez que, no obstante que el demandante está legitimado para promover la acción y se dirigió contra los responsables de la amenaza o vulneración alegada, cuenta con otros medios judiciales de defensa para controvertir la actuación que hoy reprocha vía tutela, amén que no demostró la existencia de un perjuicio irremediable. Es decir, no se cumple el requisito de subsidiariedad exigido para la procedibilidad de este mecanismo constitucional.

En efecto, encuentra la Sala, que en el caso particular no es posible predicar la procedencia de la presente acción constitucional en procura de otorgar la protección de los derechos fundamentales invocados, en razón del carácter subsidiario de la tutela, pues esta procede en dos situaciones, esto es, cuando: (i) 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) 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.

Se precisará, en primer lugar, que el conflicto planteado por DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS recae sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional del ISS, hoy

COLPENSIONES, a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., que aduce se hizo a través de engaño, pues su voluntad era afiliarse sólo en cesantías al fondo privado más no en pensiones, asunto que corresponde conocer a la jurisdicción ordinaria laboral que, según el artículo 2º inciso 2º del Decreto Ley 2158 de 1948 (*Código Procesal del Trabajo*), es la competente para resolver las *"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"*³⁸. Por lo tanto, el accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria para zanjar el presente conflicto, proceso *"caracterizado por la oralidad"*, que resulta idóneo y eficaz para solucionar este tipo de controversias judiciales, y que por su naturaleza permite una respuesta oportuna de la administración de justicia.

Se determinará, en segundo lugar, que el actor no es sujeto de especial protección constitucional ni se encuentra en condición de vulnerabilidad, teniendo en cuenta, además de su edad, que no es posible deducir con las pruebas allegadas que carezca de recursos económicos para suplir sus necesidades básicas y/o que tenga algún problema de salud grave, pues sigue laborando en la ESE Jaime Alvarado y Castilla, devenga un salario superior a los \$3.000.000, vive en casa propia, y no tiene personas a cargo, y; si bien alega que padece de presión arterial alta con riesgo cardíaco, de la única historia clínica aportada no se aprecia que su enfermedad disminuya su movilidad o capacidad cognoscitiva, ya que está controlada y puede seguir así con buenos cuidados. Además, goza de seguridad social.

Así lo pudo determinar el Tribunal con la constancia secretarial de primera instancia y previa verificación realizada en la página *web*³⁹ del Registro Único de Afiliados – RUAF, que permite el acceso a la información de afiliaciones al Sistema de la Protección Social y posibilitó comprobar, que el señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS se encuentra afiliado a la EPS SANITAS de Arauca en estado *«Activo»* bajo el régimen *«Contributivo»* como *«Cotizante»*, que asimismo se encuentra *«Activo»* en la Caja de Compensación familiar de Arauca, y registra afiliación especial de cesantías vigente en el FONDO DE CESANTÍAS PORVENIR S.A.

³⁸ Concordante con el numeral 4º del art. 2º del C.P.L. que consagra: **"COMPETENCIA GENERAL.** <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

4. <Numeral modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.."

³⁹ <https://ruaf.sispro.gov.co/TerminosCondiciones.aspx>

Adicionalmente, si bien el señor PARALES VARGAS tiene 63 años de edad 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 T-037 de 2016 y T-359 de 2019 se indica que *"La acción de tutela será procedente como mecanismo definitivo, cuando los accionantes alcancen la expectativa de vida de los colombianos certificada por el DANE⁴⁰ 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."*⁴¹, edad que se encuentra estimada en 73 años para los hombres y 79 para las mujeres, en el periodo comprendido entre el año 2015 y el 2020⁴².

En tercer lugar, no se evidencia el riesgo de consumación de un perjuicio irremediable derivado de la omisión de las accionadas en declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, que exija medidas urgentes e impostergables, al punto que el juez constitucional deba asumir la competencia del juez ordinario exceptuando la subsidiariedad de la acción de tutela.

Téngase en cuenta al respecto que, aunque la acción de tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio, cuando a pesar de existir otro medio de defensa tal resulta ineficaz para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales o para evitar un perjuicio irremediable, debido al tiempo que demanda definir un litigio en el proceso natural y ante la jurisdicción competente, ello no otorga *patente de corso* para resolver discusiones de naturaleza legal en sede constitucional, pues de aceptar dicha tesis, por ese sólo hecho, implicaría invadir órbitas judiciales que tienen su propio procedimiento y trámite, máxime cuando no se observa que un eventual perjuicio se derive del actuar de las accionadas.

Sobre el tema, la Corte Suprema también ha indicado que *"la eficacia de los medios de defensa ordinarios, no necesariamente depende de la velocidad con la cual se resuelve un asunto, pues con este parámetro todas las demás acciones instituidas en el ordenamiento jurídico, con excepción del hábeas corpus, serían ineficaces y por lo mismo, ningún sentido tendría los otros medios de defensa -consecuencia contraria a la esencia y teleología de la*

⁴⁰ Sentencia T-047 de 2015, T-471 de 2017.

⁴¹ Tesis reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 2, sentencias del 30 de noviembre de 2021 y 25 de enero de 2022, Rads. 120.446 y 121.074, STP17304-2021 y STP2114-2022 M.P. Dr. Hugo Quintero Bernate.

⁴² http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/seriesp85_20/IndicadoresDemograficos1985-2020.xls.

acción constitucional”⁴³ y, ha aclarado, que si bien esa Corporación sentó un precedente sobre la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen cuando no se acredita que la AFP brindó al afiliado información veraz, así actuó como juez ordinario y no de tutela. Veamos:

*"En este escenario es preciso señalar, que ciertamente esta Sala a través de la jurisprudencia citada por la accionante, sentó el precedente sobre la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, en los eventos en los no se demuestra al interior del juicio que la AFP le brindó al asegurado información veraz acerca de los aspectos positivos y negativos del traslado, pero ello solo ha sido en sede extraordinaria de casación, es decir, una vez ha culminado el trámite ordinario del proceso en primera y segunda instancia, no en sede de tutela"*⁴⁴. (se subraya y resalta)

Bástenos además con señalar, que la postura que aquí se expone consulta la jurisprudencia nacional sobre el tema, por cuanto estamos frente a una discusión de naturaleza legal que no puede ser asumida por el juez constitucional y tiene su escenario propio en la jurisdicción ordinaria laboral y, de hecho, realizar un análisis como el que pretende el accionante con el escaso material probatorio aportado y en el corto tiempo que tiene el juez de tutela para fallar, implicaría adoptar decisiones con el desconocimiento de circunstancias altamente relevantes en este asunto, entre ellas, cuál fue el trámite que se surtió para el traslado del señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS del ISS, hoy COLPENSIONES, a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y; cuándo ello ocurrió, pues sus afirmaciones difieren del contenido del formulario de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS por él allegado, en cuanto se observa que no es cierto que se haya afiliado para cesantías pues solo está diligenciado el acápite relativo a *"pensiones obligatorias"*.

Lo anterior resulta relevante y debe ser objeto de exhaustiva investigación, máxime que el accionante firmó una casilla que se titula *"voluntad de afiliación"*, y allí se indica expresamente que la selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se hizo de *"forma libre, espontánea y sin presiones"*; que fue *"asesorado sobre las implicaciones del régimen, especialmente sobre el régimen de transición en caso de pertenecer al mismo"*, y; que escogía a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS para que administrara sus aportes pensionales, amén que el formulario también aparece diligenciado en los datos del empleador, y firmado por el señor Juan Carlos Meléndez como Profesional Universitario de la ALCALDÍA DE ARAUCA. Luego, no es posible sin un estudio pormenorizado que se le reste valor probatorio a ese documento, con el sólo argumento que ese traslado se efectuó *"con engaños"*.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de abril de 2022, Rad. 122.810, STP4322-2022, M.P. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 30 de marzo de 2022, Rad. 97.213, STL4506-2022, M.P. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz.

Cabe destacar, igualmente, que en este asunto no está en discusión el derecho pensional en sí mismo sino el traslado al régimen de prima media, donde el demandante considera recibirá una mesada pensional más elevada cuando se le reconozca el derecho, pues en el escrito de tutela dijo *“al realizar un análisis de los factores de la pensión en el régimen de prima media con prestación definida es más alta económicamente que con el régimen de ahorro solidario...”*.

Sumado a lo expuesto, vale la pena también acotar, que si bien el señor DOMINGO ALEXIS PARALES VARGAS estima que COLPENSIONES no motivó el acto administrativo que dispuso su traslado de régimen pensional, sin precisar cuál, esta Sala al revisar las dos Resoluciones aportadas al plenario y emitidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- el año pasado no evidencia que ello sea cierto, pues ambas contienen los argumentos fácticos y jurídicos que llevaron a la entidad accionada a adoptar las respectivas decisiones.

Finalmente, se ha de aclarar que, pese a que el impugnante se queja porque la *a quo* no resolvió de fondo sus peticiones ni llamó la atención a las accionadas por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales, esta Sala no vislumbra que tal proceder merezca algún tipo reproche, toda vez que para entrar a solucionar una controversia planteada vía tutela lo primero que debe revisar el operador judicial es su procedencia, como en efecto se hizo, y sólo superado ese filtro es posible verificar si existió la alegada transgresión de derechos, para en caso afirmativo emitir las órdenes pertinentes.

En ese sentido, y como quiera que la juez de primer grado consideró improcedente el amparo constitucional, ilógico resultaría que ahondara en el fondo asunto y que como consecuencia de ello efectuara alguna valoración del caso, y en esa dirección llamara la atención a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y/o a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., pues al declarar improcedente la acción no podía inclinar la balanza de la justicia a favor de ninguna parte.

En consecuencia, y conforme a las razones expuestas la Sala confirmará la sentencia proferida el 28 de marzo de 2022 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Arauca.

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de fecha 28 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Arauca dentro de la acción constitucional de la referencia, por las razones expuestas *ut supra*.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: ENVIAR el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada