ACCIÓN DE TUTELA NO. 110013105033 2021 00047 00			
ACCIONANTE	María Claudia González Peñuela	**DOC. IDENT.**	51.710.075
ACCIONADA	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES AFP PORVENIR S.A.		
DERECHO(S)	SEGURIDAD SOCIAL		
PRETENSIÓN	1. Que se haga efectivo el traslado al RPMPD Colpensiones, solicitado y autorizado por Porvenir hace más de 10 años. 2. Que Colpensiones conceda pensión de vejez a la accionante con retroactividad desde la solicitud inicial.		

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

A N T E C E D E N T E S

MARÍA CLAUDIA GONZÁLEZ PEÑUELA, actuando en nombre propio presentó solicitud de tutela contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, invocando la protección de su derecho fundamental a la **SEGURIDAD SOCIAL**, el cual considera vulnerado por cuanto no se ha hecho efectivo su traslado al RPMPD, el cual fue autorizado por Porvenir hace más de 10 años, y Colpensiones no ha reconocido la pensión de vejez a que tiene derecho.

Para fundamentar su solicitud, la accionante relata los siguientes:

I. HECHOS.

1. Que hoy cuenta con los dos requisitos para pensionarse, tiempo cotizado y edad cumplida.

2. Que solicitó ante COLPENSIONES que se sirva actualizar sus bases de datos para poder acceder a su derecho pensional el cual no puede ser vulnerado por falla dentro de la administración de la entidad.

3. Que, pese a que COLFONDOS y PORVENIR en la respuesta que le expidieron, la cual aporta, dejan claro que se encuentra vinculada a COLPENSIONES, información que para ella es clara por cuanto no realizó ninguna modificación de afiliación desde noviembre de 2010 fecha para la cual regresó a COLPENSIONES y desde ese momento quedó en el retén de los últimos 10 años, COLPENSIONES sostiene que no se encuentra vinculada con ellos.

4. Que es importante resaltar que para esos años hubo el cierre del Seguro Social y se fundó la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la cual unos años antes (dos) ya había iniciado el empalme y la accionante quedó injustificadamente en el limbo.

5. Que COLPENSIONES dio una respuesta aseverando que NO se encuentra vinculada y que es competencia del FONDO PRIVADO, pero como consta en los adjuntos es una respuesta errada.

6. Que la accionante tiene una calamidad familiar y vital que no quiere hacer pública y que hace que no tenga tiempo para seguir laborando y para perder tratando de conseguir su pensión.

7. Que la mora injustificada por parte de COLPENSIONES para resolver el trámite administrativo NO es una carga que deba soportar como afiliada.

8. Que debido a que ya tiene los requisitos para acceder a la pensión, sus jefes le informaron que debe renunciar y acceder a la pensión para de esta manera darle la oportunidad a otras personas a que tengan opción laboral.

II. INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA.

Admitida la tutela, de ella se dio traslado a las entidades accionadas a fin de que ejercieran el derecho de defensa, solicitándoles informaran sobre la **petición impetrada por el (la) accionante**, frente a lo cual allegaron escritos de contestación en los siguientes términos:

Respuesta de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Mediante comunicación electrónica dirigida al correo institucional del despacho el 1 de marzo de 2021, la accionada informó:

> *"Sea lo primero manifestar que la accionante **NO SE ENCUENTRA AFILIADA A PORVENIR S.A. YA QUE DESDE EL 1 DE DICIEMBRE DE 2010 SE TRASLADÓ A COLPENSIONES**:*

Tipo Id.	Identificación	Primer apellido	Segundo apellido	Primer nombre	Segundo nombre	Estado afiliado	Sub-estado afiliado	Vinculación	Slpl
CC	51,710,075	GONZALEZ	PEÑA	MARIA	CLAUDIA	NO_VIGENTE	TRASLADO_SALIDA	TRASLADO DE REGIMEN	N

AFP origen	Fec. solicitud salida	Fec. efectiva salida	AFP salida	Folio smw	Folio tmae	Estado cuenta	Sub-estado cuenta
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	2010/10/14	2010/11/30	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES	1841462	65038869	NO_VIGENTE	TRASLADO_SALIDA

> *Al respecto es preciso informar que, por este hecho, el saldo total de la Cuenta de Ahorro Individual de la señora **MARIA CLAUDIA GONZALEZ PEÑA** fue trasladado a **COLPENSIONES**.*
>
> *Así mismo se reporta en el Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensiones (SIAFP), en el que se evidencia el traslado válido de la accionante hacia **COLPENSIONES** y la vigencia de su vinculación con esa Administradora:*

Afiliado: CC 51710075 MARIA CLAUDIA GONZALEZ PEÑA Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 51710075

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud*	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1994-05-31	2009/02/12	COLPENSIONES			1994-06-01	2003-05-31
Traslado regimen	2003-04-28	2008/11/19	PORVENIR	COLPENSIONES		2003-06-01	2010-11-30
Traslado regimen	2010-10-14	2010/11/26	COLPENSIONES	PORVENIR		2010-12-01	

En consecuencia, solicita **DESVINCULAR** de la presente acción de tutela a **PORVENIR S.A.**, ya que es claro que esta Sociedad Administradora no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la señora **MARIA CLAUDIA GONZALEZ PEÑA**.

Respuesta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Manifiesta la accionada en escrito allegado a la dirección electrónica del despacho, que:

"Después de realizado el estudio pertinente y revisadas las bases institucionales se pudo constatar que usted se encuentra válidamente afiliada a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR desde el 28 de abril de 2003.

Teniendo en cuenta lo anterior y en atención al estado de afiliación de la señora ***MARIA CLAUDIA GONZALEZ PEÑA,*** *no es viable el estudio de la prestación económica de vejez solicitada y en consecuencia tampoco lo es el estudio del retroactivo solicitado por medio de la presente acción constitucional."*

En consecuencia, solicita se denieguen las pretensiones por ser abiertamente improcedentes.

III. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si existe violación al derecho fundamental a la **Seguridad Social,** tal como lo plantea el (la) accionante.

Así mismo, es del caso establecer si es la Acción de Tutela el mecanismo idóneo para resolver la solicitud de **MARÍA CLAUDIA GONZÁLEZ PEÑUELA**.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

C O N S I D E R A C I O N E S

Conforme al art. 86 de la Constitución Política y el Decreto reglamentario de la acción de tutela (art. 1°. del mencionado Decreto), ésta procede contra la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, sobre estos últimos, según lo establece la ley (art. 42 del mismo Decreto) que vulneren o amenacen cualquiera de los derechos constitucionales fundamentales y que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Establece por previsión supra legal la concepción de la acción de tutela, un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando se ven vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que le señale la ley, siempre que para la protección del derecho que busca el amparo de tutela no exista otro mecanismo de defensa judicial para protegerlo, o existiendo, al ejercitarse la acción se pretenda evitar un perjuicio irremediable, para lo cual su procedencia sería posible como mecanismo transitorio dada su inmediatez para la protección del derecho constitucional violado.

Además, el Decreto 306 de 1.992, por medio del cual se reglamenta el 2591 referido, establece en su artículo 2° que la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y que no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de categoría inferior, como así lo tiene interpretado y definido la jurisprudencia reiterada de nuestro máximo Tribunal (Corte Constitucional) de la jurisdicción de tutela.

El juez de tutela está instituido para la guarda de los derechos fundamentales, por esa razón se ha reiterado que incluso no es necesario que en forma particular se indique la vulneración de algún precepto, considerando que si al efectuar el análisis de la controversia que le es planteada, encuentra quebrantado alguno de los principios de

orden constitucional, deberá adoptar las medidas tendientes a garantizar la guarda del derecho que encuentre conculcado, si la situación fáctica como las pruebas que sustentan la acción dan cuenta de ello, o incluso si la acción de tutela está dirigida a obtener el amparo de otro derecho que no es el que se afirma vulnerado.

DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Como bien es sabido, la acción de tutela fue creada como un mecanismo cuya finalidad es garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que están siendo vulnerados o amenazados. Dicha acción tiene un carácter residual, en tanto que la misma procede únicamente ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que contrarresten la inminente vulneración de los derechos fundamentales de las personas. (Sentencia T-132 de 2006).

Bajo este postulado, el inciso 4ª del Art. 86 de la C.P. establece que ***"esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". (Subrayado fuera de texto).***

A su vez, Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que dicha acción será improcedente cuando existan otros medios de defensa judiciales como arriba se mencionó, no obstante, esta acción será procedente excepcionalmente, siempre y cuando dichos medios no resulten eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. Para tal efecto, el Juez constitucional deberá analizar el caso en concreto con la finalidad de determinar la eficacia de los medios de defensa judicial existentes y las circunstancias específicas en que se encuentra el accionante para invocar la protección de sus derechos a través de la tutela.

En tal sentido, la acción de tutela procede como mecanismo principal y definitivo de protección de los derechos fundamentales cuando el accionante ha acreditado que no cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, existiendo, estos no resultan idóneos para resguardar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados *(Sentencia T-079 de 2016).* De presentarse dicho evento, el Juez Constitucional deberá evaluar las circunstancias específicas en las que se encuentra el accionante, para determinar si en el caso en concreto los medios existentes resultan ineficaces para la protección de sus derechos.

Por su parte, esta acción constitucional procede como mecanismo transitorio en aquellos casos en los que, pese a existir otros medios de defensa alternativos, el accionante busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de tutela tendrá efectos temporales y producirá efectos hasta tanto la autoridad competente decida de fondo el respectivo caso.

De tal manera, se tiene entonces que existen dos excepciones al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela *(Sentencia T-029 de 2017)*, una de las cuales se encuentra estrechamente ligada con la existencia de un perjuicio irremediable.

Así pues, en cuanto a la naturaleza de este perjuicio y cómo identificar la existencia del mismo en un determinado caso, la Corte Constitucional ha establecido las características propias de esta figura de la siguiente manera:

> *"(i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir, (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, (iii) que*

requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad". (Sentencia T- 538 de 2013.)

Para tales efectos, la Corte dispone que el Juez Constitucional debe realizar un juicio de procedibilidad de la acción, el cual deberá ser menos estricto cuando el accionante sea un sujeto de especial protección. De tal manera lo ha dispuesto al establecer que "existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales" *(Sentencia T-515 de 2006)* (Subrayado Fuera de Texto).

Así pues, al momento de realizarse el juicio de procedibilidad, se deberán analizar las condiciones específicas del accionante como sujeto de especial protección, con miras a flexibilizar las reglas generales de procedibilidad de la acción de tutela contempladas en el Decreto 2591 de 1991. *(Sentencia T-206 de 2013)*

> *"Esta Corte ha manifestado que* ***si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela, existen situaciones en las que el análisis de procedibilidad de la tutela se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza****. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad." (Sentencia T-015 de 2006) (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Para realizar dicho análisis, el Juez de Tutela, tendrá que tener en cuenta que este mecanismo se encuentra revestido de un carácter residual y subsidiario, para garantizar una protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa eficaz para salvaguardar el derecho, o cuando esta se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. *(Sentencia T-336 de 2009)*

De tal forma se tiene la acción de tutela procede de manera excepcional en los siguientes casos (Sentencia T-336 de 2009):

> *"i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.*
>
> *ii) Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.*
>
> *iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela"10. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

DEL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Menciona la jurisprudencia de la Corte Constitucional que al analizar el requisito de inmediatez de la acción de tutela por la inminencia de un perjuicio irremediable tal

componente debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, tal como lo expresa entre otras en la sentencia T 245 de 2015 en los siguientes términos:

> *"La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. 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. (…)*
>
> *i. La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que:*
>
> *ii. Exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros;*
>
> *iii. La inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;*
>
> *iv. Exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o*
>
> *v. 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."*

Derecho a la seguridad social y a la libre escogencia del régimen pensional.

Al respecto se debe indicar que toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, pues se da para garantizar a los miembros más vulnerables de la sociedad a que accedan a los bienes y servicios mínimamente necesarios para una vida digna, la Constitución Política de Colombia de 1991 consagro este derecho en su artículo 48 que a la letra dice:

> *"La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."*

En lo referente al traslado de régimen pensional, la ley 100 de 1993 por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, contempla en su artículo 13, modificado por la Ley 797 de 2003, que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales es libre y voluntaria por parte del afiliado y que después de un (1) año de la vigencia de dicha 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 .

"Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

(…) e. ***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."*

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia SU 130 de 2013:

"(…) 10. Unificación de la jurisprudencia constitucional en relación con el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición y sus implicaciones.

10.1. Como ya se mencionó, el nuevo modelo de seguridad social en pensiones creado con la Ley 100 de 1993, previó un régimen de transición, en virtud del cual se estableció un mecanismo de protección de las expectativas legítimas que en materia pensional tenían todos aquellos afiliados al régimen de prima media, que al momento de entrar en vigencia el SGP estaban próximos a adquirir su derecho a la pensión de vejez. Dicho régimen de transición apunta a que la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior, para aquellos afiliados que a 1° de abril de 1994 cumplan por lo menos con uno de los siguientes requisitos:

§ Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad,
§ Hombres con cuarenta (40) o más años de edad,
§ Hombres y mujeres que independientemente de la edad tengan quince (15) años o más de servicios cotizados.

Así pues, las personas que se encuentren en cualquiera de las tres categorías anteriormente enunciadas son beneficiaras del régimen de transición, lo cual implica que, en principio, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, no se les aplicará lo dispuesto en la Ley 100/93, sino las normas correspondientes al régimen anterior al cual se encontraban afiliadas.

10.2. No obstante, el régimen de transición así concebido no resulta una prerrogativa absoluta de quienes hacen parte de los tres grupos de trabajadores a los que se ha hecho expresa referencia, pues según lo dispuesto en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en las dos primeras categorías, esto es, los beneficiarios por edad, el régimen de transición se pierde (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida.

10.3. Así las cosas, los sujetos del régimen de transición, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional al cual desean afiliarse, (…) pero la elección del régimen de ahorro individual o el trasladado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible, para el caso de quienes cumplen el requisito de edad, la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, para efectos de adquirir su derecho a la pensión de vejez, deberán necesariamente ajustarse a los parámetros establecidos en la Ley 100/93.

10.4. Según quedó explicado, la Corte, al resolver una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en la Sentencia C-789 de 2002, declaró exequibles dichas disposiciones, al constatar que la exclusión de los beneficios del régimen de transición, únicamente para las personas que cumpliendo el requisito de edad se acogieron al régimen de ahorro individual o se trasladaron a él, no vulnera la Constitución Política, en la medida en que existe una clara diferencia entre dichos sujetos y quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, lo cual justifica y hace razonable un trato diferencial.

En efecto, para la Corte resultaba contrario al principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que los afiliados que habiendo cumplido con el 75% o más de tiempo de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93, terminaran perdiendo las condiciones favorables con las que aspiraban a pensionarse, por la circunstancia de haberse trasladado de régimen pensional, a pesar de tener un nivel alto de contribución al sistema y estando muy cerca de cumplir su expectativa pensional.

Así mismo, desconocía dicho principio y atentaba contra el equilibrio financiero del sistema pensional, que los beneficiarios del régimen de transición por edad, que no habían efectuado cotizaciones o cuyos aportes eran sustancialmente bajos, habiendo decidido acogerse al régimen de ahorro individual, terminaran beneficiándose de los dineros aportados por los trabajadores con un alto nivel de fidelidad al sistema, equivalentes a 15 años o más de servicios cotizados.

De acuerdo con tales premisas, encontró justificado la Corte que el legislador, a través de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93, solo haya decidido excluir del régimen de transición a sus beneficiarios por edad, cuando éstos tomen la decisión de cambiarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Bajo esa orientación, en la Sentencia C-789 de 2002, se declaró exequibilidad condicionada de los incisos 4° y 5° de la Ley 100/93, en cuanto se entienda que su contenido no aplica para las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados para la fecha en que entró en vigencia en SGP. Es decir, que únicamente esta categoría de trabajadores no pierde el régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual, pudiendo hacerlo efectivo una vez retornen al régimen de prima media con prestación definida. Para tal efecto, se fijaron dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar nuevamente a al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

10.5. En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la Sentencia C-1024 de 2004, se entendió que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, en el sentido que no podrán trasladarse quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, quienes podrán hacerlo "en cualquier tiempo", conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002. La referencia hecha a este último fallo, por parte de la Sentencia C-1024 de 2004, no significa cosa distinta a que solo quienes cumplen con el requisito de tiempo se servicios cotizados (15 años o más) pueden

retornar sin límite temporal alguno al régimen de prima media, pues son los únicos afiliados que no pierden el derecho al régimen de transición por efecto del traslado.

Procedencia Excepcional de la Acción de Tutela para reclamar el Reconocimiento y pago de Derechos Pensionales

Al respecto, la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia ha manifestado:

"Esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos." Sentencia T 009 de 2019.

De igual manera contempla la sentencia en cita:

"A partir del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo judicial subsidiario y residual[1], que procederá "cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial".

El carácter subsidiario hace parte de la naturaleza de la tutela, pues la misma "procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección."[2] Lo anterior encuentra sentido en el hecho que este mecanismo constitucional no fue diseñado para suplir los procesos ordinarios a los cuales deben acudir los ciudadanos para dar solución a sus controversias.

A partir de lo anterior, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece de manera clara que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela ocurre "[cuando] existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante." (Subrayas fuera del texto original) ***En este sentido, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias específicas del caso objeto de análisis para determinar si los medios o recursos de defensa judicial existentes son idóneos para solucionar la situación del accionante.***

13. No obstante lo anterior, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 ibidem, en los casos en que aun así existan medios principales de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación reconoce dos excepciones a la improcedencia del recurso de amparo por subsidiariedad. Estas salvedades tienen sus respectivas implicaciones respecto de la manera en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de encontrarlo viable:

"i) Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el

[1] Ver entre otras, las Sentencias T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-063 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-230 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-087 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[2] Ver Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Reiterada en Sentencia T-063 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable. De tal forma, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para discernir el caso o esta resuelve definitivamente el asunto y, momentáneamente resguarda sus intereses.

ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinada por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante."[3] *(Subrayas fuera del texto original)*

A partir de lo anterior, la Corte ha sostenido que la acción de tutela procederá, así existan medios ordinarios de defensa judicial que se encuentren disponibles, cuando

(i) Los mecanismos ordinarios no tienen la virtualidad de conjurar el perjuicio irremediable en el caso del accionante, para lo cual el amparo procederá de manera transitoria y

(ii) Los medios de defensa judicial que existen son ineficaces, es decir, que no tienen la capacidad de proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona[4], para lo cual procederá el amparo de manera definitiva[5].

Reiteración del análisis principio de subsidiariedad de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de acreencias pensionales

14. Es importante tener en cuenta que esta Corporación ha establecido una interpretación pacífica y reiterada con respecto al principio de subsidiariedad cuando se trata de acciones de tutela que buscan el reconocimiento y pago de acreencias pensionales. En este sentido, la Corte ha señalado que, con fundamento en el principio de subsidiariedad, el recurso de amparo no procede frente a reclamaciones de tipo laboral o pensional, pues el escenario idóneo para conocer de dichos asuntos es la jurisdicción ordinaria laboral, mediante el ejercicio del medio judicial respectivo.[6]

No obstante, como fue desarrollado anteriormente, esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se trata de la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, bien sea como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o como medio principal cuando las vías de defensa judicial ordinarias no resultan idóneas ni eficaces para la protección de los derechos fundamentales trasgredidos[7]*.*

15. Así, la procedencia del amparo para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas:

(i) Procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no

[3] Sentencia T-387 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[4] Sentencia T-087 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[5] Sentencia T-387 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[6] Ver Sentencias T-315 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[7] Al respecto ver sentencias T-052 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-205 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-315 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario[8];

(ii) Procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia.[9] Además,

(iii) ***Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como*** *los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad****, personas de la tercera edad,*** *entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.[10]*

16. No obstante lo anterior, la Corte ha considerado que la condición de vulnerabilidad o la calidad de sujeto de especial protección constitucional del interesado no son suficientes para que, sólo por esa circunstancia, la tutela sea procedente en materia pensional.[11] Por ello, la Corte ha establecido reglas jurisprudenciales para estudiar las pretensiones que implican otorgar una pensión por vía de la tutela, que consisten en:

"a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.

b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.

c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados."[12]

EL CASO EN CONCRETO.

<u>En cuanto al requisito de subsidiariedad</u>

Teniendo en cuenta que la accionante cuenta con 57 años y 1693.43 semanas cotizadas, esto es, cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, que de conformidad con lo planteado en el escrito de tutela y la documental allegada, desde diciembre de 2020 dejó de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y que tanto por la calamidad doméstica que menciona como por la solicitud hecha por sus empleadores está ad portas de perder los ingresos con los que cubre su mínimo vital, considera el despacho que el mecanismo existente en la normatividad para dirimir el conflicto suscitado no es idóneo para

[8] Sentencias T–859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas; T–800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
[9] Sentencias T–436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas; T–108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T–800 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.
[10] Sentencias T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-456 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T–328 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y T-471 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.
[11] Sentencias T-326 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[12] Ver Sentencias T-1069 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-315 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, y T-320 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

salvaguardar de manera oportuna, los derechos fundamentales de la accionante. En consecuencia, se cumple cabalmente el presente requisito.

En cuanto al requisito de inmediatez

De otro lado, toda vez que la norma y la jurisprudencia exigen igualmente el cumplimiento del requisito de inmediatez, y teniendo en cuenta que la accionante cumplió el requisito de edad en diciembre de 2020, que en la misma fecha presentó su solicitud pensional, y que la misma ya fue negada por Colpensiones, se considera plenamente satisfecho el presente requisito.

De los derechos invocados

Sea lo primero mencionar que, en lo que al traslado de régimen respecta, se encuentra más que demostrado, con el histórico de afiliaciones emitido por ASOFONDOS, la respuesta allegada por PORVENIR S.A. y la historia laboral de COLPENSIONES, visible a folios, que la accionante se trasladó válidamente del RAIS al RPMPD actualmente administrado por Colpensiones, el 30 de noviembre de 2010.

Tan es así que, Porvenir, en respuesta arrimada al despacho, manifiesta haber transferido el capital existente en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones en 2010.

De igual manera, el resumen de Historia Laboral emitido por Colpensiones evidencia que recibió el valor de los aportes mensuales de la accionante hasta el 30 de noviembre de 2020.

En consecuencia, es inadmisible que, al presentar la accionante la solicitud pensional, la respuesta de la entidad sea que no se encuentra afiliada a Colpensiones y que por consiguiente resulta imposible hacer el estudio de la solicitud pensional, situación ésta, que vulnera flagrantemente el derecho fundamental de la accionante a la seguridad social y la libre escogencia de régimen pensional.

En consecuencia, en lo que a este aspecto respecta, procederá el despacho a conceder el amparo constitucional a la accionante y ordenará a Colpensiones que tenga a la accionante como afiliada al RPMPD, tal como lo demuestra la documental aportada al expediente.

De otro lado, en lo que al reconocimiento de la pensión de vejez se refiere, debe el despacho mencionar que, para conceder tal amparo, la jurisprudencia ha sido enfática en establecer que se deben cumplir los siguientes aspectos:

> *"a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.*
>
> *b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.*
>
> *c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.*

d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados."[13]

El primer requisito se encuentra plenamente satisfecho por la accionante al contar con 57 años de edad.

En cuanto al segundo y al tercer requisito, debe mencionarse que si bien la accionante menciona que por una calamidad doméstica y por petición de sus empleadores al haber cumplido la edad para acceder a su pensión de vejez, debe renunciar al trabajo que viene desempeñando, lo cierto es que, no allega prueba siquiera sumaria que sustente su dicho, no hay en el expediente evidencia de la calamidad doméstica que menciona, ni de que sus empleadores le hayan solicitado la renuncia o que efectivamente haya renunciado, en consecuencia, no hay evidencia alguna de que el mínimo vital de la accionante se esté viendo afectado por la negativa de la entidad.

Así las cosas, considera el despacho que no hay lugar a conceder el amparo constitucional en lo que al reconocimiento de la pensión de vejez respecta, no obstante, se ordenará a la accionada COLPENSIONES, que una vez haya reconocido que la accionante se encuentra efectivamente afiliada al RPMPD, proceda a evaluar la solicitud pensional de la señora GONZÁLEZ, conforme lo ordena la ley.

DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C**., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELA el derecho fundamental a la **SEGURIDAD SOCIAL** de la señora MARÍA CLAUDIA GONZÁLEZ PEÑA, por las razones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPESNIONES tener como afiliada al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA a la accionante MARÍA CLAUDIA GONZÁLEZ PEÑA, desde le 1 de diciembre de 2010.

TERCERO: NEGAR el amparo deprecado en lo que al reconocimiento y pago de la pensión de vejez respecta, por las razones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPESNIONES reevaluar la solicitud pensional de la accionante MARÍA CLAUDIA GONZÁLEZ PEÑA, conforme lo establecen la ley y la jurisprudencia.

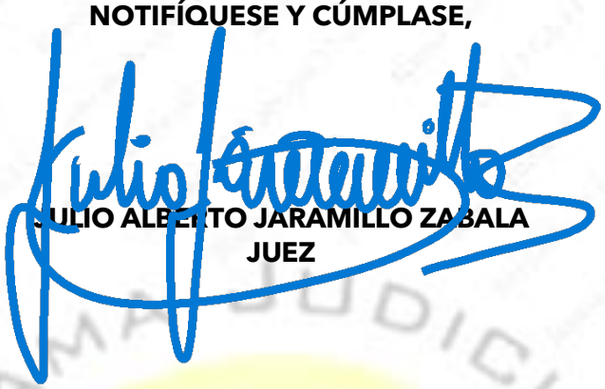
QUINTO: NOTIFICAR a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnado el fallo; de lo contrario, deberá enviarse el

[13] Ver Sentencias T-1069 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-315 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, y T-320 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que sea sometida a reparto entre los Magistrados de todas y cada una de las Salas que lo conforman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ