



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, febrero veintiocho (28) de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

| | |
|-------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL – ISS -, “COLPENSIONES” |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |

SENTENCIA No. 015

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 15 de enero de 2.013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la que se tuteló el derecho fundamental invocado por la parte accionante.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ identificado con C.C. 9.088.369 de Cartagena, en nombre propio.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES"**.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

El señor NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ, presentó Acción de Tutela en contra de la **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES"**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social, a la libre escogencia de régimen pensional; irrenunciabilidad de los beneficios mínimos; principio de favorabilidad; principio de progresividad; condición más beneficiosa; primacía de los derechos fundamentales; dignidad humana; debido proceso y a la igualdad.

4.2. Los hechos

Como hechos que sustentan las pretensiones, el actor narró lo siguiente:

Manifiesta que nació el 15 de enero de 1954; por tanto al 1° de abril de 1994, día en que entró a regir el Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplado en la Ley 100 de 1992, tenía 40 años de edad cumplidos.

Precisa que prestó sus servicios a la Contraloría General de la República, desde el 17 de abril del 1978 hasta el 4 de agosto de 1983; acumulando un tiempo de servicio de 276 semanas al Sistema General de Pensiones; afiliado a CAJANAL; en liquidación; luego, laboró en la Empresa Prestadora de Servicios Públicos de Sucre "EMPOSUCRE", desde el 1° de octubre de 1983 hasta el 30 de julio de 1986, acumulando un tiempo de servicio de 147 semanas, al Sistema General de Pensiones, igualmente afiliado a CAJANAL.

Afirma que desde el 16 de agosto de 1993 se encuentra vinculado mediante una relación legal y reglamentaria en la Gobernación de Sucre -DASSSALUD-, con un periodo de semanas cotizadas de 965, continuando su afiliación en CAJANAL.

Sostiene que el tiempo total de semanas cotizadas al día de hoy suman 1.400 y/o 20 años de servicio; así mismo, dado que al 1° de abril de 1994 contaba con 40 años de

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

edad y al 31 de julio de 2010 contaba con más de 750 semanas cotizadas; encontrándose cobijado por el régimen de transición; es decir, bajo el régimen pensional consagrado en la Ley 33 de 1985, que regula la pensión de los empleados oficiales que cumplen con el requisito de haber laborado durante 20 años o más para las entidades del Estado; además de cumplir con 55 años de edad.

Refiere que al liquidarse la empresa a la cual se encontraba afiliado para los aportes pensionales –CAJANAL-, se dirigió al Instituto de Seguros Social el día 5 de marzo de 2012; para que le certificarán el número de semanas cotizadas; lo anterior, debido a que el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009; los afiliados a CAJANAL al momento de su liquidación se trasladarían al ISS.

Arguye que se sorprendió cuando le respondieron que desde el año 2008, se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones Horizonte BBVA, y por consiguiente no puede estar vinculado al ISS.

Precisa que jamás a manifestado su voluntad o intención de querer estar adepto al Fondo de Pensiones Horizontes BBVA, ni ha ningún otro fondo del sector privado; debido a que no es su deseo pensionarse bajo el régimen de ahorro individual y perder los beneficios a los que tiene derecho por la transición.

Alega que el artículo 2° de la ley 797 de 2003, prevé: “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”. Por tanto esta prohibición impide que pueda estar vinculado al Fondo de Pensiones Horizonte BBVA, dado que para el año 2008, se encontraba a menos de 10 años para alcanzar el status de pensionado; exactamente a un año bajo el imperio de la Ley 33 de 1985.

Concluyendo, se tiene que el actor, desde entonces ha iniciado una maratónica jornada de derechos de petición al BBVA, para que anule su afiliación por cuanto no es posible que se encuentre vinculado a esa empresa, dada la prohibición legal, siendo infructuosa su búsqueda.

V. LO QUE SE PIDE

Con fundamento en los hechos relacionados, el accionante solicitó Tutelar los derechos fundamentales invocados en esta acción y ordenar a la parte tutelada lo siguiente:

I.- Tutelar la protección del derecho constitucional y fundamental a la seguridad social, a la libre escogencia de régimen pensional, a la irrenunciabilidad de los

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

beneficios mínimos, principios de favorabilidad, principio de progresividad, condición más beneficiosa, primacía de los derechos fundamentales, dignidad humana, al debido proceso y a la igualdad.

2.- Como consecuencia del amparo anterior, se ordene al BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., y al instituto de Seguros Sociales –"ISS"–, que dentro de las 48 horas siguientes al conocimiento de la sentencia que así lo disponga, procedan autorizar los trámites a que haya lugar para que quede afiliado al régimen de transición en el Instituto de Seguros Sociales.

3.- Advertir al instituto de Seguros Sociales que deben de abstenerse de impedir el traslado del suscrito al régimen de transición".

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", presentó informe sobre la solicitud de tutela, argumentando que el ISS no ha entregado en su totalidad del expediente administrativo del afiliado; por tanto nadie está obligado a lo imposible.

Requiere la vinculación del Instituto de Seguros Social como litis consorcio necesario.

6.2. INSTITUTO SEGURO SOCIAL. Informa encontrarse en una etapa de liquidación, y paralelo a aquello, ha empezado a funcionar una nueva entidad administradora de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cual es COLPENSIONES, dentro de las facultades cedidas se encuentran la realización de estudios y decidir acerca de la procedencia de las pretensiones presentadas por el actor.

6.3. BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS. Precisa que en el mes de septiembre de 2009, esa empresa fue notificado por el ISS, acerca de la solicitud de traslado del señor NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ; encontrándose que el mismo no era procedente por estar el citado señor a menos de 10 años de cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez en los términos de lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Por tanto, al ser la fecha de nacimiento del señor ROMERO HERNÁNDEZ es el 18 de junio de 1956; el actor se encuentra a menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez en ese régimen que hasta el año 2013 es de 60 años y que a partir

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

del año 2014 es de 62 para el caso de los hombres, no siendo viable el traslado de régimen pensional.

Anota que vistas las directrices de la legislación sobre el régimen de transición, se estudió la situación del señor NÉSTOR ROMERO; concluyéndose de la historia laboral del citado actor, que no registra 15 años cotizados al 1° de abril de 1994 y en consecuencia no puede trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia derecho de petición de marzo 6 de 2012; al Fondo de Pensiones BBVA Horizonte¹.
- Copia respuesta del 24 de marzo de 2012, referido al derecho de petición de marzo 6 de 2012; suscrito por el BBVA Horizonte².
- Copia Ministerio de Hacienda y Crédito Público –oficina de bonos pensionales-.³
- Copia del derecho de petición al BBVA Horizontes de abril 12 de abril de 2012⁴.
- Copia certificado de registro civil de nacimiento del actor⁵.
- Copia historia laboral (afiliación a Pensión)⁶.
- Copia declaración juramentada ante notario del señor NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ⁷.
- Copia respuesta derecho de petición anteriormente citada, de fecha 8 de mayo de 2012⁸.
- Copia derecho de petición de mayo 22 de 2012⁹.
- Copia constancia de recursos humanos de la Gobernación de Sucre, haciendo referencia que el actor se encuentra afiliado en el Seguro Social¹⁰.
- Copia respuesta derecho de petición de junio 13 de 2012, bajado de la página web¹¹.

¹ Folios 12 a 15 C.Ppal

² Folios 16-19 C.Ppal

³ Folios 20-21 C.Ppal

⁴ Folios 22-25 C.Ppal

⁵ Folio 26 C.Ppal

⁶ Folio 27 C. Ppal

⁷ Folio 28 C. Ppal.

⁸ Folio 29 C. Ppal.

⁹ Folios 30 -32 C. Ppal.

¹⁰ Folio 33 C. Ppal.

¹¹ Folio 34 C. Ppal.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

- Copia cédula de ciudadanía del actor¹².
- Copia del certificado de información laboral de la Contraloría General de la República¹³.
- Copia certificado laboral del actor, suscrito por EMPOSUCRE Ltda, en liquidación¹⁴.
- Copia certificado informe laboral del actor, procedente de la Gobernación de Sucre¹⁵.

VIII. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones del sistema Oral, mediante sentencia del 15 de enero de 2.013, tuteló el derecho a la seguridad social y ordenó a la Accionada COLPENSIONES; BBVA Horizonte y ISS para que dentro de los 15 días siguientes a la notificación del fallo, proceda a trasladar del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida; para que este último remita el expediente administrativo del actor a COLPENSIONES, para lo de su cargo.

Como sustento de su resolutive, precisó que del libelo se pudo corroborar que existe un error por parte del BBVA Horizonte al manifestar que la fecha de nacimiento del actor es del 18 de junio de 1956; cuando en el registro civil y en la cédula de ciudadanía se afirma que es el 15 de enero de 1954; de suerte que el señor ROMERO HERNÁNDEZ, sí cumple con los requisitos exigidos para detentar los derechos del régimen de transición.¹⁶.

IX. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

¹² Folio 35 C. Ppal.

¹³ Folio 36-42 C. Ppal.

¹⁴ Folios 43-46 C. Ppal.

¹⁵ Folio 47-55 C. Ppal.

¹⁶ Ver folios 97-123 C.Ppal.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

El accionante impugna el fallo anterior pero en lo que hace al numeral 2° de la parte resolutive de aquel; por cuanto –en su decir-, *“se aleja del quid del asunto pues lo solicitado por el suscrito no es propiamente un traslado de régimen, sino la invalidez de una afiliación arbitraria e ilegal que registró BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, y como consecuencia de lo anterior, mi afiliación sin solución de continuidad al régimen de transición, el cual me ampara por las normas pensionales mas favorables previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”*.

Alega que la figura del traslado opera cuando una persona decide cambiarse de un régimen pensional a otro; caso contrario al suyo; pues el nunca prestó el consentimiento para encontrarse inscrito al régimen de ahorro individual; siendo aquella inscripción ilegal e indebida; con lo que se perderían los beneficios que le asisten del sistema transicional.¹⁷.

X. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 23 de enero de 2013, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este despacho, de conformidad con el reparto efectuado en la Oficina de judicial, el 31 de enero de 2013, siendo finalmente recibido por este despacho el 1° de febrero de 2013, quien admitió la misma el 4 de febrero de 2013 y la notificó a las partes.

Estando el asunto para resolver se ordenó a la Gobernación de Sucre y al BBVA Horizonte remitir los antecedentes administrativos; como también copia del formulario de afiliación al fondo de pensiones y cesantías Horizonte, respectivamente; para lo cual se les concedió el término de dos días.

Tanto el Departamento de Sucre como el BBVA Horizonte anexaron el informe requerido.

XI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

I I. I. La competencia

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

¹⁷ Ver Folios 132 a 133 del C. Ppal.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

Como Problema jurídico se plantea:

¿Se considera como impugnación el escrito que presenta el beneficiario de un amparo tutelar; por no encontrarse conforme con uno de los numerales de la providencia que lo favorece?

1.1.2. Procedencia de la acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

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.

1.1.3. Asunto Preliminar

El Decreto N° 2591 de 1991, en su artículo 31, se refirió a la impugnación del fallo en los siguientes términos: *“Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. (...)”*.

Sobre el tema la doctrina ha manifestado que “los medios de impugnación exigen que exista *gravamen*; eso quiere decir que sólo pueden impugnar la *resolución* las *partes* que se hayan visto perjudicadas en el fallo. Asimismo, se aplica el principio procesal de *prohibición de 'reformatio in peius'*; este principio implica que la revisión de la resolución no puede perjudicar al *recurrente*, salvo que, a su vez, la *parte* contraria hubiera impugnado la resolución solicitando este efecto¹⁸”.

¹⁸ Apuntes de Derecho Procesal Laboral; Tema “12 Medios de impugnación” © Antonio Álvarez del Cuervo

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

Entonces el beneficiario de una resolución tutelar no estaría llamado a impugnar el fallo que le fue favorable; empero, tiene la posibilidad de solicitar la aclaración y/o adición de aquel pronunciamiento si considera que se ha omitido un punto objeto de consulta; para que este sea adicionado; o la clarificación de alguno que no se comprenda.

El artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, establece:

“Cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, **deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria**, dentro del término de ejecutoria, de oficio o solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

El superior deberá completar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvenición o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria. (...).”

Por tanto, al estarse ante una impugnación por el beneficiario del amparo por considerar que en la parte resolutive de la sentencia se resolvió de manera distinta a lo solicitado, se detendrá la Sala solo en lo concerniente a lo que es objeto de disconformidad por parte del recurrente; dejando a salvo lo que fue la tutela del derecho fundamental a la seguridad social.

11.4. El caso concreto

Previo a resolver lo que fuera el asunto en específico, por providencia de febrero 13 de 2013¹⁹; se requirió al BBVA Horizonte y a la Gobernación de Sucre; con el fin de determinar si efectivamente el actor, NÉSTOR ROMERO H., se afilió voluntariamente al régimen de ahorro individual –BBVA Horizontes; pensiones y Cesantías-.

En respuesta a la orden judicial el BBVA²⁰, manifestó: “[no] es posible remitir copia del Formulario de vinculación del señor NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por el BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; toda vez que como bien se le manifestó al accionante mediante comunicación de 8 de mayo de 2012, su afiliación a este Fondo de Pensiones

¹⁹ Ver folio 47 y 48; cuaderno impugnatorio.

²⁰ Ver folios 53 a 58 C. de recurso.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

Obligatorias obedeció a las consignaciones realizadas por el empleador GOBERNACIÓN DE SUCRE, (...)”.

En dicha información también se precisa por el Fondo de Pensiones que; a la fecha el actor fue trasladado²¹ al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, en cumplimiento de la orden judicial de primera instancia.

Por su parte la GOBERNACIÓN DE SUCRE²² remitió copia de los (i) Copia del certificado de octubre 15 de 1982, donde se informa que el aquí actor es afiliado de CAJANAL –f. 64-; (ii) Copia examen de admisión practicado al 1° de agosto 1993, por CAJANAL -65-; (iii) Copia **formulario de vinculación o actualización al sistema general de pensiones, diligenciado el 10 de septiembre de 2009, por el actor ante el instituto de seguro social ISS** –F. 66-; Copia de afiliación al sistema general de seguridad social en salud –F. 67-; (iv) Copia formulario de afiliación a E.P.S. SALUDTOTAL –f. 68-; (v) copia radicación de solicitud de inscripción expedida por SALUDTOTAL –f.69-; (vi) Copia formulario de ingreso ante la administradora de riesgo profesional Compañía de Seguros S.A. –f. 70-; (vii) Copia planilla N° 4400101 de autoliquidación de aportes en salud de enero 2013 (ASOPAGOS S.A.) –f. 71-75-; (viii) Copia planilla N° 4400101 de autoliquidación de aportes en pensión de enero 2013 (ASOPAGOS S.A.) –f. 76- 77-.

Con estos documentos, y los adjuntados en su oportunidad procesal, se entra la Sala a resolver lo que es la impugnación.

En el caso concreto; el actor solicita sea revocado el numeral 2° de la parte resolutive del proveído de enero 15 de 2013, para que en su lugar se disponga: *“ordenar al BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. y COLPENSIONES, que dentro del término perentorio de diez (10) días siguientes al conocimiento de la sentencia que así lo disponga, procedan a autorizar y realizar los trámites a que haya lugar para que el accionante se encuentre afiliado al régimen de transición en la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-, sin solución de continuidad desde que inició su vida laboral”.*

El numeral objeto de reproche ordenó:

²¹ A Folio 56 del cuaderno de alzada se puede observar copia del documento de pago por transferencia ACH; copia de la transacción realizada a favor de COLPENSIONES a nombre de NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ. –F. 57-; Copia de la Historia de vinculación.

²² Ver folio 62 a 77 del cuaderno de impugnación.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ORDÉNESE a las entidades accionadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**, que dentro del término del quince (15) días siguientes a la notificación de este fallo, procedan a autorizar el traslado del actor NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la segunda de las mencionadas, al régimen de prima media con prestación definida, administrado por la primera de las mencionadas entidades”.

Esta Corporación en sentencia así como lo precisó la sentencia de primera instancia, haciendo alusión de la H. Corte constitucional (SU-062 de 2010), ya había señalado lo que atinente a los traslados del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición; así:

“Para abordar el tema principal, puesto a consideración de la Sala, se estudiará en términos generales el tema de la seguridad social, los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, el régimen de transición, se hará un minucioso estudio de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, en atención a que la misma muestra claros vaivenes que dan lugar a los conflictos como el planteado en el presente caso, y por último se determinará la decisión a tomar conforme el análisis general que antecede. Resalta la Sala que, con relación a las pretensiones referentes que al momento de reconocerse la prestación se aplique el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sobre ellos no existe en la actualidad acción u omisión imputable a los accionados y por ende de una vez se advierte que los mismas serán denegadas, por ser hechos o actuaciones futuras, no susceptibles de control a través del medio invocado.

(...).

Conforme el planteamiento jurisprudencial de las sentencias estudiadas, en especial, la posición asumida por la Corte en las providencias posteriores a la SU- 062 de 2010, en las condiciones que se encuentra el accionante, al no tener 15 años de servicios a la vigencia del sistema, y encontrarse a menos de 10 años de obtener el derecho a la pensión, **es viable autorizar el traslado en cualquier tiempo, por ser beneficiario del régimen de transición y ser este un derecho adquirido**, tal como lo determinan las últimas decisiones de la Corte, ya reseñadas en el anterior aparte.

Reitera la Sala lo vislumbrado desde el inicio de las consideraciones, que las pretensiones relacionadas con el futuro reconocimiento de la pensión y el régimen bajo el cual deba hacerse, son actuaciones que aun no se han materializado y por ende no puede existir acción u omisión atribuible a los accionados, y por ello mucho menos pronunciamiento de esta Corporación, por lo que se denegarán las mencionadas pretensiones”.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

Con todo, revisado el expediente se tiene que el tema central y por el cual acciona el señor NÉSTOR ROMERO, tiene que ver es con su continuidad en el régimen de prima media al cual ha venido afiliado durante su vida laboral, sin solución de continuidad y la afiliación ilegal del citado señor por parte del BBVA Horizontes que lo tienen hoy por fuera del beneficio de la transición.

Efectivamente, de los derechos de petición presentados ante BBVA Horizonte, el actor ha solicitado y ha insistido la anulación de su nombre de la base de datos de aquella empresa dado que en el Instituto Seguros Social rechazan su inscripción debido a la prohibición legal de tener doble afiliación.

Desde el primer momento clarificó y peticionó: 7.- Sin embargo, yo nunca he manifestado mi voluntad o intención de querer estar afiliado al Fondo de Pensiones Horizonte BBVA, (...) –f. 13-; “1.- Reconózcaseme como no valida la afiliación que presento en el Fondo de Pensiones Horizonte BBVA, por lo tanto se me desafilie. (...) –f. 15-.

Lo que generó la respuesta: el 2 de abril de 2008 usted suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones BBVA (...). Realizadas las verificaciones del caso encontramos que a la fecha el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ha radicado el 10 de septiembre de 2009 solicitud de traslado a su nombre ante esta Sociedad Administradora.

Sin embargo su solicitud de traslado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES fue rechazada²³ en virtud de qué trata del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, (...).”

Volvió la segunda vez ante la empresa BBVA, insistiendo: “Al respecto, debo manifestar que nunca he suscrito formulario de afiliación al fondo de pensiones administrado por BBVA. (...) –f. 22-; Reconózcaseme como no valida la afiliación que presento en el Fondo de Pensiones Horizonte BBVA, por lo tanto se me desafilie; por último en esta segunda solicitud, requiere copia de la supuesta afiliación que él suscribió –f. 24-.

Este nuevo pedimento suscitó esta contestación:

“Tenemos el gusto de saludarlo y darle a conocer la respuesta a su solicitud radicada el 16 de abril de 2012, dando alcance a la comunicación enviada con fecha 24 de marzo de 2012 le informamos **que su solicitud al Fondo de Pensiones**

²³ Ver folio 16 del expediente.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

Obligatorias administrado por el BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, obedece a las consignaciones realizadas por el empleador GOBERNACIÓN DE SUCRE (...).

Ahora bien, para proceder a verificar cual es la administradora responsable de manejar los aportes por concepto de pensión obligatoria realizados su nombre en el Sistema de Seguridad Social, es necesario que el empleador nos aclare esta situación, y nos remita certificado de afiliación de la administradora de Fondo de Pensiones a la cual dice usted pertenecer. (...)" –ver folio 29-; de lo antes expuesto, se concluye que le asiste razón al actor en precisar que nunca a prestado su volunta para estar afiliado al BBVA Horizonte, existiendo un error en la transferencia de los aportes por parte del empleador que en nada afecta la voluntad del tutelante dada la disposición legal consistente en que para esos menesteres es obligatorio de las empresas prestadoras de la seguridad social obtener la manifestación voluntaria del ciudadano a inscribir; lo cual aquí brilla por su ausencia.

Repitió la tercera vez el señor ROMERO HERNÁNDEZ, contra BBVA Horizonte manifestando: "2.3.- Mediante el Oficio N°. 400.14.01/ORH, del 11 de mayo de 2012, suscrito por la Asesora de Recursos Humanos de la Gobernación del Departamento de Sucre, se certifica que el suscrito "(...) Que cotizó en Pensión en la caja nacional de previsión desde el 19 de agosto de 1993 hasta el 30 de junio de 2009 y desde el 01 de julio de 2009 hasta la fecha sus cotizaciones en pensión se consignan al Seguro Social²⁴.

A lo que la empresa de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte nuevamente alegó: "(...). Nos permitimos informarle que con el fin de establecer la entidad responsable de administrar sus aportes pensionales es necesario que nos remita certificación de afiliación al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES con vigencia menor a un (1) año"²⁵.

Al ser requerido el formulario de inscripción al BBVA Horizonte por esta Sala; al encontrarse precisado por dicha empresa que el actor se había afiliado a aquella desde el 2 de abril de 2008; es ella misma la que afirma ante esta Corporación que el pedimento no es posible suplirlo dado que no existe diligenciamiento de formulario por el actuante; su inscripción se debe a que el empleador ha remitido los aportes en pensión correspondientes al señor ROMERO HERNÁNDEZ a su cuenta.

²⁴ Negrillas de la Sala para resaltar –Folio 31-. Anexó copia de la constancia a la que hace alusión –f. 33-.

²⁵ Ver folio 34.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

Denota la aptitud de la citada empresa, el legalismo y el entramamiento para no declarar la ilegalidad con la que ha mantenido sin su voluntad al señor NÉSTOR ROMERO, ha seguir en el régimen de prima media a la cual ha venido cotizando durante su vida laboral; siendo que como administradoras de pensiones y cesantías deben conocer las normas que al respecto se dictan; más en el caso de liquidación de CAJANAL, en donde se previó:

Artículo 4. *Del traslado de afiliados.* La Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en liquidación, **deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente Decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social - ISS.** Igualmente, deberá trasladar a dicha entidad los conocimientos sobre la forma de adelantar el proceso de sustanciación de los actos administrativos de reconocimiento de pensión de estos afiliados cotizantes, en la medida en que se trata de servidores públicos, para lo cual, estas entidades fijaran las condiciones en la que se realizará dicho traslado. (...)²⁶.

Mal puede el BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías retener unas consignaciones que si bien, así como lo reconoce ella misma, fueron remitidas por el empleador – debiendo entenderse como un error por parte de este-, no remitirlas por su propia cuenta cuando en el año de 2009, al ISS, cuando este mismo le requirió dicho traslado; argumentado textos jurídicos que más que darle la razón lo compelián a la entrega; de allí que; debe existir una anulación de la afiliación del señor ROMERO HERNÁNDEZ, por esa empresa ya que nunca pudo tenerlo como su inscrito, dada la carencia de voluntad por parte del actor; así como por preveer la misma ley cual sería la suerte de los afiliados a CAJANAL, caso del tutelante.

Máxime, -se insiste-, si a partir del 2 de abril de 2008, erróneamente la GOBERNACIÓN DE SUCRE, inició a consignar los aportes pensionales del señor NÉSTOR ROMERO a su cuenta; y el 10 de septiembre de 2009, el ISS le requirió los traslados pertenecientes al tutelante; dado que el aquí peticionario; había diligenciado el día 9 de ese mismo mes y año -f. 66 Cdo. Recurso-; el formulario correspondiente a afiliaciones al ISS; de allí que debía proceder de conformidad.

Dada la conciencia que tenía BBVA Horizonte, de que se estaban realizando depósitos a nombre de un ciudadano que no hacía parte de su grupo de afiliados; al presentar el actor con el primer derecho de petición se debía tomar los correctivos de rigor, y no como lo hizo hasta hoy; por la senda de la obstinación de no devolver a la cuenta natural los depósitos erróneos que tenía en su poder; de allí que se advierte el mal proceder de esta empresa.

²⁶ Decreto 2196 de 2009. Negrillas de la Sala.

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

Ahora, aún cuando el señor ROMERO HERNÁNDEZ, no hubiese tramitado ante el ISS, el formulario; esa afiliación al Instituto pensional procedía ipso iure; es decir, por imperio de la ley; pues así como lo determinó el decreto 2196 del 12 de junio de 2009, el solo hecho de venir cotizando a CAJANAL, en liquidación el accionante; lo volvía según su artículo 4° ibídem adscrito al ISS, en las condiciones en que se venía de la empresa liquidada.

Esto es así, por cuanto de entenderse como un traslado voluntario del régimen de ahorro individual al de prima media por parte del accionante se le estaría cercenando sus aspiraciones futuras de presentar su derecho de petición para el reconocimiento de su pensión de jubilación no bajo las condiciones de la Ley 100 de 1993, sino del imperio de la Ley 33 de 1985.

En efectos, la H. Corte Constitucional, así lo previene en la Sentencia T-060/2011:

“esta Corporación ha sido enfática en señalar que la persona que cumplió con el requisito de haber cotizado 15 años o que prestó sus servicios al Estado durante un periodo igual con antelación al 1° de abril de 1994, tendrá derecho a recuperar el régimen de transición conforme a las leyes que precedieron a la ley 100 de 1993, en cualquier tiempo; sin consideración a la edad que tuviera para la fecha en que entró a regir dicha normatividad. **De igual manera, pueden regresar al régimen de prima media aquellas personas que se trasladaron de régimen y que sólo cumplían con el requisito de la edad, pero en este evento no se pensionarán conforme a la legislación que regía las prestaciones sociales con anterioridad a la ley 100 de 1993, sino que su pensión será reconocida bajo los lineamientos de la ley de seguridad social que empezó a regir el 1° de abril de 1994”.**

Para finalizar, se tiene que la empresa Pensional BBVA Horizonte, informa del traslado de los aportes del señor ROMERO HERNÁNDEZ, a COLPENSIONES; entonces esta última, ha de entender su recepción en las formas y condiciones en las que se encontraba como afiliado de CAJANAL, pues los yerros en los que incurrió el empleador GOBERNACIÓN DE SUCRE, y el mal proceder del BBVA, no tienen porque recaer en la persona y derechos pensionales del actor.

XII. CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, la respuesta al problema jurídico inicialmente planteado es positiva, dado que la norma procedimental viabiliza la interposición de la alzada por el beneficiario de un derecho cuando este considere que han quedado puntos de los cuales debió pronunciarse la primera instancia. Por lo anterior, la Sala complementará la sentencia objeto de reparo ordenando tener la remisión de los

| | |
|--------------------|---|
| Expediente | 70 001-33-31-002 2012 00120 01 |
| Actor | NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ |
| Demandada | BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES" |
| Acción | TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA |
| Juzgado Procedente | JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA ORAL |

dineros consignados por el BBVA Horizonte enviados erróneamente por el empleador GOBERNACIÓN DE SUCRE a nombre del señor NÉSTOR ROMERO HERNÁNDEZ al Instituto de Seguros Social, hoy COLPENSIONES, bajo las mismas condiciones en que se encontraba afiliado en CAJANAL.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: COMPLEMENTÉSE LA SENTENCIA del 15 de enero de 2.013 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones en el sistema Oral, según lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: TÉNGASE el traslado realizado por **BBVA HORIZONTE – PENSIONES Y CESANTÍAS-** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL;** hoy **COLPENSIONES,** a nombre del señor **NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ,** en las mismas condiciones en las que se encontraba afiliado en **CAJANAL,** dado que nunca tuvo, o ha tenido el sentir de pertenecer al régimen de ahorro individual.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio mas efectivo a los interesados, en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo se notificará al juzgado de primera instancia enviándole copia de esta providencia.

CUARTO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 18

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Expediente 70 001-33-31-002 2012 00120 01
Actor NÉSTOR EDUARDO ROMERO HERNÁNDEZ
Demandada BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL -ISS-, "COLPENSIONES"
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado Procedente JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO, SISTEMA
ORAL

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado (Con permiso)