



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**  
Sincelejo, siete (07) de febrero de dos mil veinte (2020)

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Acción de Tutela	
Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Radicación:	No. 70-001-33-33-005-2019-00420-01
Demandante:	<b>David Andrey Cadavid Betancur</b>
Demandado:	<b>Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PORVENIR -</b>
Procedencia:	Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo

**Tema:** *Protección del derecho fundamental al debido proceso / Seguridad Social*

**1. EL ASUNTO POR DECIDIR**

Una vez agotadas las etapas propias del proceso, procede la Sala a dirimir la impugnación presentada por la accionada contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo el 11 de diciembre de 2019<sup>1</sup>.

**2. LA SÍNTESIS FÁCTICA<sup>2</sup>**

Refiere el señor DAVID ANDREY CADAVID BETANCUR que, desde el inicio de su vida laboral, se afilió de manera libre y voluntaria al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, efectuando cotizaciones al mismo desde el 1º de octubre de 2009.

<sup>1</sup> Fls 45-52 C. Ppal.

<sup>2</sup> Fl 1 a 2 C. Ppal.

Manifestó que, el día 12 de junio de 2015, sin su consentimiento, y sin enterarse de ello, una tercera persona diligenció el formulario N° 17333654 de afiliación ante PORVENIR S.A. con datos personales errados, colocando una huella dactilar que no era la suya y falsificando su firma en dicho documento.

Alegó que, cuando se enteró por parte de su empleador que los aportes a su pensión destinados a Colpensiones estaban siendo devueltos por dicha administradora, fue que se percató de lo que estaba sucediendo.

Arguye que, el día 13 de julio de 2018, elevó petición ante PORVENIR S.A. exponiendo la situación antes descrita y solicitando la anulación de su afiliación a dicha administradora.

Expresa que, el día 08 de agosto de 2018 recibió respuesta por parte de PORVENIR, del mismo modo, le fue entregado estudio grafológico efectuado por un perito de la Administradora, sobre los documentos de afiliación cuestionados, que concluyó que la firma plasmada en el formulario no correspondía a él. En la misiva, le informan además que se había procedido a suspender el trámite de su afiliación a dicho fondo, y que los dineros consignados a su favor se encontraban en la cuenta general de Porvenir en consulta ante el Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensión —SIAFP- con el fin de identificar a qué AFP pertenecen, y hacer el proceso de devolución correspondiente una vez se active la afiliación.

Hace mención que durante todo este tiempo, a pesar de sus reiteradas solicitudes verbales, Colpensiones no ha vuelto a activar su afiliación a dicha administradora.

Ante esto, el pasado 10 de octubre de 2019 solicitó a Colpensiones se activara nuevamente su afiliación.

Depreca que, a través de respuesta de fecha 17 de octubre de 2019, Colpensiones le informó que figuraba válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir y que como la nulidad de su afiliación se derivó de la falsificación de su firma, era necesario realizar el trámite legal respectivo ante la Fiscalía General de la Nación.

Le fue informado también que, para que Colpensiones pueda realizar la activación de su afiliación, se requiere un informe grafológico y declaración de falsedad emitido

por la Fiscalía General de la Nación, previo denuncia e investigación adelantada por dicha entidad, ya que el solo denuncia no es suficiente para tal fin.

Aduce que, con esa respuesta Colpensiones lo está dejando en un completo limbo jurídico mientras adelanta un proceso judicial de falsedad documental, pues, a juicio de esa entidad y violando las máximas del debido proceso, semejante trámite es absolutamente necesario para activar su afiliación a dicha entidad.

Concluye que, consultado el RUAF, se constata que aparece como "retirado" tanto en Porvenir como en Colpensiones.

Agrega que, se encuentra próximo a posesionarse como servidor público y este asunto lo perjudica en gran manera, pues su derecho a la seguridad social en pensiones se encuentra en la completa indefinición.

*Por otro lado, alega que las prestaciones como la de invalidez o sobrevivientes requieren acreditar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores, y si aparece como inactivo, en caso de que se materialicen estos riesgos, podrían ser negadas a sus beneficiarios las prestaciones debidas, precisamente con base en esta situación totalmente atribuible a que Colpensiones actúa por fuera de todo margen del debido proceso, pues interpone trabas para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.*

Por último, se pronuncia sobre el debido proceso en su caso, que solo ha sido una víctima en todo este asunto y que no debe verse perjudicado por culpa de los requerimientos infundados de la administradora de pensiones.

### **3. LOS DERECHOS INVOCADOS<sup>3</sup>**

Expresamente indica como vulnerados los derechos fundamentales al Debido Proceso y Seguridad Social.

### **LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN<sup>4</sup>**

Con fundamento en los hechos narrados, solicita se ordene al representante legal de COLPENSIONES, que dentro de las 48 horas siguientes al fallo de tutela, proceda a activar su afiliación ante dicha entidad y se haga el reporte de ello al SIAFP.

---

<sup>3</sup> Fl. 2 respaldo C. Ppal.

<sup>4</sup> Fl. 2 respaldo C. Ppal.

#### 4. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

##### PRIMERA INSTANCIA

Actuación procesal	Folios	Fechas o asuntos
Por reparto ordinario se asignó el conocimiento al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo	22 C. Ppal	27 de noviembre del 2019
Se admite la demanda	23	29 de noviembre del 2019
Se notifica personalmente y vía electrónica a la demandante, a COLPENSIONES, PORVENIR y al Ministerio Público	24-29	02 de diciembre del 2019
COLPENSIONES presenta escrito solicitando la nulidad en razón a una supuesta errónea notificación al no adjuntar los anexos en el correo electrónico <sup>5</sup>	31-32	02 de diciembre del 2019
Concepto de PORVENIR	35-38	05 de diciembre de 2019
Concepto de COLPENSIONES	31-34 y 39-44	03 y 06 de diciembre de 2019
Se profiere Sentencia, amparando los derecho fundamentales al debido proceso y seguridad social	45-52	11 de diciembre del 2019
Se notifica personalmente y vía electrónica la sentencia a COLPENSIONES, Ministerio Público y a la demandante.	53-56	12 de diciembre del 2019
Colpensiones impugnó la decisión	58-70	16 de diciembre del 2019
Auto concede la impugnación	72	18 de diciembre del 2019
Se somete a reparto para segunda instancia – correspondiéndole el conocimiento al Magistrado Ponente	2 Cd. Alzada	19 de diciembre del 2019
Se remite a la Secretaría de este Tribunal por Oficio No. 0841-2019	1 Cd. Alzada	19 diciembre del 2019

##### SEGUNDA INSTANCIA

Actuación procesal	Folio	Fecha o asuntos
Pasa al Despacho del Magistrado Ponente	4 Cd. Alzada	14 de enero de 2020
Se admite la impugnación presentada por Colpensiones y se decretan pruebas	5 y 6 Cd de Alzada	16 de enero de 2020

#### 5. LA SINOPSIS DE LA RESPUESTA

**5.1. La Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES** alegó que la entidad no es responsable de la trasgresión de los derechos fundamentales,

<sup>5</sup> Si bien es cierto se presenta el escrito solicitando la nulidad del auto admisorio de la tutela el 03 de diciembre de 2019, no lo es menos que la propia entidad que la alega, presenta informe el 06 de diciembre de 2019, refiriéndose a los hechos de la demanda y aquel escrito es tenido en cuenta por el juez de instancia al momento de decidir. El juez quinto no se refiere expresamente a ella en su sentencia y tampoco es objeto de debate judicial en la impugnación.

por lo cual solicita se desestime la acción contra COLPENSIONES. <sup>6-</sup>

Señala que, la petición presentada por el accionante fue resuelta por esa entidad el 17 de octubre de 2019, con fundamento en el art. 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 2 de la Ley 797 de 2003, que dispone:

*“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”.*

Sostiene que, si el accionante se encuentra en desacuerdo con la respuesta emitida debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales ordinarios y no acudir a la acción de tutela, ya que esta sólo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial y adicionalmente, afirma que no se demostró ningún perjuicio irremediable.

**5.2. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - PORVENIR<sup>7</sup>** - solicita la desvinculación de la entidad, aduciendo que no ha vulnerado derecho fundamental alguno y porque el accionante no se encuentra afiliado a esa entidad, puesto que su vinculación fue anulada y el saldo existente de la Cuenta de Ahorro Individual fue trasladado a COLPENSIONES.

**5.3. El Ministerio Público**, no rindió concepto en esta oportunidad.

## **6. LA DECISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN<sup>8</sup>**

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 11 de diciembre de 2019, resolvió tutelar los derechos fundamentales al Debido Proceso y la Seguridad Social deprecados, al considerar que se le están dando un trato desproporcionado y contrario al principio de la buena fe.

Sustenta el *A quo* que existe prueba sumaria de que se configuró el delito de falsedad personal, como quiera que PORVENIR practicó una prueba grafológica.

---

<sup>6</sup> Fl. 39-40 C. Ppal.

<sup>7</sup> Fl. 36 C. Ppal.

<sup>8</sup> Fl. 45-51 C. Ppal.

Por otra parte, expresa que las dos entidades accionadas omitieron el deber legal establecido en el Art. 67 del Código de Procedimiento Penal, por lo cual no puede el actor tener la carga de la denuncia y después decidir si reactivan al actor o no al régimen pensional de COLPENSIONES.

**7.1 LA IMPUGNACIÓN<sup>9</sup>:** Dentro del término establecido para ello, COLPENSIONES presentó escrito de impugnación, solicitando que se revoque el fallo de tutela y que la misma se declare improcedente. Insiste en que en el caso *sub examine* el actor no ha demostrado la amenaza de un eventual perjuicio irremediable.

## **7. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR**

**8.1. LA COMPETENCIA:** El Tribunal, es competente para conocer en Segunda Instancia, de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

**8.2. EL PROBLEMA JURÍDICO:** De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, vulnera o amenaza los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social del señor DAVID ANDREY CADAVID BETANCUR, al no resolver de fondo su solicitud de vinculación en el régimen de prima media con prestación definida.

En lo que hace al problema jurídico a desatar, se abordará el siguiente hilo conductor: **i)** El carácter fundamental del derecho a la seguridad social y la obligación correlativa de afiliación al sistema general de seguridad social. **ii)** Traslados de regímenes pensionales; **iii)** El deber de información y custodia de las administradoras de fondos de pensiones a los afiliados, **iv)** El derecho fundamental al debido proceso administrativo y **v)** Caso concreto.

**8.3. El carácter fundamental del derecho a la seguridad social y la obligación correlativa de afiliación al sistema general de seguridad social.**

En el numeral 3 y siguientes de la sentencia **T-327-17** se aborda el tema de la siguiente forma:

---

<sup>9</sup> Fl. 58-60 C.Ppal.

### **3.1. Reconocimiento jurisprudencial del carácter iusfundamental del derecho a la seguridad social.**

3.1.1. La Constitución, en el artículo 48, define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado y como una garantía irrenunciable de todas las personas, representada en la cobertura de (i) pensiones, (ii) salud, (iii) riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley. Ello, a través de la afiliación al sistema general de seguridad social que se refleja necesariamente en el pago de prestaciones sociales estatuidas[52].

3.1.2. En un principio este derecho era apreciado por su carácter prestacional, pero la Corte vislumbró su relación con otros derechos de rango iusfundamental. En ese sentido, en la sentencia C-453 de 2002, la Corte estableció que la afiliación de los trabajadores al sistema de seguridad social “no solo constituye un desarrollo de la garantía de condiciones dignas y justas, se trata de una garantía destinada a la protección de varios derechos también de orden constitucional: la vida, la salud y la seguridad social en sí misma”.

Con base en lo anterior la Corte permitió la procedencia de la acción de tutela en dos eventos excepcionales: i) cuando la vulneración del derecho a la seguridad social conllevaba la violación de derechos fundamentales autónomos (argumento de la conexidad[53]) y, ii) cuando el peticionario era un sujeto de especial protección constitucional[54].

El reconocimiento como derecho iusfundamental devino posteriormente en aplicación de la tesis de transmutación de los derechos sociales, “en virtud de la cual, cuando su contenido era desarrollado a nivel legal o reglamentario, tales derechos superaban su calidad de indeterminación y se convertían en verdaderos derechos fundamentales autónomos capaces de ser protegidos por vía de acción de tutela”[55].

Esto se evidenció en la sentencia T-468 de 2007 en la cual la Corte afirmó que: “[U]na vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables -; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”.

De igual modo, este viraje se consolidó en sentencia T-742 de 2008, en la cual se señaló que por su relación intrínseca con la dignidad humana, “la seguridad social es un verdadero derecho fundamental autónomo – calificado como “derecho irrenunciable” según el inciso 2º del artículo 48 constitucional; consagrado como “derecho de toda persona” de acuerdo al artículo 9º del PIDESC, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad; y, finalmente, definido como “derecho humano” por parte del CDESC en la observación general número 19-. Por tal razón, si bien hasta ahora la Corte ha empleado la figura de la conexidad al momento de resolver este tipo de controversias, la Sala estima que la acreditación de este vínculo con otro derecho fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela”.

En esta misma orientación, con ocasión del estudio de constitucionalidad de una norma que establecía el derecho a recibir una indemnización en caso de incapacidad permanente parcial (sentencia C-1141 de 2008), la Sala

*Plena manifestó lo siguiente: “el derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”[56].*

***Actualmente, la jurisprudencia constitucional es pacífica en cuanto a la naturaleza de derecho fundamental, independiente y autónomo de la seguridad social en pensiones, lo que ha habilitado su protección constitucional mediante la acción de tutela, cuando se comprueba la ocurrencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario para protegerlo[57].***

*En conclusión, el derecho fundamental a la seguridad social ha adquirido la connotación de derecho fundamental autónomo e independiente a través del desarrollo jurisprudencial, en aplicación a la tesis de transmutación de los derechos sociales y, además, su goce está íntimamente relacionado con la afiliación al sistema de seguridad social y al pago de cotizaciones a goce del cargo del empleador, como se detalla enseguida.*

### ***3.2. Garantía del derecho a la seguridad social a través de la afiliación al sistema general de seguridad social.***

*En consonancia con lo expuesto, en aras de garantizar la cobertura propia de la seguridad social, la regulación colombiana impone la obligación de vinculación obligatoria de los trabajadores al sistema de seguridad social a cargo de los empleadores[58]. Este deber legal de los empleadores se materializa en el deber de afiliar a salud (EPS), riesgos laborales (ARL) y pensiones (fondo de pensiones), a todos aquellos con quien tengan un vínculo laboral, verbal o escrito, temporal o permanente, así como pagar oportunamente los aportes que corresponden so pena de incurrir sanciones[59].*

*En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en forjar la obligación del empleador de afiliar al trabajador al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones, salud y riesgos profesionales y pagar las respectivas cotizaciones a cada uno de dichos regímenes.*

*Así, ha fijado que los empleadores que incumplen con su obligación legal y reglamentaria de afiliar a sus trabajadores al Sistema General de Pensiones vulneran el derecho a la seguridad social de sus trabajadores y deben responder por las prestaciones laborales legales y pensiones a las que tendrían derecho los trabajadores de haber sido afiliados al Sistema General de Pensiones[60], con el fin de materializar el fin de la regulación de las relaciones laborales, esto es, “lograr la justicia en las relaciones que surjan entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”[61].*

*En este sentido, la Corte sostuvo en sentencia T-295 de 1997 que “la Ley 100 de 1993 consagra la obligación de todos los empleadores, del sector público o privado, de pagar su respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social, y establece sanciones para quienes no cumplan con este deber. Ellos, en todo caso, están obligados a asumir en forma directa los costos de la atención de salud que requieran sus trabajadores, si no los han incorporado*

*al sistema institucional de protección. Esta Corporación ha señalado que el derecho a la seguridad social es fundamental cuando está íntimamente relacionado con un derecho como la vida y ha sido enfática en exigir a los empleadores el cumplimiento de su obligación de afiliar a sus trabajadores y pagar oportunamente los aportes que les corresponda.”*

*Dicha tesis fue reiterada en la sentencia T-558 de 1998, en la cual se argumentó que “siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de seguridad social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse de éstas consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez”.*

*En sentencia C-506 de 2001, la Corte sostuvo la consagración de la obligación del contratante de pagar los aportes a seguridad social de sus empleados pretendió remediar las falencias del sistema, que no tenía previstas contingencias que pudieran afectar al trabajador, argumentado que “la ley 100 de 1993 estableció esta nueva obligación, en atención precisamente a la situación preexistente, con el propósito de comenzar a corregir las deficiencias de un régimen que como se ha dicho no se encontraba exento de inequidades y de incongruencias”.*

*Luego en la sentencia C-1089 de 2003[62], se clarificó que la afiliación al sistema de seguridad social también se debe consolidar en los casos de los trabajadores independientes. En esa decisión se señaló que el artículo 3 (parcial) de la Ley 797 de 2003 no solo no contradice los mandatos constitucionales sino que los desarrolla, toda vez que la obligatoriedad e irrenunciabilidad del derecho fundamental a la seguridad social, no dejan al libre albedrío el cumplimiento de los deberes sociales del ciudadano en esta materia.*

*La posición de la Corte ha permanecido invariable frente a la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Riegos Laborales, por lo que en la sentencia T-782 de 2014 reiteró que “a cargo del empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo, y los de sus trabajadores. Esta obligación solo finaliza cuando el trabajador: (i) cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) cuando en razón de la pérdida de capacidad laboral obtenga pensión de invalidez, o (iii) cuando obtenga la pensión de forma anticipada. Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador.”*

*De manera más reciente, en sentencia T-648 de 2015, la Corte hizo un cotejo con la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, concluyendo que “en principio, es obligatorio para cualquier tipo de trabajador efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social, tanto a salud como a pensiones, de conformidad con el principio de solidaridad que rige en esta materia. No obstante, como lo ha resaltado la Corte y ha sido replicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicha obligación resulta imperiosa siempre y cuando el trabajador independiente cuente con los recursos suficientes para cumplir con ellos, pues, de carecer en forma absoluta de los mismos o no contar con los necesarios para efectuar cotizaciones a ambos sistemas aquella no se hace exigible.”*

*En este mismo orden de ideas, determinó “los empleadores serán responsables del pago del aporte de los trabajadores a su servicio a*

*cualquiera de los regímenes de seguridad social en pensión existentes, ya sea el de prima media con prestación definida o el de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con el salario o ingresos percibidos”[63].*

*A manera de conclusión, se evidenció que la Corte ha sostenido de manera uniforme que, referente a la obligación de afiliación a cargo del empleador, la omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de pensiones no es oponible al trabajador y a su derecho a obtener el pleno reconocimiento de sus derechos laborales.*

#### **8.4. Traslado entre regímenes pensionales.**

Dentro de la libre escogencia del régimen pensional, las normas previstas contienen ciertas limitantes o prohibiciones, las cuales ha señalado la Corte en reiteradas decisiones, tal como la Sentencia **C-1024 de 2004**, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, en los siguientes términos:

*“La medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual 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, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.*

*... El derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones que, por su misma esencia, pueden conducir al establecimiento de una diversidad de trato entre sujetos puestos aparentemente en igualdad de condiciones, tales como, el señalamiento de límites para hacer efectivo el derecho legal de traslado entre regímenes pensionales”.*

Como parte del ejercicio del derecho a la seguridad social está la facultad en el ámbito pensional de escoger por parte del afiliado el régimen al cual ingresar; esto es, al de

prima media con prestación definida o al régimen de ahorro individual con solidaridad. Igual la facultad de libre escogencia está presente en el sistema general de salud, donde el afiliado puede elegir entre las diversas entidades prestadoras del servicio de salud. No obstante, la Corte Constitucional ha advertido, que este derecho de traslado no es absoluto y que está sujeto a las disposiciones legales que regulan la materia.

#### **8.5. Los deberes de información y custodia documental de las administradoras de fondos de pensiones<sup>10</sup>.**

Se ha señalado que las administradoras de pensiones tienen precisas obligaciones de información y cruce de la misma, en atención a que para su cumplimiento se exigía la implementación de plataformas tecnológicas cuyo perfeccionamiento no se dio de manera concomitante a la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social; sin embargo, desde que el mismo fue creado existían deberes al respecto, dado que la propia Constitución Política contiene postulados en relación con la garantía de corrección, conocimiento y acceso a la información, verbigracia, los artículos 15, 20 y 74.

La jurisprudencia Constitucional ha sostenido que *“los datos personales, la información laboral, información médica, información financiera y de otra índole contenida en archivos y bases de datos, son la fuente primaria para determinar el acceso o el alcance de ciertos derechos o el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de derechos y prestaciones sociales.”*<sup>11</sup> (Resaltado fuera del texto original).

Otro de los antecedentes en materia de información de las entidades del sector financiero fue el Decreto 663 de 1993<sup>12</sup> que incluyó en su ámbito de aplicación a las sociedades administradores de fondos de pensiones y cesantías<sup>13</sup> y estableció dentro de sus deberes: *“proporcionar a sus afiliados, simultáneamente con su incorporación, una libreta, o cualquier otro instrumento que permita cumplir con las finalidades de ésta, en la que se registrará cada vez que aquéllos lo soliciten, el número de unidades de sus cuentas de capitalización individual, con indicación de*

<sup>10</sup> Ver sentencia T-376-18

<sup>11</sup> Sentencia C-401 de 2016.

<sup>12</sup> Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración

<sup>13</sup> Artículo 3.

*su valor a la fecha.”<sup>14</sup>*

Ese mismo cuerpo normativo, en el artículo 97, también estableció en el haber de obligaciones de las entidades sometidas al control de la Superintendencia Bancaria la de *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas.”*

Adicionalmente, determinó que dichas administradoras se someterían a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria<sup>15</sup> y en tal virtud tendrían deberes de conservación de archivos y documentos<sup>16</sup>. Ahora bien, aunque dirigida a las entidades públicas, la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de la conservación, guarda y custodia de documentos, comoquiera que *“el desorden y descuido administrativo con que se mantengan los archivos documentales, no puede constituirse en justificación razonable para impedir el ejercicio del derecho que tiene una persona a que la entidad ante la cual reclama una prestación pensional le dé respuesta de fondo a su petición, como una clara manifestación de la resolución definitiva de su solicitud.”<sup>17</sup>*

Posteriormente se expidió el Decreto 2555 de 2010, que en el artículo 2.6.10.1.2 estableció que **los principios** contemplados en el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 se aplicarían integralmente al Sistema General de Pensiones. De estos principios debe destacarse el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, de acuerdo con el cual las entidades debían suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

Dicho conjunto normativo, contempló dentro de los derechos de los afiliados el de ser informados de manera cierta, suficiente, clara y oportuna de las condiciones del Sistema General de Pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos, de las diferentes modalidades de pensión y de los efectos y consecuencias de las decisiones.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Artículo 158, núm. 3.

<sup>15</sup> Artículo 325, núm. 2, literal a)

<sup>16</sup> Artículo 95.

<sup>17</sup> Sentencia T-558 de 2007. Cfr. Sentencias T-214 de 2004 y T-295 de 2007 y C-401 de 2016.

<sup>18</sup> Artículo 2.6.10.1.3

Ahora bien, el legislador expidió la Ley 1748 de 2014 *“Por medio de la cual se establece la obligación de brindar información transparente a los consumidores de los servicios financieros y se dictan otras disposiciones”*, preceptiva sobre la cual la Corte Constitucional consideró que:

*“Al prestar un servicio financiero relacionado con el desarrollo del artículo 48 de la Carta, y como se vio, la garantía del mínimo vital de la persona que ha llegado al final de su vida laboral y se encuentra en una edad en la que aumenta su vulnerabilidad, ya que se acerca a la tercera edad y, por consiguiente, a la condición de sujeto de especial protección constitucional, la información que se brinda acerca de dicha actividad adquiere una especial relevancia constitucional. Por ende, el deber de custodia que tienen, así como la garantía de acceso a las personas interesadas es reforzada.”<sup>19</sup>*

Esa misma Corte, en sentencia **T-178 de 2005** también señaló que: *“las entidades de naturaleza pública o privada que son administradores de bancos de datos o archivos públicos están en la obligación de actualizar y rectificar constantemente la información que en ellos se consigna, así como de ponerla a disposición de sus titulares y garantizar el acceso a la información con las restricciones que la Constitución y la ley establecen<sup>20</sup>.”*

En ese fallo además se precisó que la correcta administración de datos y archivos garantiza el ejercicio de determinados derechos fundamentales. De esta manera rememoró que en sentencia **T- 214 de 2004** se había dicho que:

*“Los archivos, en contextos de complejidad sistémica como los son las sociedades contemporáneas, suponen no sólo la correcta organización de los documentos que se producen en el ejercicio estatal, sino que implican la posibilidad de ejercer derechos tan diversos como el acceso a la información y el goce efectivo de prestaciones sociales –entre otros-<sup>21</sup>. Constituye*

<sup>19</sup> Sentencia C-401 de 2016.

<sup>20</sup> Sobre el punto, ver las sentencias T-443 de 1994 y C-567 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>21</sup> Al respecto, es importante traer a colación la intervención del director general del archivo general de la nación, en el trámite del estudio de constitucionalidad del artículo 22 de la ley 795 de 2003, llevado a cabo en la Sentencia C-1042 de 2003: *“La disciplina de la archivística ha redundado en grandes beneficios para la humanidad a lo largo de varias centurias, y en el caso de Occidente, particularmente a partir de la Revolución Francesa, donde se consagró el derecho de los pueblos a que la documentación generada por su aparato administrativo pudiese ser consultada sin restricciones. Con el subsiguiente interés de los historiógrafos por el estudio de las fuentes primarias. En este sentido la archivística ha venido refinando sus métodos, atendiendo en mucho a la circunstancia de que no podría conservarlo todo, (...) Adicionalmente se debe tener en cuenta el valor documental que poseen los testimonios de archivo, los cuales corresponden a valores primarios y a valores secundarios. Los primeros apuntan a los valores administrativos, esto es, de tipo contable, fiscal, jurídico o legal; debiendo conservarse en las dos primeras fases de archivo (de gestión y central). Posteriormente esos documentos pueden adquirir valores secundarios o históricos, válidos para la investigación retrospectiva, los cuales deben pasar a un archivo histórico, (...)El propósito de los archivos es el de dar al servicio la información que conservan, de lo contrario se podría hablar de depósitos de papel pero no de archivos. ”*

*además, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Estado de derecho en la modernidad: la posibilidad de ejercer control social, político y jurídico de las actuaciones que se desarrollan al interior de Administración pública. En la sistematización de la información, además, se manejan un saber y un poder específicos que, como tales, deben estar abiertos al conocimiento y debate públicos –dadas ciertas excepciones–.*

Asimismo, se refirió a la especial condición de los datos relativos a la historia laboral del empleado la cual incluyó en los alcances del derecho fundamental al *habeas data*, agregando que: “resulta necesario para la realización efectiva de todas las garantías otorgados por el legislador a los trabajadores, que su historial laboral contenga información, cierta, precisa y fidedigna, y, por lo tanto, surge la prerrogativa del empleado de solicitar a su patrono, en ejercicio de su derecho fundamental de *habeas data* y de petición, la corrección de incongruencias en el contenido del mismo. Lo anterior, además, considerando la especial protección que otorga nuestra Carta al trabajador como parte débil en la relación laboral.” (Resaltado fuera del texto original).

En ese fallo se hizo una importante acotación en el sentido de resaltar que: “los trabajadores y su empleador se encuentran vinculados por una relación desigual que justifica la especial protección a la parte débil de la misma, asegurándose que las etapas del proceso informático sean protegidas no sólo cuando la administración de datos es incompleta, falsa o inoportuna sino negligente, confusa o errada.” (Resaltado fuera del texto original).

Ahora bien, sobre la condición de extremo más débil que ostenta el trabajador, la Corte se había pronunciado de tiempo atrás señalando que: “En tales condiciones, y con ese abanico de facultades, resulta inaceptable que una EAP<sup>22</sup> invoque su negligencia en el cumplimiento de sus funciones para imponer una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador. Esta situación es aún más grave si se tiene en cuenta que en muchos casos estas situaciones afectan negativamente a personas de la tercera edad, las cuales merecen una especial protección del Estado (CP arts 13 y 46) y acotando que: “tampoco se puede desconocer que de todos modos, en esas relaciones, el trabajador sigue siendo el sujeto jurídico más débil del sistema, por lo cual merece una especial protección del Estado (CP arts 13 y 25). Por ende, y para lograr un mayor equilibrio y protección a los derechos de los trabajadores, sin afectar la

<sup>22</sup> Entidad administradora de Pensiones.

*viabilidad financiera del sistema general de pensiones, es necesario interpretar la disposición acusada de conformidad a la Carta.”* <sup>23</sup>(Resaltado fuera del texto original).

En otra oportunidad –sentencia **T-144 de 2013**- se estableció que: *“en caso de que la información de la historia laboral de un afiliado contenga inexactitudes y así lo advierta la entidad administradora de pensiones o se lo haga saber el propio afiliado, es deber de ésta desplegar las actuaciones pertinentes que conduzcan a la corrección de cualquier información errónea o inexacta, pues de lo contrario se vulneraría el derecho al habeas data al negarle al titular del derecho la posibilidad de que dichos datos sean corregidos o complementados, desconociendo por lo tanto la obligación de dichas entidades de registrar datos completos y veraces, que reflejen la realidad de la historia laboral del afiliado.”* (Resaltado fuera del texto original). <sup>24</sup>

Más recientemente, en la sentencia **T-207A de 2018**, la Alta Corte Constitucional reiteró la necesidad de observar los principios que garantizan los derechos de los titulares de la información<sup>25</sup>, de los cuales es preciso resaltar el principio de veracidad *“que indica que los datos personales deben a (sic) obedecer a circunstancias reales, no habiendo lugar a la administración de datos falsos o erróneos”*.

#### **8.6. El derecho fundamental al debido proceso administrativo<sup>26</sup>.**

El debido proceso es un derecho fundamental. Posee una estructura compleja, en tanto se compone por un plexo de garantías que deben ser observadas en todo procedimiento administrativo o judicial, escenarios en los que operan como mecanismo de protección a la autonomía y libertad del ciudadano y límites al ejercicio del poder público. Por ese motivo, el debido proceso es también un principio inherente al Estado de Derecho, cuyas características esenciales son el ejercicio de funciones bajo parámetros normativos previamente establecidos y la erradicación de la arbitrariedad. Así lo ha explicado la Corte en la sentencia **C-980 de 2010**:

“(…) el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en

<sup>23</sup> Cfr. Sentencia C-177 de 1998.

<sup>24</sup> Cfr. T-592 de 2013.

<sup>25</sup> Según la sentencia, desarrollados en las T-160 de 2005, T-718 de 2005, T-1067 de 2007, T-144 de 2013 y C-1011 de 2008.

<sup>26</sup> Ver sentencia C-034-14

particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnimoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos”.

En la sentencia **C-034-14**, la Corte Constitucional aborda los contornos del derecho fundamental al **debido proceso administrativo**, de la siguiente forma:

*“En ese contexto, la jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.<sup>[12]</sup> Entre estas se cuentan el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, la garantía de los derechos de defensa y contradicción, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.<sup>[13]</sup>*

*Esas garantías se encuentran relacionadas entre sí, de manera que -a modo de ejemplo- el principio de publicidad y la notificación de las actuaciones constituyen condición para el ejercicio del derecho de defensa, y la posibilidad de aportar y controvertir las pruebas, una herramienta indispensable para que las decisiones administrativas y judiciales se adopten sobre premisas fácticas plausibles. De esa forma se satisface también el principio de legalidad, pues solo a partir de una vigorosa discusión probatoria puede establecerse si en cada caso se configuran los supuestos de hecho previstos en las reglas legislativas y qué consecuencias jurídicas prevé el derecho para esas hipótesis.<sup>[14]</sup>*

*Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas.<sup>[15]</sup> Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías. En la sentencia **C-980 de 2010**, señaló la Sala Plena:*

*“Así entendido, en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción”<sup>[14]</sup> | 5.5. En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el*

*ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”.*<sup>[15]</sup>

*En la sentencia C-089 de 2011,*<sup>[16]</sup> *la Corporación profundizó en algunas características del derecho fundamental al debido proceso administrativo, distinguiendo su proyección y alcance en los momentos previos y posteriores de toda actuación:*

*“Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre las garantías previas y posteriores que implica el derecho al debido proceso en materia administrativa. Las garantías mínimas previas se relacionan con aquellas garantías mínimas que necesariamente deben cobijar la expedición y ejecución de cualquier acto o procedimiento administrativo, tales como el acceso libre y en condiciones de igualdad a la justicia, el juez natural, el derecho de defensa, la razonabilidad de los plazos y la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces, entre otras. De otro lado, las garantías mínimas posteriores se refieren a la posibilidad de cuestionar la validez jurídica de una decisión administrativa, mediante los recursos de la vía gubernativa y la jurisdicción contenciosa administrativa.”*<sup>[17]</sup>

*7. La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.*

*En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, ibídem.*<sup>[18]</sup> *Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública.*

*Estas consideraciones fueron inicialmente planteadas en la sentencia C-610 de 2012*<sup>[19]</sup> *y reiteradas en la sentencia C-640 de 2002,*<sup>[20]</sup> *a la que se hizo referencia al momento de estudiar la eventual existencia de cosa juzgada constitucional. Por su importancia, se transcriben los apartes centrales de esas decisiones, a pesar de su extensión:*<sup>[21]</sup>

*“(…) podría interpretarse la demanda en el sentido que lo que el demandante quiso exponer en su censura fue que resultaba contrario al artículo 29 de la Carta que consagra el debido proceso también para las actuaciones administrativas, el que no se previeran recursos para controvertir el acto proferido por una autoridad administrativa en relación con solicitudes probatorias en el marco de una actuación de esta índole. (...) Un planteamiento de esta naturaleza debe partir de la identificación del tipo de procedimiento administrativo de que se trata (general)<sup>[22]</sup>, y tomar en cuenta las específicas exigencias que plantea el debido proceso administrativo (art. 29*

C.P.) en conjunción con los principios que rigen la función pública (Art. 209 C.P.), aspectos que claramente no se mencionan en la demanda. (...) Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías mínimas propias del derecho fundamental al debido proceso, son aplicables al procedimiento administrativo (...), también ha advertido sobre las importantes diferencias que existen entre uno y otro procedimiento, derivadas de las distintas finalidades que persiguen.

En este sentido ha indicado que 'Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso'<sup>1231</sup>.

La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que este último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso (art. 29) y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública (Art. 209). Al respecto la jurisprudencia de esta Corte señaló: 'a partir de una concepción del procedimiento administrativo que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso. Pero como mediante el procedimiento administrativo se logra el cumplimiento de la función administrativa, el mismo, adicionalmente a las garantías estrictamente procesales que debe contemplar, debe estar presidido por los principios constitucionales que gobiernan la función pública y que enuncia el canon 209 superior. Estos principios son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad'<sup>1241</sup>.

De lo expuesto, es posible concluir que (i) el debido proceso se desarrolla a partir del conjunto de exigencias y condiciones previstas por la ley para adelantar un procedimiento administrativo y judicial; (ii) está provisto de garantías mínima definidas en la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, las cuales deben ser observadas por el Legislador al regular cada procedimiento; (iii) la extensión del debido proceso al ámbito de la administración es una característica de especial relevancia en el diseño constitucional del año 1991, de manera que en todas las actuaciones de las autoridades públicas debe asegurarse la participación del interesado, y sus derechos de defensa y contradicción; pero (iv), a pesar de ello no es posible

*trasladar irreflexivamente el alcance de las garantías judiciales a las administrativas porque en el segundo ámbito existe una vinculación a dos mandatos constitucionales, que deben ser armónicamente satisfechos. De una parte, las del artículo 29 Constitucional y de otra parte, las del debido proceso administrativo, definidas en el artículo 209 de la Carta Política (y actualmente desarrolladas por el Legislador en el artículo 3º del CPACA). Por ello, el segundo es más ágil rápido y flexible.*

Con estas premisas, se descende a resolver el caso concreto.

**9.- EL CASO CONCRETO:** En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito de que se proteja el derecho fundamental a la Seguridad social del señor David Cadavid Betancur, quien solicitó que fuera reactivado al régimen de prima media con prestación definida, solicitud que fue negada por COLPENSIONES, argumentando que al actor, ante la anulación de su traslado efectuado por la AFP PORVENIR por irregularidades en su afiliación, específicamente sobre su firma, le corresponde realizar denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, toda vez que para su reactivación se requiere del informe grafológico y declaración de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación.

Recuérdese que el actor aduce (Hecho 10) que actualmente se encuentra en un limbo, toda vez que su traslado fue anulado en Porvenir y Colpensiones se niega en reactivar su afiliación, tiempo de cotización que se puede perder si no se soluciona dicha problemática.

Frente a lo anterior, el juez de primera instancia decidió amparar los derechos fundamentales implorados y en consecuencia ordenó a COLPENSIONES que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, procediera a activar al actor en el régimen de prima media con prestación definida donde venía afiliado.

#### ***Procedencia de la acción de tutela.***

***Legitimación en la causa por activa y pasiva.*** De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede presentar, por sí misma o por quien actúe en su nombre, acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que ésta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv)

mediante un agente oficioso. El inciso final de esta norma, también establece que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales pueden ejercerla directamente.

En el presente caso, el señor DAVID ANDREY CADAVID BETANCUR, es una persona natural que reclama la protección de sus garantías iusfundamentales al debido proceso y seguridad social, presuntamente vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, por consiguiente, este requisito se encuentra satisfecho, en tanto quien alega la vulneración de los derechos es la misma accionante.

Ahora, en lo tocante a la **legitimación por pasiva**, al ser COLPENSIONES, una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, por tanto es una autoridad pública; además porque la presunta actuación que se considera lesiva de los derechos fundamentales invocados por el accionante, se relaciona con una supuesta omisión por parte de la entidad demandada en reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida pese a la anulación de su afiliación en el régimen de ahorro individual por falsedad en su firma.

**Subsidiariedad.** La acción de tutela es un medio de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales<sup>27</sup>. Acorde con lo anterior, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 establece que este mecanismo puede ser promovido en todo momento y lugar por la persona directamente afectada, a través de representante o agente oficioso.<sup>28</sup>

En punto a quien va destinada, el artículo 13 ibídem señala que: "*se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)*". De ahí que esta Corporación ha identificado la legitimación pasiva como "*la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la afectación del derecho fundamental.*"<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Artículo 86 de la Constitución.

<sup>28</sup> "Artículo 10°. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.// También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.// También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

<sup>29</sup> Sentencia T-683 de 2017.

La finalidad de la acción de tutela es conjurar situaciones urgentes que requieran la actuación expedita del juez constitucional; según se desprende del artículo 86 de la Carta, este mecanismo se encuentra regido por el principio de la inmediatez, el cual exige su presentación en un tiempo razonable y proporcional a partir del hecho generador de la vulneración.<sup>30</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con lo establecido en la sentencia **C-543 de 1992**<sup>31</sup>, se ha sostenido que por regla general la acción de tutela no está sujeta a un término de caducidad, así pues, la procedencia del remedio constitucional deberá examinarse de cara a su propósito de obtener la protección inmediata de derechos fundamentales.<sup>32</sup>

No existe entonces un plazo perentorio o terminante para interponer la acción de tutela, de manera que la prudencia del término debe ser analizado por el Juez en cada caso atendiendo a las particulares circunstancias fácticas y jurídicas del asunto; verbigracia, si el lapso es prolongado, deberá ponderar si: (i) existe motivo válido para la inactividad de los accionantes, (ii) la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión, (iii) existe nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales, y (iv) el fundamento de la acción surgió después de acaecida la actuación violatoria de derechos fundamentales de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición<sup>33</sup>.

A voces del mencionado artículo 86 superior, el mecanismo de amparo constitucional ha sido diseñado para preservar las garantías *iusfundamentales* cuando quiera que se encuentren expuestas a un daño y el ordenamiento jurídico no prevea un instrumento al cual se pueda acudir o, cuando a pesar de su existencia, el mismo no goza de la eficacia concreta para conjurar la trasgresión objeto de la acción.<sup>34</sup>

El anterior enunciado se integra normativamente con el artículo 6º del citado Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual establece que la acción de tutela solo es

---

<sup>30</sup> Sentencia T-019 de 2018.

<sup>31</sup> Que declaró la inexequibilidad del artículo 11 del Decreto Estatutario 2591 de 1991. Dicha norma disponía: “Caducidad. La acción de tutela podrá ejercerse en todo tiempo salvo la dirigida contra sentencias o providencias judiciales que pongan fin a un proceso, la cual caducará a los dos meses de ejecutoriada la providencia correspondiente.”

<sup>32</sup> Sentencia T-245 de 2018.

<sup>33</sup> Sentencia SU-961 de 1999 y T-243 de 2008; reiteradas, entre otras T-246 de 2015.

<sup>34</sup> Sentencia T-019 de 2018.

procedente cuando: i) no exista otro medio de defensa judicial; ii) pese a su concurrencia, este no sea eficaz o idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales y, iii) se erija de manera transitoria para prevenir un perjuicio irremediable<sup>35</sup> definido bajos ciertos criterios rigurosos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha expuesto de manera uniforme que en virtud del principio de subsidiariedad se debe descartar la utilización de la acción de tutela como vía preferente para la protección de los derechos fundamentales invocados<sup>36</sup> y cuando se ejerce como un *“instrumento supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer oportunamente los medios de defensa judicial o como un medio para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias.”*<sup>37</sup>

Ahora bien, en tratándose del **derecho a la seguridad social**, la Corte Constitucional<sup>38</sup> ha insistido en que, por regla general, no procede en materia de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, en razón a su carácter eminentemente subsidiario y residual; por lo anterior, este tipo de controversias deben ser ventiladas ante la jurisdicción contencioso administrativa o la ordinaria laboral, según sea el caso.

No obstante, también ha admitido la procedencia excepcional de la acción cuando el agotamiento de los instrumentos judiciales ordinarios supone una carga excesiva para el peticionario, como cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional o, *“por cualquiera otra razón, el trámite de un proceso ordinario, lo expone a un perjuicio irremediable”*.<sup>39</sup>

Entonces, algunos supuestos indicativos de la procedencia excepcional del mecanismo de amparo constitucional son: **i)** el estado de salud del solicitante; **ii)** el tiempo que la autoridad pensional demoró en desatar el procedimiento administrativo; **iii)** la edad del peticionario; **iv)** la composición del núcleo familiar del mismo, por ejemplo el número de personas a cargo, o si ostenta la calidad de cabeza de familia; **v)** el potencial conocimiento de la titularidad de los

---

<sup>35</sup> Sentencia T-080 de 2018.

<sup>36</sup> Ibídem.

<sup>37</sup> Sentencia T-245 de 2018.

<sup>38</sup> Ídem.

<sup>39</sup> Sentencia T-079 de 2016, reiterada en la sentencia T-090 de 2018.

*derechos, al igual que las acciones para hacerlos valer; y vi) las circunstancias económicas del interesado, análisis que incluye el promedio de ingresos frente a los gastos, el estrato socioeconómico y la calidad de desempleado".<sup>40</sup>*

Como corolario de lo anterior, por regla general, el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela restringe el ámbito de procedencia de los asuntos sometidos a escrutinio del juez constitucional, toda vez que el ordenamiento jurídico ofrece diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante autoridades judiciales con el fin de salvaguardar derechos fundamentales. Con todo, aun ante la existencia de medios de defensa judiciales, la tutela procederá excepcionalmente si: **i)** se logra determinar que estos carecen de idoneidad o eficacia concreta, **ii)** la acción se incoa con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En lo que atañe al supuesto de esta acción de tutela; esto es, la protección frente a la amenaza al derecho fundamental a la seguridad social, el cual se está viendo afectado según el accionante, ante la omisión de Colpensiones en reactivar su afiliación; figurando en consecuencia inactivo en el sistema, pese a que obra por parte de PORVENIR una anulación de su traslado por falsificación de su firma, es necesario realizar el estudio de la subsidiariedad en el caso concreto.

El escenario planteado, de conformidad con lo manifestado por el actor en su escrito de tutela, lo ubica en un limbo respecto a su status; en la medida que, según la jurisprudencia transcrita en el **numeral 8.3** de esta providencia, es obligación de su empleador afiliarlo al sistema; sin embargo, se encuentra acreditado que aquello sucedió el 1° de octubre de 2009 (fl 5) y una vez se materializa dicha situación, la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado.

Dicha afiliación es un estado, es una sola y no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero se podrá pasar a la categoría de afiliado inactivo<sup>41</sup>, cuando se tengan más de seis meses de no pago de cotizaciones; en concordancia con lo planteado, en el pantallazo del 26 de noviembre de 2019 SISPRO – RUAUF, que aporta el actor con la tutela, aparece en el estado de la afiliación,

<sup>40</sup> Sentencia T-482 de 2015.

<sup>41</sup> **Decreto 692 de 1994**

ARTICULO 13. PERMANENCIA DE LA AFILIACION. La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.

**retirado**; entonces, en realidad el actor no está siendo retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (SGSSP), sino de los respectivos Fondos.

Alineado con lo hasta ahora expuesto, Colpensiones le informa al accionante en respuesta a su derecho de petición (fl. 12 – 19 de octubre de 2019) que según su base de datos se encuentra afiliado al RAIS en la AFP PORVENIR; que no obstante lo anterior, dicha AFP de forma inconsulta con Colpensiones anuló su traslado y que por ello, lo procedente es presentar una denuncia penal y un informe grafológico emitido por la Fiscalía General de la Nación para dar trámite a su solicitud.

En consecuencia, en este momento ni su empleador ni él, tienen certeza a que Fondo de Pensiones se deben realizar los aportes pensionales del trabajador; siendo obligatorio pagarlos<sup>42</sup>, pues el Sistema General de Pensiones protege no sólo al afiliado cotizante en su vejez, sino también a su núcleo familiar **en caso de fallecimiento del afiliado cotizante, mediante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de vejez o invalidez**, de esta manera las cotizaciones no deben ser asumidas solamente como una obligación, sino como un ahorro que garantiza protección para el cotizante en su vejez o invalidez y la de su núcleo familiar en caso de fallecimiento.

Ahora bien, existen indicios que lo que se presentó fue una ausencia total de consentimiento entre las partes y lo que en principio se deduce de la realidad probatoria puesta a consideración del juez de tutela, es que la novedad del supuesto traslado no existió, según las propias partes involucradas en dicha situación; es decir, PORVENIR y el accionante, pues el actor asevera que no firmó el formulario de traslado y que esa no fue, ni es su voluntad y el Fondo de Pensiones privado corrobora que la firma no coincide con la del señor Cadavid Betancur, *anulando su vinculación*; se itera, no al sistema pero si a la entidad; luego entonces, es necesario en este punto determinar, teniendo en cuenta lo detallado, si la actuación de

---

<sup>42</sup> En este sentido, encontramos que el Artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 en su Artículo 3 el cual señala taxativamente quienes son cotizantes obligatorios en el Sistema de Seguridad Social en Pensión:

**“CAPÍTULO II.  
AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

**ARTÍCULO 15. AFILIADOS. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones:**

1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. (...)”

Colpensiones al negarse a reactivarlo en su sistema originó una vulneración, amenaza o riesgo al derecho fundamental a la seguridad social del actor; pues bien, se tiene acreditado que el accionante al momento de presentar la tutela tiene 32 años y del escrito incoado, no se colige que sea un sujeto de especial protección constitucional, que permita flexibilizar el principio de subsidiariedad que se agota en las siguientes hipótesis:

Principio de Subsidiariedad y hipótesis básicas	
Situación	Consecuencia
Inexistencia del mecanismos	Amparo definitivo
Falta de idoneidad del mecanismo	Amparo definitivo
Falta de eficacia del mecanismo	Amparo definitivo
Amenaza de perjuicio irremediable	Amparo transitorio
	Obligación del tutelante de acudir al juez ordinario dentro de los 4 meses siguientes
	Los efectos se extienden hasta que se produzca el fallo.
	Las órdenes se agotan en 4 meses si no se acude al juez ordinario
	Subregla excepcional. Imponer la carga de acudir al juez ordinario o administrativo so pena que la orden se convierta en definitiva-T-322-16

El mecanismo judicial existe, pues el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) en su numeral 4º establece que ante los jueces laborales se tramitan ***“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”***, aquel en principio es idóneo y eficaz en el caso del accionante, ya que como viene de ser expuesto no existe evidencia en el expediente que el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y porque una vez inscrito, no pierde su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por dejar de cotizar; por otro lado, la actuación de Colpensiones deberá ser cuestionada judicialmente para determinar si incurrió en las conductas generadoras de la sanción prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993<sup>43</sup> que contiene 2 verbos rectores -“impedir o atentar”-, referidos al derecho de

<sup>43</sup> **“ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR.** <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o

los trabajadores de afiliarse y seleccionar libremente los organismos e instituciones del sistema de seguridad social a los que quiere entregar la administración de sus aportes.<sup>44</sup>

Ahora bien, podría plantearse que someter al actor a un trámite ordinario laboral, teniendo en cuenta el tiempo que se necesita para un pronunciamiento de fondo, le originaría un perjuicio irremediable o dejaría al accionante en una situación muy gravosa en el evento en que se materialice la contingencia de muerte o invalidez, en relación con el carácter fundamental de la seguridad social, frente a dicho contrargumento, es necesario precisar las diferencias entre una vulneración, amenaza o riesgo a un derecho fundamental tal como lo hace la Corte Constitucional en la sentencia T-1002-10, según la cual:

*4.8 Hay que subrayar que los riesgos sobre un derecho fundamental, en virtud de su carácter abstracto de su falta de certeza, y la ausencia de elementos objetivos que permitan predecir su inminente lesión consumada, no se pueden proteger vía acción de tutela. Nadie puede reclamar del Estado una protección especial frente a un riesgo, ya que éste es inherente a la existencia humana y a la vida en sociedad[38]. Sin embargo, se debe advertir que el juez constitucional debe ser cuidadoso en la determinación de la gravedad, la certeza y la inminencia de la vulneración del derecho amenazado, ya que la frontera entre el riesgo potencial y una amenaza cierta es muchas veces difusa. Por esta razón considera la Sala que en los casos de duda el material probatorio resulta determinante[39].*

*4.9 Por otra parte hay que subrayar que la amenaza es de por sí una etapa de la vulneración del derecho, pues en realidad ella misma supone comienzo de vulneración dentro de la cadena evolutiva que implica la violación de un derecho y que finaliza con la frustración definitiva del mismo, o con lo que el artículo 86 superior denomina simplemente como "vulneración" a secas. En efecto, la amenaza como elemento que envuelve ya de por sí vulneración constituye una alteración o perturbación en el goce tranquilo y pacífico del derecho y, por consiguiente, se reputa como una violación cierta del derecho, así aún no se haya consumado el daño completamente[40]. Es decir, la amenaza de un derecho es por si misma daño.*

*4.10 Igualmente hay que advertir que la simple amenaza a un derecho puede conllevar a la amenaza de otros derechos. Así por ejemplo, el hecho*

---

**atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud<1> en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.**

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para el control del pago de cotizaciones de los trabajadores migrantes o estacionales, con contrato a término fijo o con contrato por prestación de servicios."

<sup>44</sup> La jurisprudencia vigente sobre el tema de la Sala de Casación Laboral, es condensada en las sentencias SL1452 de 3 de abril de 2019 radicación Nº 68852 y SL1689 radicación 65791 de 8 de mayo de 2019, ambas con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo

*de que la vivienda de alguien, donde no sólo vive sino que también tiene un restaurante que le aporta su único sustento económico, amenace con derrumbarse genera una amenaza al derecho a vida, a la integridad personal y a la vivienda, pero también ese constante peligro de derrumbe ocasiona que las personas no visiten el restaurante por miedo, desembocando esta situación en una vulneración consumada de los derechos al trabajo y al mínimo vital del propietario de la casa.*

***4.11 En suma, el riesgo al que está expuesto un derecho es una vulneración aleatoria del mismo, la amenaza es una vulneración inminente y cierta del derecho y la vulneración consumada es la lesión definitiva del derecho. Como ya se expresó, la amenaza implica de por sí inicio de vulneración del derecho y se sitúa antes de que la violación inicie su consumación definitiva pero no antes de su existencia; es decir que la amenaza presenta datos reales y objetivos que permiten prever el agravamiento inminente que conlleva la vulneración del derecho. La amenaza menoscaba el goce pacífico del derecho y, por lo tanto, es un inicio de vulneración en el sentido de que el ejercicio del derecho ya se ha empezado a perturbar. En definitiva, existe un riesgo en abstracto sobre todos los derechos, riesgo que se puede convertir en amenaza y luego en daño consumado. La diferencia entre riesgo y amenaza dependerá del material probatorio que se sustente en cada caso en particular. Hay que advertir que la acción de tutela solo es procedente en los casos de amenaza o peligro cierto de vulneración, pero no en los casos de riesgo. (Subrayas y negrillas para destacar)***

La lectura del precedente permite concluir a esta colegiatura que en el caso puesto a consideración de este Tribunal, existe un riesgo abstracto y aleatorio de que se materialice la contingencia de muerte o invalidez y que con ello se afecte el derecho fundamental a la seguridad social del accionante, pues no existe evidencia que nos encontremos frente a un pre-pensionado o una historia clínica que evidencia que se trata de una persona con un estado de salud precario o con algún dictamen de discapacidad laboral; luego entonces, aquel riesgo, en el caso *sub examine* no se alcanzó a cristalizar ni en una amenaza, ni en una vulneración y únicamente en esos dos últimos eventos, es procedente la acción de tutela.

**En consecuencia**, se declarará la improcedencia de la misma, respecto al derecho fundamental a la seguridad social.

Ahora bien, no escapa a esta colegiatura que el accionante también indica como vulnerado su derecho fundamental al debido proceso (administrativo) y solicita en el hecho 15 de su escrito que el juez de tutela lo haga efectivo; derecho que ya fue definido en el **numeral 8.6** de esta providencia y encuentra este Tribunal que de las pruebas documentales que reposan en el dossier, no se puede inferir que COLPENSIONES hubiese iniciado una actuación administrativa para definir el requerimiento de fondo del actor y si bien es cierto, da respuesta a su derecho de

petición expresando que su situación no es susceptible de modificación (Fl 12), salvo que presenté documentación idónea, no le explica la razón por la cual la presentada por él no lo es; tampoco se observa que el Fondo de Pensiones hubiese valorado las pruebas arrojadas por el señor David Andrey, únicamente le requiere el aporte de nuevas y teniendo en cuenta que el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011<sup>45</sup> establece las reglas generales sobre el decreto de pruebas en las actuaciones administrativas y allí se prescribe que podrán aportarse, pedirse y practicarse durante toda la actuación, hasta antes de que se adopte la decisión definitiva e igualmente, se indica que pueden incorporarse de oficio o a petición de parte, *sin requisitos especiales*; **en ese sentido, es posible concluir que existió una vulneración al debido proceso administrativo**, que involucra una pluralidad de principios, como los de defensa y contradicción, ambos con naturaleza y estructura autónoma de derecho fundamental; en tal sentido, en sentencia **T-1341 de 2001**, la Corte sentenció: “i.) *La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que <ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público>*”.

Puede verse cómo todas las manifestaciones del ejercicio de la función pública administrativa se encuentran cobijadas por el debido proceso, tales como **(i)** la formación y ejecución de actos administrativos; **(ii)** las peticiones presentadas por los particulares; y **(iii)** los procesos que se adelanten contra la administración por los ciudadanos en ejercicio legítimo de su derecho de defensa. Aunado a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el debido proceso administrativo implica “una serie de valores y principios que van más allá de las garantías estrictamente derivadas del artículo 29 de la Carta (debido proceso legal), entre los cuales se destacan el principio de buena fe, el de confianza legítima

---

<sup>45</sup> **ARTÍCULO 40. PRUEBAS.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil.

y el de "respeto del acto propio"<sup>46</sup>. En efecto, ha considerado que del derecho al debido proceso administrativo se derivan consecuencias relevantes para los asociados como (i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio<sup>47</sup>.

De manera que, se ha precisado que el debido proceso administrativo debe observarse en todas y cada una de las etapas que se surten ante la administración, tanto las previas como las posteriores a la comunicación del acto administrativo. Así lo explicó la Corte en la sentencia **C-1189 de 2005**:

*"34.- De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, **son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas.** En efecto, los elementos del debido proceso arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica.*

*De esta manera, la posibilidad de control de un acto administrativo, mediante los recursos de la vía gubernativa y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, parte del presupuesto de que al interesado se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, al otorgársele la oportunidad de ser oído, aportar pruebas y controvertir las que le resulten adversas. **Así pues, la posibilidad de recurrir y/o apelar e incluso de acudir a la jurisdicción, no puede confundirse con las garantías inherentes al debido proceso y al derecho de defensa, sino que dichas oportunidades cumplen, en estos casos, una función de verificación de validez de lo que fundamentó una decisión administrativa.**"<sup>44</sup> (Énfasis de la Sala)*

<sup>46</sup> Sobre el debido proceso administrativo, ver, entre otras, las sentencias SU-250 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-653 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-506 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1142 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-597 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-929 de 2005 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1189 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>47</sup> Ver sentencias C-640 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1189 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-331 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras

Así pues, con los parámetros sostenidos y reiterados de la jurisprudencia del órgano de cierre constitucional<sup>48</sup> **sobre el derecho al debido proceso administrativo**, la Sala concluye que **(a)** es un derecho fundamental de rango constitucional, **(b)** implica todas las garantías mínimas del debido proceso concebido en el artículo 29 de la Constitución, **(c)** es aplicable para toda actuación administrativa incluyéndose todas las etapas, es decir, desde la expedición y comunicación del acto administrativo, hasta su impugnación y demás situaciones que conlleve el adelantamiento del proceso administrativo respectivo y **(d)** debe observar no sólo los principios del debido proceso sino aquellos que guían la función pública, como lo son los de eficacia, igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y que, para materializar todas las aristas expuestas, en el caso puesto a consideración de este Tribunal se hace necesario que COLPENSIONES inicie una actuación administrativa, respetando las garantías ya detalladas, en la cual vincule tanto al hoy accionante como a PORVENIR S.A. y expresamente se les indique que pueden aportar pruebas sin requisitos especiales tal como lo indica la norma; aquellas aportadas, deben ser valoradas por la Empresa Administradora de Pensiones para tomar una decisión de fondo sobre la reactivación del señor David Andrey Cadavid Betancur en su base de datos, teniendo en cuenta los principios del artículo 209 Constitucional<sup>49</sup>, las normas del Código de Procedimiento Administrativo, con énfasis en el numeral 5 del artículo 9 de la ley 1437 de 2011<sup>50</sup>, los artículos 13<sup>51</sup> y 271 de la ley 100 de 1993, el decreto 692 de 1994, el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal<sup>52</sup> y los deberes de información, actualización de datos y custodia documental que recaen sobre las administradoras de fondos de pensiones.

<sup>48</sup> Sentencias C-640 de 2002 y C-331 de 2012

<sup>49</sup> Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

<sup>50</sup> **ARTÍCULO 90. PROHIBICIONES. A las autoridades les queda especialmente prohibido:**

5. Exigir documentos no previstos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que trate la gestión o crear requisitos o formalidades adicionales de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política.

<sup>51</sup> El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) señala que la escogencia de cualquiera de los regímenes contemplados es libre y voluntaria por parte del **afiliado**; consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 *ibidem*, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación, la que podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por el trabajador.

<sup>52</sup> Artículo 67. Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente.

**DECISIÓN:** En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

**F A L L A,**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo el 11 de diciembre del 2019 y en consecuencia, **DECLAR LA IMPROCEDENCIA**, de la acción de tutela incoada respecto al derecho fundamental a la seguridad social, de conformidad con las razones expuesta en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso administrativo** del señor David Andrey Cadavid Betancur; en consecuencia, **COLPENSIONES** dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia deberá dar apertura a una actuación administrativa, en la cual vinculará al accionante y a PORVENIR S.A., que deberá ser finalizada dentro del mes siguiente a su apertura y tendrá en cuenta las previsiones detalladas en la parte motiva de esta sentencia para resolver de fondo la situación del actor.

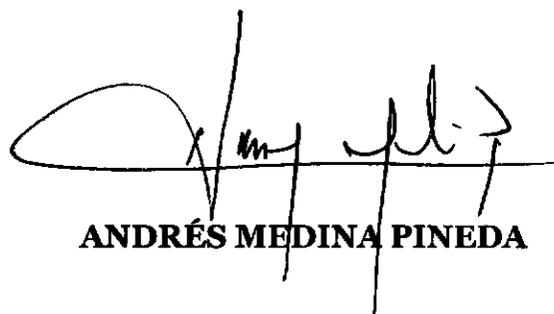
**TERCERO:** Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

**CUARTO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta N° 020/2020

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
**ANDRÉS MEDINA PINEDA**

Siguen las firmas

Siguen las firmas



**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**



**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**