



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 7

Radicación: 76001-33-33-006-2017-00036-00

Acción: Tutela

Accionante: Jeaneth Mendoza Gutiérrez

Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia en el asunto referenciado.

Previo el trámite del proceso previsto en el Decreto 2591 de 1.991, se procede al estudio del expediente en el siguiente orden:

I. ANTECEDENTES

A. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Los supuestos fácticos en los que la parte accionante fundamentó las pretensiones, son los siguientes:

Señala la señora Jeaneth Mendoza Gutiérrez que nació el 21 de julio de 1969 y desde el mes de abril de 1994 está afiliada al Sistema General de Pensiones en el régimen de ahorro individual primero con la AFP PORVENIR y en la actualidad a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS a la cual se traslado de la AFP Colmena /Santander en julio del año 2015 época en la cual laboraba para Telepalmira S.A. E.S.P.

Que el 12 de julio de 2016 solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones su traslado de régimen pensional, esto es, del ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, el cual fue negado por dicha entidad aduciendo inconsistencias en su estado de afiliación, ante ello en la misma calendada interpuso derecho de petición ante la administradora Colpensiones para que materializara su traslado a esa entidad.

Manifiesta que Colpensiones dio respuesta en dos oportunidades, el 21 de julio de 2016 le indicó que existe multifiliación al aparecer en la AFP Colfondos en calidad de afiliada y que su situación será definida con base en los Decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008.

Indica que Colpensiones mediante respuesta del 20 de octubre de 2016 concluyó que estaba afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad razón por la

cual no era procedente registrar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Manifiesta que nunca presentó estado de multifiliación debido a que desde el año 1994 se mantuvo en el régimen de ahorro individual y solicitó por primera vez su traslado de régimen pensional a Colpensiones en julio del año 2016 cuando tenía 46 años 11 meses y 22 días, esto es, antes de cumplirse diez (10) años para llegar a los 57 años de edad que se requiere para obtener su pensión.

Dice que no existen razones legales para que se negara su solicitud de traslado de régimen pensional al no presentarse simultaneidad de afiliaciones en ambos regímenes y por tanto no le son aplicables los Decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008.

Por último manifiesta que si por circunstancia de movilidad entre las anteriores AFP privadas se hubiere generado multifiliación, dicha situación no constituye una causal legal para que se rechazara su solicitud de traslado de régimen pensional.

B. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La parte accionante las concretó así:

Solicitó, la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y en consecuencia se ordene a Colpensiones acepte su traslado y afiliación al régimen de prima media con prestación definida que administra dicha entidad.

C. FUNDAMENTOS NORMATIVOS

Constitución Política artículo 48.

D. TRÁMITE PROCESAL

El orden cronológico mediante el cual se surtió el trámite procesal de este asunto fue el siguiente:

Mediante Auto Interlocutorio N° 77 de 13 de febrero de 2017 se admitió la presente acción de tutela, y en consecuencia, se ordenó notificar por el medio más expedito, al Representante Legal de COLPENSIONES A fin de que en guarda del derecho de defensa que le asiste, y en el término de tres días, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, rindieran un informe documentado relacionado con los hechos alegados en esta acción (Fl. 28), decisión que le fue notificada personalmente (Fl. 29 y 30) ; igualmente, se ordenó vincular en calidad de demandado al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos decisión que le fue notificada personalmente como se observa a folio 34 del cuaderno únicos.

E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA POR LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Señala que conforme a lo establecido en el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela es improcedente cuando existe otro medio de defensa judicial y

que las controversias que se presenten con ocasión del sistema general de seguridad social entre afiliados, beneficiarios, usuarios, empleadores y entidades administradoras deben ser conocidas por la jurisdicción laboral conforme lo establecido en el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo.

Manifiesta que la accionante solicitó ante dicha entidad y la AFP Colfondos el traslado al Régimen de Prima Media para que se determinara por ambas entidades si el mismo resultaba procedente a lo cual dio respuesta el 21 de julio de 2016 con oficio BZ2016_7967074-1733849 indicándole que revisadas las bases de datos de la entidad y del sistema de información de administradoras de fondos de pensiones su afiliación se encuentra en estado de multivinculación.

Arguye que si la actora no está de acuerdo con lo decidido debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para controvertir la decisión y no solicitar su traslado de régimen vía acción de tutela, la cual solo sería procedente ante la ausencia de un mecanismo de defensa judicial.

Dice que no se configuran los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para que, ante la existencia de un perjuicio irremediable, se ampare temporalmente el derecho fundamental pues con los elementos de prueba allegados no se acredita la configuración de tal perjuicio.

Expresa que el principio de libertad de elección de régimen pensional no constituye en sí mismo un derecho fundamental, razón por la cual no es viable la acción de tutela para su protección.

Pide se desestimen las pretensiones de la acción de tutela al no existir responsabilidad por parte de dicha entidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados.

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS

No contestó la demanda de tutela ni presentó el informe que le fue requerido.

F. SÍNTESIS PROBATORIA

Se allegaron los siguientes medios de prueba:

- Copia solicitud de bono pensional por traslado a un fondo de pensiones del día 12 sin especificar mes, año 1995, con logo de cesantías y pensiones Colmena, correspondiente a la accionante. (Fl. 1)
- Extracto de Fondo de Pensiones Obligatorias del 8 de enero de 2016 con logo de Colfondos en el cual se observa cotizaciones realizadas a la cuenta individual de la accionante – fondo de pensiones obligatorias - durante los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2015,. (FL. 2)
- Copia de formato historia laboral para iniciar el proceso de reclamación del bono pensional modalidad uno de fecha 17 de julio d 2013 correspondiente a la actora. (Fl. 3)
- Copia de un folio del formato Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales Liquidación de fecha 5 de mayo de 2016, AFP solicitante COLFONDOS, correspondiente a la accionante.

- Copia de oficio JL53474 sin logo y sin fecha en el cual se indica saldo en pesos \$234.341.511 cotización obligatoria, correspondiente a la accionante (FL. 5 - 6)
- Copia de formato afiliación al sistema general de pensiones con sello de recibido del 12 de julio de 2016 impuesto por Colpensiones, tipo de novedad: traslado de régimen, correspondiente a la accionante. (Fl. 7)
- Copia oficio BZ2016_7949328-1731678 de fecha 12 de julio de 2016 con logo de Colpensiones dirigido a la accionante en el cual se indica que no es procedente dar trámite a su solicitud por cuanto la información consultada indica que se presentan inconsistencias en el estado actual de su afiliación y es necesario adelantar un trámite conjunto entre las administradoras de regímenes para definir el estado real de la misma. (Fl. 8)
- Copia de formato de reclamos y sugerencias recibido por Colpensiones del 12 de julio de 2016 en el cual se interpone petición señalando la accionante que aparece en Colpensiones activo cotizante y en Asofondos indican que la solicitud de traslado a dicha entidad realizado oportunamente el día de hoy es viable, sin embargo no se le dio trámite, por tanto solicita que se establezca en el sistema de Colpensiones estado de afiliación “trasladado” desde la fecha considerando que desde hace varios años está afiliada a Colfondos y el día de hoy radicó su solicitud de traslado pensional. (Fl. 9)
- Copia oficio BZ2016_7956851-1733630 de fecha 12 de julio de 2016 con logo de Colpensiones dirigido a la accionante en el cual se señala que la solicitud radicada como se indica en el asunto de “Estado de multivinculación” se recibió en forma satisfactoria y que se dará traslado al área competente para que se realice el estudio a la solicitud. (Fl. 10)
- Copia oficio BZ2016_7967074-1733846 de fecha 21 de julio de 2016 con logo de Colpensiones dirigido a la accionante en el cual se señala que en respuesta a su petición en la cual solicita que en el sistema de Colpensiones mi estado de afiliación sea traslado, y que consultada la base de datos de Colpensiones y del sistema de información de administradoras de fondos de pensiones – SIAFP presenta multivinculación por tanto realizara comité de multivinculados con la AFP Colfondos, a fin de determinar la administradora a la cual se encuentra válidamente afiliada y una vez se establezca lo anterior se le informara la decisión adoptada. (Fl. 11)
- Copia oficio BZ2016_7964120-2742013 de fecha 20 de octubre de 2016 con logo de Colpensiones dirigido a la accionante en el cual se señala que una vez revisada el estado de vinculación al Sistema General de Pensiones, se determinó que está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad razón por la cual no es procedente realizar su afiliación al régimen de prima medio con prestación definida administrado por Colpensiones. (FL. 12)
- Copia de constancia en la cual se indica que la actora nació el 21 de julio de 1969, suscrita por el Notario Público Principal de la Notaria Primera de Ibagué – Tolima. (Fl. 13)
- Copia de oficio de fecha 11 de septiembre de 1995, sin sello de recibido, dirigido a la AFP Porvenir en el cual informa la actora que ha decidido cambiarse a la Administradora del Fondo de Pensiones Colmena. (Fl. 14)
- Copia de oficio en el cual no se puede observar el día, mes septiembre, año 1995 dirigida a Telepalmira S.A. E.S.P., sin sello de recibido, en el cual informa que ha seleccionado a cesantías y pensiones COLMENA

S.A. por lo que solicita realizar su vinculación ante dicha administradora. (Fl. 15)

- Copia de oficio de fecha 26 de noviembre de 1996 recibido por Porvenir el 13 de enero de 1997, en el cual se informa por la accionante que pese a que se le informó a las Empresas Públicas Municipales de Palmira de su vinculación a PORVENIR depositaron sus aportes pensionales al ISS desde el 27 de julio de 1994 hasta el 31 de agosto de 1995 y que se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones Colmena, en virtud de lo cual pide se trasladen los aportes realizados ustedes y al ISS al Fondo de Pensiones Colmena. (Fl.16)
- Copia de formato certificación de aportes de pensiones de fecha 15 de febrero de 1997, con logo de cesantías y pensiones Colmena en el cual se observa las cotizaciones obligatorias que se le realizaron a la actora durante el periodo comprendido entre septiembre de 1995 a diciembre de 1996, suscrito por la Subgerencia de Producción de dicha entidad. (Fl.17)

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo hasta aquí visto en este proceso, el Despacho encuentra necesario concretar sus posiciones así:

2.1. Finalidad de la acción de tutela.

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela está instaurada para proteger de manera inmediata y eficaz, los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, pero, no puede ser utilizado válidamente para pretender sustituir recursos ordinarios o extraordinarios, tampoco para desplazar o variar los procedimientos de reclamo judicial preestablecidos, ni para revivir con ella términos precluidos o acciones caducadas.

2.2. Problema Jurídico:

Según los hechos planteados en la acción, la controversia estriba en definir si la entidades accionadas, esto es, COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, han vulnerado derechos fundamentales de la accionante al no haber registrado su traslado y afiliación al régimen de prima media con prestación definida bajo los argumentos de estar multiafiliada y posteriormente al indicarse que está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Previo a abordar la solución al caso concreto, se analizará por esta instancia judicial si en la presente acción se cumple con el requisito de subsidiaridad, posteriormente y en caso de agotarse el mismo se estudiarán los siguientes tópicos: (i) Regímenes Pensionales consagrados en la ley 100 de 1993; (ii) Requisitos para trasladarse del régimen de ahorro individual con prestación definida al régimen de prima media con prestación definida, (iii) Procedimiento para solucionar casos de múltiple vinculación a los regímenes pensionales según el Decreto 3995 de octubre 16 de 2008, y (iv) Caso en concreto.

2.3. CUESTIÓN PREVIA – REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela no procede cuando existan otros medios de defensa judicial, según lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, no obstante lo

anterior, esta será procedente cuando el mecanismo legal sea ineficaz o en caso de que se pretenda evitar un perjuicio irremediable¹.

En temas de traslados, como el que nos ocupa, la Corte Constitucional en la sentencia SU 130 de 13 de marzo de 2013, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, abordó el referido aspecto en un proceso en el cual se trató un tema sobre traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de beneficiarios del régimen de transición, concluyendo que los únicos que se pueden trasladar en cualquier tiempo son aquellos beneficiarios del régimen de transición por tiempo, esto es, los que al 1 de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de cotización; para el caso que nos ocupa dicha sentencia es importante pues en ella se estableció que la acción de tutela por regla general no es procedente para tratar de obtener el reconocimiento y pago de prestaciones de carácter pensional por cuanto existen otros mecanismos, sin embargo de manera subsidiaria es posible por este medio decidir, esto cuando se trate de sujetos de especial protección o que se encuentren en condición de debilidad manifiesta por edad, siempre y cuando exista una amenaza de derechos que no puedan ser protegidos por los medios ordinarios y el interesado haya desplegado un mínimo de actuación tendiente a la defensa de sus derechos.

La Corte Constitucional se pronunció nuevamente sobre el principio de la subsidiaridad en la sentencia T – 237 del 30 de abril de 2015, Magistrada Ponente Doctora Martha Victoria SÁCHICA Méndez, al analizar un caso en donde se reiteró jurisprudencia sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de beneficiarios del régimen de transición, en dicha providencia nuevamente se indicó que la acción de tutela es subsidiaria y no procede cuando el interesado tenga otros medios judiciales a su disposición, excepto cuando se trate de personas de especial protección, como son las de la tercera edad, caso en el cual los requisitos de procedibilidad se flexibilizan.

Así las cosas, se pasa a analizar si se cumplen los criterios establecidos por la H. Corte Constitucional para determinar que el requisito de procedibilidad se cumple en el presente proceso.

Al respecto se debe indicar que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial – proceso ordinario laboral – el cual es eficaz para lograr el traslado de régimen pensional que pretende, esto es, del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida.

De otra parte y teniendo en cuenta que la señora Jeaneth Mendoza Gutiérrez cuenta en la actualidad con 47 años de edad, tenemos que no pertenece al grupo de la tercera edad, el cual según la jurisprudencia de la corte constitucional² se conforma con personas que han cumplido 74 años de edad en adelante, por tanto en el presente caso no se cumplen las circunstancias para que proceda el amparo vía tutela del derecho a la seguridad social de la accionante en consideración a la edad.

Ahora bien, no se encuentra acreditado a infolios que la negativa de trasladar a la actora al régimen de prima media con prestación definida administrado por

¹ Constitución Política. Artículo 86. "(...) *Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)*".

² Ver sentencia T – 045 del 11 de febrero de 2015, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

Colpensiones configure un perjuicio irremediable para la accionante, así las cosas se debe declarar improcedente el mecanismo constitucional.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. **RECHAZAR** por improcedente la acción de tutela incoada por la señora Jeaneth Mendoza Gutiérrez contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. **NOTIFÍQUESE** este fallo a los intervinientes por el medio más rápido.
3. si NO fuere impugnada esta providencia, **ENVÍESE** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ