



41

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete
(2017)

Ref. : ACCIÓN DE TUTELA

Seguridad Social como derecho fundamental - Cambio de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual - al parecer - no autorizado por el cotizante que establece una situación particular - Apoyo jurisprudencial en sentencias SU-062 de 2010 y SU 130 de 2013, T-422 de 2011 y T-211 de 2016 de la Corte Constitucional.

Accionante: JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ

Accionadas: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y PORVENIR S.A. *(fusión por absorción entre esta última empresa y AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. desde diciembre 31 de 2013)*¹

Radicación: 85001-33-33-002-2017-00028-00

Procede este operador judicial a dictar la sentencia que corresponda en el asunto de la referencia, una vez concluido el trámite especial establecido en el Decreto 2591 de 1991 que desarrolla el artículo 86 de la Constitución Nacional y recaudados informes de la accionada en lo posible, en razón a que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

OBJETO DE LA DEMANDA

El ciudadano JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ, acude a esta figura de rango constitucional a fin que se ampare y protejan sus derechos fundamentales a la dignidad, debido proceso, igualdad, petición, seguridad social entre otros, que según señala en su escrito han sido conculcados y/o violados por las autoridades accionadas - Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" y Porvenir S.A. - al no resolver en tiempo sus clamores de traslado o continuación en COLPENSIONES, por cuanto nunca solicitó cambio de régimen y siempre ha pertenecido al de prima media con prestación definida.

¹ Fuente Revista Dinero del mes de enero de 2014 de acuerdo a su página de internet.

PRETENSIONES

Conforme a lo que se extrae del escrito de tutela, el objetivo que busca la presente acción es que se amparen los derechos fundamentales a la dignidad, debido proceso, igualdad, petición, seguridad social entre otros, del accionante y en consecuencia se ordene de inmediato que se le tenga como como afiliado siempre al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES y se le excluya de cualquier vínculo con PORVENIR, además ordenar que sus aportes se trasladen a COLPENSIONES.

Para sustentar su solicitud adjunta:

- a. Fotocopia de oficio con el slogan de COLPENSIONES de fecha 23 de enero de 2017 dirigido al señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ, sin firma de funcionario alguno (fl. 5).
- b. Documentos que hacen parte de historial del señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ, entre ellos se verifica formulario de afiliación al sistema general de pensiones, reporte de semanas cotizadas en pensiones certificado por COLPENSIONES y fotocopia de cédula de ciudadanía del hoy accionante (fls. 6 al 21).

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante que siempre ha realizado sus aportes al régimen de prima media con prestación definida y nunca se ha afiliado a Porvenir S.A.

Que COLPENSIONES le informó que sus aportes iban a ser enviados al Fosyga por cuanto según ellos aparecía reportado como cotizante a Porvenir.

Por lo anterior, realizó averiguaciones y se informó que su firma fue falsificada y por ello se hizo el traslado de régimen sin que mediara su voluntad.

Acota que por encontrarse próximo a cumplir 52 años, se le presentarían dificultades para retornar al régimen de prima media con prestación definida, por cuanto COLPENSIONES le

informa que debe subsanar esa falencia y PORVENIR le responde que debe instaurar denuncia penal.

Alude que no hay excusa para ninguna de las dos entidades para que se traslade y seguir ganando tiempo para después del mes de abril imposibilitar su traslado. Dice que lo urgente es trasladarse en este momento a pesar de jamás haber solicitado el cambio de régimen.

ACTUACIÓN PROCESAL

La acción de tutela impetrada por JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ fue recibida en la oficina de servicios judiciales de Yopal el 7 de febrero del corriente año, pero solo entregada a este Juzgado el 9 de ese mes y año, siendo ingresada al día siguiente 10 al Despacho (fls 22 y 23 c.1).

Mediante auto de esa misma fecha que obra a folio 24 del cuaderno principal, se ADMITIÓ la presente demanda en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y por fuero de atracción a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS - AFP PORVENIR REGIONAL - CASANARE, en el mismo auto se le concedió a las partes accionadas un término de tres (3) días para que remitiera copia autentica del expediente administrativo o la documentación donde conste todos los antecedentes que guarden relación directa con lo petitionado por el accionante, al igual para que se manifestaran al respecto de considerarlo pertinente.

La Secretaría del Juzgado al siguiente día hábil (13 de febrero de 2017) procedió a efectuar las respectivas notificaciones por medios electrónicos a las entidades concernidas.

Coadyuvancia:

Con fecha 14 de febrero de 2017 es recibido en la secretaría del Juzgado un memorial en el cual quien funge como defensor público adscrito al registro nacional de la defensoría del pueblo, manifiesta coadyuvar la petición de tutela invocada por el

ciudadano JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ, trayendo a colación la normatividad reguladora en lo referente a posibilidad de traslados de regímenes de pensión. Refiere así que el afiliado se puede pasar de un régimen a otro siempre que haya permanecido como mínimo cinco (5) años en el régimen del cual quiere huir y que el afiliado no podrá cambiar de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad que le da derecho a la pensión.

Concluye señalando que para el caso coadyuvado, se verifica vulneración de los derechos fundamentales del señor DURÁN RAMÍREZ por parte de la accionadas, lo que conllevaría a una afectación grave a sus derechos por la imposición de una restricción que no está contemplada en la norma mencionada; coartando además su libertad de elegir el régimen y fondo de pensiones tanto en la primera vez que se afilia como en las veces que decida cambiarse.

Contestación de Porvenir SA. (fls. 32 y vto.)

A través de funcionaria de dicho Fondo en esta ciudad, se hace presente a este escenario, precisando lo siguiente:

- Que el señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.358.711 presenta vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A.
- Que el día 5 de junio de 2012 el mencionado cotizante radicó escrito de petición ante esa sociedad administradora, relacionado con presunta falsedad en la afiliación al fondo de ahorro individual. De estudio grafológico se evidenció que aparentemente la firma del formulario de solicitud de afiliación no guarda uniprocedencia con la firma registrada por el señor DURÁN RAMÍREZ.
- Posteriormente PORVENIR S.A. procedió a anular la afiliación que se encontraba a nombre de JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ. Realizado lo anterior, se procedió a trasladar los aportes que se encontraban a nombre del mencionado a COLPENSIONES por el proceso de no vinculados.

- Concluye solicitando se vincule a esta acción de tutela a COLPENSIONES entidad a la cual se encuentra válidamente afiliado el señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ y por ende son los encargados de decidir sobre cualquier prestación que éste llegare a solicitar.

Manifestación de Colpensiones: (fls. 34 y 35)

Concorre dentro de la oportunidad procesal pertinente, por intermedio del Vicepresidente Jurídico y Secretario General de dicha administradora de pensiones, manifestando que de acuerdo al artículo 6º del decreto 2591 de 1991 la acción de tutela es improcedente cuando exista otro medio de defensa judicial (jurisdicción ordinaria laboral).

Aduce que de acuerdo a lo manifestado por el accionante en su escrito de tutela, y de evidenciarse la presunta falsificación de su firma, deberá presentar la correspondiente denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, lo que le ha procedido a informar al interesado a través de oficio del 16 de febrero de 2017. Una vez cuente con el fallo respectivo podrá acercarse a radicar los documentos necesarios para emitir respuesta definitiva sobre el estado de su afiliación.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Competencia:

Este operador judicial investido de la función constitucional - para el caso específico - que le otorga la Carta Magna, a través del Despacho judicial es competente para proceder a proferir sentencia dentro de la acción especialísima de la tutela, de

conformidad a lo estipulado en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991, pues la Constitución Política de 1991 instituyó la jurisdicción constitucional en los Jueces de la República; igualmente, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1382 de 2000 y al factor territorial por el lugar donde presuntamente se pudieren estar poniendo en peligro, amenazando o quizás vulnerando derechos fundamentales.

Procedibilidad de la Acción de Tutela:

La Constitución Política de 1991 que cuenta entre sus grandes aportes la institución de la tutela o amparo a derechos fundamentales, – opinión de especialistas en derecho constitucional que este administrador judicial comparte como un todo - que en sentido estricto es un derecho subjetivo público de la persona o individuo, un mecanismo excepcional diseñado en hora buena por el constituyente del 91 para amparar y proteger los derechos fundamentales, cuando estos pudieren ser puestos en peligro, o efectivamente violados, amenazados o desconocidos por alguna autoridad o por un particular que tenga la obligación de prestar el servicio público, y especialmente para evitar que las personas encargadas de prestarlos no abusen de los particulares que se ven obligados a acudir a esas entidades en procura de un servicio urgente.

Sin embargo, transcurridos más de 25 años de la puesta en marcha de esta útil herramienta se ha decantado de manera paulatina el abuso de esa figura principalísima, utilizándose equivocadamente para defender derechos económicos de grandes emporios, terratenientes y empresas multinacionales que sin asomo de escrúpulos han intentado por intermedio de esta noble figura lograr objetivos que no alcanzaron a través de otros medios jurídicos dispuestos para ello, intentando de esta forma esquivar y dejar de lado los fines altruistas que buscó el constituyente, aunado a la aquiescencia de algunos servidores a favor de grandes empresas y otras de similar corte, sacrificando de paso en no pocas ocasiones derechos de trabajadores, campesinos despojados de sus tierras, pequeñas minorías, indígenas, comunidad afrodescendiente y en general personas del común. Lo anterior, ha dado pie a posiciones extremas de voces que sin sonrojarse piden acabar y/o modificar tan especial

instrumento jurídico, sin valorar los grandes beneficios que le ha prestado al conglomerado social en especial de las clases menos favorecidas que han visto en él una tabla de salvación a situaciones en las cuales se ha visto comprometido hasta el don más preciado de la vida. Una aspiración de difícil tránsito ante los estamentos gubernamentales de hacienda nacional que han propuesto muchos servidores judiciales ha sido la creación de la jurisdicción constitucional a la que se le establezcan facultades especiales para adelantar y fallar todas las acciones de dicha estirpe y que tuvieran connotaciones especializadas en tal materia, que pudiere afianzar aún más esta práctica como herramienta de amparo y solución a problemas mediáticos y que contribuyera de alguna forma a la descongestión de los Despachos judiciales y consecuentemente una pronta solución de futuros litigios.

Ha reiterado en pronunciamientos anteriores este Despacho que esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: *la subsidiariedad y la inmediatez*; el primero por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y, el segundo, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponerla en guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

Legitimación por activa:

El artículo 86 de la Carta Política establece que las personas pueden interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia T-1020 de 30 de octubre de 2003, indicó que: "la acción de tutela es un medio de defensa que se encuentra al alcance de todas las personas

"nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, (...) independientemente de si es ciudadano o no. De manera que pueden interponerla los nacionales, los extranjeros, los que se encuentran privados de su libertad, los indígenas e inclusive los menores de edad. No hay diferenciación por aspectos tales como raza, sexo o condición social, lo que indica que todo ser humano que se halle en territorio colombiano puede ejercer la acción, o, en el evento en que no se encuentre allí, cuando la autoridad o particular con cuya acción u omisión se vulnera el derecho fundamental se halle en Colombia".

En consecuencia, el accionante JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ se encuentra habilitado para interponer esta clase de medio de control constitucional especial.

Legitimación por pasiva:

La Administradora Colombiana de Pensiones "COLPENSIONES", en calidad de autoridad pública que reemplazó en asuntos pensionales al otrora ISS, y la persona jurídica privada "PORVENIR S.A." (que absorbió por fusión a AFP Horizonte Pensiones y Cesantías) están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

Problema planteado:

Conocido el caso que se ha expuesto para resolver el problema constitucional, surge el siguiente interrogante ¿las accionadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y/o FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS "PORVENIR S.A." vulneran derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, dignidad humana u otros del accionante, al entrarse en una discusión de tipo administrativo sin resolver de fondo la situación del cotizante al sistema

A fin de dilucidar solucionar desde el plano constitucional el problema jurídico planteado, este funcionario actuando como Juez de constitucionalidad se apoyará en jurisprudencia de la máxima guardiana de la Carta política, en torno a la situación que se le plantea, con énfasis especial en la Sentencias SU-062 de 2010, SU-130 de 2013, T-422 de 2011 y T-211 de 2016.

DERECHOS INVOCADOS Y JURISPRUDENCIA APLICABLE

El accionante solicita a este operador judicial que le proteja una serie de derechos presuntamente quebrantados que están constitucionalmente protegidos algunos y jurisprudencialmente a través del tiempo durante los últimos años han sido reconocidos como fundamentales; así: a la seguridad social (48), a la vida en condiciones dignas, a la igualdad (13), debido proceso (art. 29) y petición (23) entre otros.

La Corte Constitucional ha reconocido la misma naturaleza y protección a la *dignidad personal*, en conexión con el derecho a la vida (Art. 11 CP), cuyo reconocimiento como derecho inherente a la persona es del derecho interno y se encuentra protegido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por ello, en la perspectiva meramente formal, la acción es procedente, está encausada y se encamina a establecer si efectivamente dichos derechos, de estirpe constitucional fundamental, han sido conculcados o están amenazados por las actuaciones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y/o PORVENIR S.A.

La jurisprudencia constitucional² ha señalado, de manera reiterada y uniforme que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias que surgen en el desarrollo de las actuaciones administrativas, toda vez que la competencia en estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de este tipo de procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad.

² Por ejemplo Sentencia T-957 del 16 de diciembre de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sin embargo, excepcionalmente, es posible tramitar conflictos derivados de actuaciones administrativas por vía de la acción de tutela, bien sea porque se acredite la amenaza de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo transitorio, o porque se establece que los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son ineficaces para la protección del derecho a la luz de las circunstancias de cada caso en particular, evento en el que opera como mecanismo definitivo; ha ilustrado desde hace varios años la máxima Corte lo siguiente:

“3. Improcedencia general de la acción de tutela para protección de derechos prestacionales

En principio –ha sostenido esta Corte en múltiples oportunidades- la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales, particularmente en materia de pensiones³.

Según lo ha precisado la Corte, por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal, la competencia prevalente para resolver este tipo de conflictos ha sido asignada por el ordenamiento jurídico a la justicia laboral o contenciosa administrativa según el caso, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, en caso de que se logre demostrar su amenaza o violación.

Sin embargo, la Corte ha reconocido que la regla que excluye la acción de tutela como mecanismo idóneo en la declaración de los derechos prestacionales tampoco es absoluta. De manera excepcional es posible que el juez de tutela intervenga en el reconocimiento de esta clase de derechos, no sólo cuando se ejerce como mecanismo transitorio, caso en el cual es necesario demostrar la existencia de un perjuicio irremediable, sino también cuando el medio judicial ordinario es ineficaz o no es lo suficientemente expedito para brindar una protección inmediata, circunstancias que deben ser valoradas por el juez constitucional en cada caso particular.

En síntesis, se puede indicar que en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela es, por regla general, improcedente para ordenar el reconocimiento de una pensión. Sin embargo, de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si: (i) el medio de defensa ordinario es eficaz e idóneo y existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; en este caso se otorga el amparo como mecanismo transitorio, mientras la jurisdicción ordinaria adopta la decisión correspondiente; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar y estos son sujetos de especial protección constitucional; y, (iii) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho

³ Ver Sentencias T-877 y 008 de 2006, entre otras.

*pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria.*⁴

Respecto a la seguridad social como derecho fundamental factible de ser protegido mediante la acción de tutela, en asuntos relacionados con la protección a las personas cuando la vejez le produce disminución de su producción, ha señalado la Corte Constitucional⁵:

“La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela

4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”⁶.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social⁷. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene

⁴ Corte Constitucional, Sala 1ª, sentencia T-411 de 2008, J. Araujo.

⁵ Corte Constitucional SU-062 de 2010.

⁶ Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: “26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social”, sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término “seguro social” quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio N° 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio N° 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

⁷ (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de vejez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral lo que les dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna⁸.

La sentencia C-1024 de 2004, explicó:

“La Corte ha manifestado que el derecho a la libre elección de los usuarios, cotizantes o afiliados, resulta vulnerado en su núcleo esencial cuando se obliga, impone o exige la afiliación obligatoria a una entidad prestadora de la seguridad social o Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, en aras de contribuir al logro de un principio o fin constitucional, sin que por ello se obtenga al menos un beneficio personal directo o mediato en quien debe soportar dicha carga.

- Las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Finalmente, dicha Corporación en Sentencia T-422 de 2011 realiza una confrontación por aparente múltiple vinculación de un cotizante campesino, estableciendo así la favorabilidad al usuario señalando:

“El artículo 2º^[21] del Decreto 3800 de 2003 establece que cuando un afiliado se encuentre en situación de múltiple vinculación y no manifieste a cuál de los dos regímenes elige pertenecer, “se entenderán vinculadas a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha”. Consecuentemente con lo anterior, Skandia Pensiones y Cesantías manifestó que cuando se hizo el cruce masivo de información por múltiple vinculación^[22] con el Seguro Social, “se determinó que el actor se encontraba válidamente afiliado a éste último”.^[23] Según la historia laboral expedida por el ISS el señor Hernández estuvo afiliado al ISS con anterioridad a febrero de 1996; el 16 de octubre de 2007 y los períodos aportados a AFP Skandia fueron contabilizados por el ISS

⁸ Sentencia T-284-07.

en la resolución N° 03055 de 28 de julio de 2010 que negó la pensión de vejez.

22. Con base en lo anterior la Sala deduce que el actor nunca fue desafiliado materialmente del régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales y por ello acogerá la pretensión del actor, pero no en el sentido de declarar la nulidad de la afiliación porque ésta nunca existió, sino declarando que la única afiliación válida al régimen de pensiones ha sido la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Por considerar suficiente la razón anterior, la Sala no encuentra necesario dilucidar si al momento de firmar el formulario de afiliación con la AFP Skandia al régimen de ahorro individual con solidaridad, se presentó algún vicio del consentimiento o al menos fuerza moral que haya podido viciarlo; lo anterior se afirma por la sensación que puede tener un campesino sin mayor preparación académica, al momento de celebrar un contrato de trabajo, de lo que podría ocurrir si no llegara a firmar la documentación que le presentan y por la ausencia de espontaneidad en la suscripción del formulario.

Por ello la Sala declarará que el actor sólo ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida y en consecuencia no ha dejado de pertenecer al régimen de transición porque al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía 46 años. Por consecuencia revocará el fallo proferido el 7 de diciembre de 2010, por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, mediante el cual fue confirmada la sentencia del 26 de octubre de 2010 proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C. mediante la cual la acción de tutela fue declarada improcedente, y en su lugar se concederá el amparo del derecho fundamental a la Seguridad Social de Luis Ernesto Hernández. Igualmente dejará sin efectos la resolución N° 03055 de 28 de julio de 2010 y ordenará al Instituto de Seguros Sociales que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia reconozca y pague la pensión de vejez de Luis Ernesto Hernández, desde el 12 de septiembre de 2007, conforme a lo dispuesto por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incluyendo el derecho a la indexación de la misma desde tal fecha.

APLICACIÓN AL CASO CONCRETO:

Vistos los anteriores planteamientos Jurisprudenciales y ubicándonos dentro del contexto propio del caso en estudio, este operador judicial deberá determinar si de las actuaciones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y PORVENIR S.A. (que fusiona por absorción a AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., desde diciembre 31 de 2013) se desprende violación, amenaza o vulneración a los derechos alegados por el accionante JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ, en cuanto a la situación que le mantiene en el limbo al no

aceptar COLPENSIONES que continúe cotizando allí, exigiéndole resultados de un proceso penal por presunta comisión falsedad en documento.

De la documentación allegada (a la que debe dársele credibilidad mientras no se demuestre ser falaz o apócrifa, pues no ha tenido tacha ni contención alguna por parte de las accionadas) se establece que el accionante ha cotizado para el antiguo Seguro Social en el régimen de prima media con prestación definida desde el año de 1995, sin embargo al solicitar una información a COLPENSIONES se le informa que sus aportes serán enviados al FOSYGA por cuanto aparece como cotizante en PORVENIR S.A., en razón de lo anterior, comienza un cruce de oficios con ambas empresas para establecer que al parecer por una presunta falsificación de firma apareció en la base de datos de la última de estas.

PORVENIR S.A. al momento de contestar la tutela es enfática en mencionar que el 5 de junio de 2012 le fue radicada allí solicitud o petición referente a la presunta falsificación de firma de cotizante de un formulario de afiliación, procediendo posteriormente a anular la inscripción o afiliación del señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ y seguidamente dispuso el traslado de los aportes de dicho señor a COLPENSIONES en el proceso no vinculados, por lo cual considera que el mencionado ciudadano se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, solicitando se le vincule a este proceso Constitucional.

Ahora bien, bajo dicho panorama y aplicando los criterios y/o lineamientos expuestos en los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en casos de similar corte y textura, se advierte que para el caso sub examine, en primer a medida se avizora que el demandante ha intentado por todos los medios posibles se le solucione en sede administrativa el inconveniente, lo que no ha sido posible en el transcurrir del tiempo y su temor se encuentra fundado en que una vez le falten los diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a una pensión de vejez (literal e del artículo 2º de la ley 797 de 2003 que modificó el art. 13 de la ley 100 de 1993), pudieren tener un argumento legal más sólido para no remediar su situación.

Conforme a las probanzas arrimadas al expediente dentro del término perentorio, se infiere que por una situación particular (al parecer de un empleado o contratista de Porvenir S.A., lo que se debe establecer en otro escenario), el señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ apareció como candidato a cambiarse del régimen de prima media con prestación definida en el antiguo Seguro Social al de ahorro individual con Porvenir S.A., pero sin haber dado su consciente voluntad; por lo tanto, una vez COLPENSIONES le informa que sus aporte serán enviados al FOSYGA por posible vinculación al nuevo sistema, éste se alerta y pone en conocimiento que nunca ha dado consentimiento para dicho traslado; en consecuencia ante la insistencia ante PORVENIR S.A. esta sociedad decide anular la presunta afiliación, dejando entonces las cosas en su estado anterior, vale decir que nunca se ha desafiliado del régimen de prima media con prestación definida que hoy administra COLPENSIONES.

Para este operador judicial investido de facultades constitucionales para el caso específico, no es de recibo el argumento o solución que le extiende COLPENSIONES, en el sentido que debe esperar a las resultas de un proceso penal para que de acuerdo a un fallo de dicha jurisdicción, ahí si tomar la decisión a seguir. Para nadie es un secreto que las investigaciones penales pueden demorar años o décadas sin que se resuelvan, con la posibilidad que culminen en preclusiones o inhibitorios, quedando el usuario a la espera de resultas que se le hacen eternas y por lo tanto, en lo posible debe evitarse someter a la persona a dichos engorrosos menesteres.

En conclusión se acogerá la solicitud procediendo a tutelar los derechos fundamentales del accionante que en este caso se amenazan (seguridad social, debido proceso, igualdad, dignidad humana), de contera se declarará por este Despacho judicial que la única afiliación válida al régimen de pensiones ha sido la de prima media con prestación definida que hoy día administra COLPENSIONES.

Por todo lo anteriormente razonado, se declarará por este operador judicial que el señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ solo ha pertenecido al régimen de prima media con prestación definida, dejando sin efecto cualquier manifestación en contrario y se ordenará a COLPENSIONES que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a

regularizar la situación del señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ en sus bases de datos, como cotizante vigente de dicha administradora de pensiones, durante el término que ha cotizado para pensión de vejez y que no ha sufrido desafiliación alguna a otro régimen.

De acuerdo a lo analizado no hay lugar a establecer orden alguna a PORVENIR S.A. pues manifestó su posición y decidió en su momento anular una afiliación realizada a nombre de DURÁN RAMÍREZ por presunta irregularidad, quedando sin efecto cualquier participación al respecto

Otras determinaciones:

Ante los hechos puestos en conocimiento dentro del presente expediente constitucional, se establece la presunta comisión del punible de falsedad en documento; por lo anterior, a pesar del tiempo transcurrido, se compulsarán copias del encuadernamiento a la Fiscalía General de la Nación – Fiscalía Seccional (reparto) Delegada ante los Jueces del Circuito de Yopal, para que se investigue penalmente a presuntos responsables.

Costas:

No procederán costas, atendiendo los antecedentes y los resultados de la acción.

Conforme a lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal Casanare, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política de Colombia,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos a la seguridad social, igualdad, debido proceso y dignidad humana del señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a regularizar la situación del señor JORGE EDUARDO DURÁN RAMÍREZ en sus bases de datos, como cotizante vigente de dicha administradora de pensiones, durante el término que ha cotizado para pensión de vejez y que no ha sufrido desafiliación alguna a otro régimen, disponiendo además que todos sus aportes reposen en COLPENSIONES.

TERCERO: Por Secretaría procédase a lo dispuesto en "otras determinaciones" concerniente en la compulsión de copias para ante la Fiscalía Seccional (REPARTO) Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Yopal, para que se investigue penalmente a presuntos responsables, por la presunta comisión del punible de falsedad en documento.

CUARTO: Por Secretaria del Despacho en forma inmediata líbrense las comunicaciones para notificar la decisión por la vía más expedita, remitiendo copia de esta providencia a los representantes legales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

QUINTO: Comuníquese al accionante y al señor agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho judicial.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Si esta providencia no fuere impugnada, sin perjuicio de su inmediato cumplimiento, remítase en el momento oportuno a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Se termina y firma siendo las 5:00 P.M.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez

