República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., Dieciocho (18) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA – RAD. No.110013103003**2021**00**093**00

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela formulada por **WHATFA ABDALA MARTINEZ** a través de apoderado judicial contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS "PROTECCIÓN".** Trámite al que se vinculó a la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE ADMINISTRADORES DE FONDO DE PENSIONES,** al **MINISTERIO DE TRABAJO,** la **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA,** como a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**[1].

1. ANTECEDENTES

1.1. La pretensión

1.1.1. El extremo accionante solicitó, el amparo a sus derechos fundamentales a la *vida, salud, mínimo vital, debido proceso, seguridad social en pensión* y al de *petición*, que considera vulnerados por parte de las entidades accionadas.

1.1.2. Como pretensiones solicita se emita orden tutelar a PROTECCION y COLPENSIONES, para que procedan a: (i) aclarar que la accionante no ha sido ni está pensionada, (ii) se declare la NULIDAD del traslado al fondo privado y se permita retrotaer el traslado del fondo privado y efectuar el mismo del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

1.2. Los hechos

1.2.1. Indica, que la activante tiene 54 años y era cotizante del ISS donde tenía más de 200 semanas cotizadas y no cumplía requisitos de régimen de transición del art.36 de la Ley 100, siendo consciente que su régimen pensional es el de la citada ley 100 de 1993.

1.2.2 Señala que, llevada e influida por engaños y sin recibir doble asesoría, se trasladó al régimen privado de COLFONDOS - hoy PROTECCIÓN, afiliación efectuada en el año 2007, considerando aquel como precedido de un vicio del consentimiento y, confiando en promesas que hoy considera como engañosas y falsas por parte del delegado del fondo privado en mención.

1.2.3 Relata, sin empleo y necesitada, emigra al país de Canadá desde y donde en enero de 2019 esperanzada en cumplir requisitos para pensionarse, encarga a un familiar para efectuar trámites ante PROTECCIÓN, enterándose así, que aquel le tenía proyectado reconocerle una "pensión anticipada", la cual no aceptó y que afirma nunca le fue notificada, por la supuesta prestación social que reconocería de $982.000, siendo gravosa esa situación pensional, porque al trasladarse se le informa que podía pensionarse cuando lo deseara sin importar edad alguna y que le resultaba más beneficioso, donde su pensión sería económicamente superior a la que le podría corresponderle en el régimen de prima media, ventajas entre otras que afirma le hicieron ver y que no son reales, considerando con ello que fue inducida a error; además de la coacción que en su momento dice se produjo por quien era su empleador, para ese traslado y, ante su temor de perder el empleo lo que aconteció a partir del año 1999, entre otros relatos que exhibe sucedieron para la época.

1.2.4 Exterioriza que se le hizo ver que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, tenía como premisa el capital y, que no tuvo la oportunidad de retracto del traslado y, por lo que expresa, cumple con el requisito de equivalencia del ahorro,

[1] Criterio de vinculación del Despacho en todas las actuaciones constitucionales a partir de la Pandemia generada por el Covid-19.

registrando según certificación que le fue entregada, 1.335,86 semanas cotizadas con valor de $242´912.466, distribuidas así: COLPENSIONES: 413,43 y AFP: 922,44, considerando que la proyección realizada de $982.000 y con residencia en el exterior, ese valor no le alcanza a costear gastos para mantener una vida digna, al menos su salud y mínimo vital, suma que convertida en dólares representa la suma de 220 USD, haciéndose más compleja y critica su situación debido a que ha sido diagnosticada con CANCER DE MAMA BILATERAL y por ende presentar temor de riesgo de su vida y soportar los costos que demanda dicha patología maligna que son demasiado costosos en el país donde reside, además por cuanto y conforme calculo actuarial que consultó, le faltarían 3 años para pensionarse en COLPENSIONES y por monto de $3.218.266, aspecto vital para que se realice su pronto traslado de régimen pensional.

1.2.5 Señala, que conforme a la Ley 1748 y el Decreto 2071 de 2015, como su traslado se efectúo con anterioridad a la entrada en vigencia de esas normas, PROTECCION no está obligada a dejar registro escrito de proyecciones pensionales realizadas y, por lo cual, le elevó derecho de petición, quien niega su solicitud y pretende hacerle un reconocimiento de pensión anticipada que nunca le notificó y, que lo mismo realizó COLPENSIONES, quien no le permite el trasladado de régimen según comunicación del 7 de enero de 2021, por cuanto según sus bases de datos y la de la Asociación Colombiana de AFP´s, evidenció que la accionante se encontraba pensionada no siendo posible activar ninguna afiliación, asunto que indica no corresponde a la verdad porque la señora MARTINEZ no ha sido ni está pensionada por ningún fondo privado, por lo cual reitera la solicitud a COLPENSIONES, sin que a la fecha de promover la tutela se le haya emitido respuesta.

1.3. El **trámite de la instancia**

1.3.1 En auto del 9 de Marzo de 2021, se asumió el conocimiento de la acción y se ordenó la notificación de los entes accionados COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.; así mismo, se dispuso la vinculación de las entidades que allí se reseñan en su numeral segundo como de la Procuraduría General de la Nación; para que se manifestaran sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la presente acción y ejercieran el derecho de defensa que les asiste, también por mencionarse en el escrito de tutela y/o para evitar nulidades en el trámite del presente asunto a efectos de que emitieran su concepto frente a la situación expuesta en el presente asunto.

1.3.2 La vinculada **SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA,** a través del Coordinador Grupo Contencioso Administrativo, en comunicado con radicación 2021056572-001-000, señala que revisado su sistema de gestión documental – SOLIP, no encontró queja o reclamación alguna formulada por parte de la señora Abdala Martínez y/o su apoderado judicial respecto de los mismos hechos que se narran en la demanda de tutela y, luego realiza exposición acerca de las funciones que tiene a su cargo mostrando el marco normativo que las comprende, donde entre otros, señala que si bien las accionadas son entidades vigiladas por este Organismo, por regla general, en sus actuaciones administrativas, no se vigilan los actos particulares, ni los incumplimientos contractuales de las partes involucradas, por tanto, las inconformidades que se presenten respecto a este tipo de temas, deberán ser ventiladas a través del proceso respectivo y ante la autoridad judicial competente.

Presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto indica, no existe vulneración, ni relación alguna por parte de esta Entidad con los intereses que se discuten dentro de la acción constitucional, ni tener a su cargo obligaciones jurídicas como las exigibles respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley o el contrato a responder por ellas; peticionando que como no hay pretensión alguna dirigida contra esta Superintendencia, se realice su DESVINCULACIÓN.

1.3.3 De su parte, el **MINISTERIO DEL TRABAJO**, se manifiesta a través se Asesora

de la Oficina Asesora Jurídica y quien para pronunciarse anota solicitó apoyo e la Subdirectora de Pensiones Contributivas, donde después de hacer alusión a los hechos de la tutela, como fundamento de la defensa, arguye una Falta de Legitimación por Pasiva de este Ministerio, al señalar no ser superior jerárquico ni del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÒN S.A., ni de COLPENSIONES, toda vez que se trata de entidades autónomas e independientes a ésta Cartera Ministerial y por lo cual carece de la competencia o la facultad de impartir instrucciones al respecto, ni ordenar el traslado de regímenes o declarar la nulidad del traslado de régimen de conformidad con lo establecido en el Decreto 4108 de 2011 y jurisprudencia del Consejo de Estado de cuyos apartes cita para soportar su exposición motiva.

Exhibe, teniendo en cuenta que la accionante pretende, el traslado de régimen pensional, no es el Juez de tutela quien pueda determinar tal derecho, permitiéndose excepcionalmente sustraerse a los trámites regulares para evitar un perjuicio irremediable que ponga en peligro derechos tales como la vida, y sólo mientras se resuelve en forma definitiva el asunto por el juez común, pero frente al asunto que aquí se debate, no se vislumbra un perjuicio de esa naturaleza, lo que apoya en la jurisprudencia cuyo texto cita (T-625 del 1 de julio de 2004), para hacer ver la IMPROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA y, a manera de concepto del caso particular, indica con a advertencia que lo es a fin de contribuir en el estudio sin que tenga injerencia o competencia frente al mismo, lo siguiente:

"*De conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber:*
a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.
b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

El Literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone: "La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado (...)

Igualmente, el Literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, señala:

"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"

De acuerdo con las normas anteriormente señaladas, el afiliado tiene la libertad de escoger el régimen pensional al cual desea afiliarse, después de dicha elección debe permanecer en dicho sistema al menos 5 años y podrá trasladarse de régimen mientras no le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez."

Bajo ese soporte normativo, concluye que son las Administradoras de Pensiones las competentes para decidir si procede o no el traslado de régimen pretendido por la accionante, aspectos bajo los cuales solicita se desvincule a esta Cartera Ministerial de la presente acción constitucional, por falta de legitimación por pasiva y se niegue la acción por improcedente.

1.3.4 La convocada COLPENSIONES, responde la acción por intermedio de su Directora de Acciones Constitucionales, quien conforme a certificación que adjunta a su escrito, indica que rinde informe, para señalar en acápite denominado antecedentes, que la señora WHATFA ABDALA MARTINEZ se trasladó al RAIS según su registro histórico el 18 de febrero 1999, ahora, la accionante pretende reingresar a Régimen de Prima Media vía tutela, y de hecho se evidencia solicitud del 12 de enero del 2021en el radicado: 2021_238225, que fue atendida con el oficio del 13 de enero del 2021, del que anexa copia.

Afirma, Colpensiones ha obrado diligentemente frente a la solicitud presentada por la ciudadana respecto del traslado de régimen solicitad y, resalta que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo,

toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

Como argumentos de su posición frente a esta acción de amparo, destaca aspectos normativos (entre ellos, art.13 literal e) de la Ley 100 de 1993, modificado por el art.2 de la Ley 797 de 2003) y jurisprudenciales (SU 602 de 2010, C-789 de 2002, C-1024 de 2004), art sobre el carácter subsidiario en materia de traslado de régimen vía tutela, para el caso arguyendo que la Corte Constitucional en sentencia-482 de 2015 ha previsto la protección tutelar transitoria frente a la existencia de un perjuicio irremediable, que no es el caso de la señora WHATFA ABDALA MARTINEZ, ya que esta clase de protección temporal tiene condicionada su procedencia a la concurrencia de los requisitos que indica esa providencia y que transcribe, para con ello hacer ver que se torna improcedente la acción y bajo lo cual solicita se DENIGUE el amparo por ser las pretensiones abiertamente improcedentes al no cumplirse en este asunto el requisito de procedibilidad y estar demostrado que Colpensiones no ha vulnerado derechos reclamados por la accionante y estar actuando conforme a derecho.

1.3.5 El accionado **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y las vinculadas **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE ADMINISTRADORES DE FONDO DE PENSIONES** y **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, ha de decirse, guardaron prudente conducta silente durante el término del traslado otorgado (ver constancia de secretaria sobre su notificación en el pdf.04 de exp. digital).

2. CONSIDERACIONES

2.1 En virtud de lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000 y, el Decreto 1983 de 2017, reglamentarios de la acción constitucional en estudio, este Despacho es competente para conocer la acción de tutela formulada; amén del precedente jurisprudencial emanado de la H. Corte Constitucional sobre la materia[2].

2.2 La acción de tutela es una herramienta que busca la protección inmediata de las garantías de las personas ante la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares. Este mecanismo constitucional es, de igual forma, excepcional, pues solamente puede ser ejercido con prontitud y ante la inexistencia de algún otro medio de defensa judicial y, debe recordarse que el amparo constitucional se caracteriza por la prevalencia del principio de la subsidiariedad, ya que sólo procede ante la ausencia de un instrumento jurídico eficaz para la defensa oportuna del derecho objeto de violación o amenaza; por lo tanto, no puede considerársele como un mecanismo alternativo o adicional del presunto afectado con la vulneración, pues su finalidad no consiste en reemplazar los trámites establecidos por el legislador para la protección de los derechos de los ciudadanos.

En torno a la procedencia de la acción de tutela, para acceder a dirimir asuntos de connotación *administrativa, laboral o prestacional* y, bajo el enunciado *principio de subsidiariedad* que rige a esta acción de amparo, es bien conocido el precedente jurisprudencial constitucional acerca de su *procedencia excepcional,* toda vez que la *regla general*, es su *improcedencia*. En síntesis, de acuerdo con el requisito de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo a los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley, debido a que esos derechos legales pueden ser protegidos por la jurisdicción (ordinaria laboral o de lo contencioso administrativo, según el caso).

2.3 En cuanto a los derechos fundamentales reclamados en la constitucional formulada, es preciso resaltar que no es dable ahondar en el tema respecto de los diversos invocados en la misma, por cuanto esta Juzgadora por economía procesal y debido al trámite preferente, sumario y expedito de esta clase de acciones, no

[2] Véase entre otros, el Auto No.124 de 25 de marzo de 2009 proferido por la mencionada corporación relacionado con la competencia en tutela que no es dable de confundirse con las reglas de reparto de esta clase de acciones.

estima necesario hacer una reproducción acerca del precedente jurisprudencial que se tiene acerca de los mismos, debido a que tanto su núcleo esencial como las demás características, se encuentran ampliamente decantadas por nuestra H. Corte Constitucional y es la razón por la cual se aprecia como redundante hacer una transcripción de lo por ella pregonado en su jurisprudencia[3], por lo cual seguidamente se hará un miramiento sucinto frente al *derecho a los de seguridad social, mínimo vital y de petición,* que de forma principal se avizoran en la queja constitucional formulada.

Conocido se tiene que la *seguridad social,* es considerada un servicio público obligatorio, cuya dirección, control y coordinación corresponden al Estado y, así a manera de concepto se tiene que aquella "*hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas, por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo*."[4]

El derecho al Mínimo Vital cuyo alcance y contenido ha sido desarrollado por la H. Corte Constitucional, quien en compendio ha enseñado las siguientes reglas constitucionales acerca de este derecho: "*(i) es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona; (ii) como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de manera más cómoda; y (iii) en materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas pensionales, sino también por el pago incompleto de la pensión, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional",* del que igualmente ha pregonado la enunciada Corporación, que resulta vulnerado entre otros, por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las prestaciones económicas propias del SGSS, por lo cual se han fijado reglas generales para determinar qué requisitos se deben comprobar para acreditar la vulneración del mínimo vital, así: "*(i) si el salario o mesada afectada es el ingreso exclusivo del trabajador o del pensionado o si existen ingresos adicionales estos serían insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas; y (ii) si la falta de pago de la prestación genera para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivado de un hecho injustificado, inminente y grave*".[5]

En cuanto al derecho fundamental *de petición*, podemos destacar que la H. Corte Constitucional ha decantado la procedencia de la tutela para la protección del derecho fundamental en estudio, y así de manera general, el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el canon 1º de la Ley 1755 de 2015[6], y el cual se acompasa con lo previsto en la norma 23 Superior, lo ha definido como el que tiene toda persona para presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular, con miras a obtener una pronta resolución, advirtiéndose, además, por vía jurisprudencial que a diferencia de los términos o procedimientos judiciales, esta protección fundamental es una vía expedita de acceso directo a las autoridades, y aunque su objetivo no incluye la exigencia de una resolución en un sentido determinado, sí intima para que exista un pronunciamiento oportuno y concreto frente a la reclamación que se invoca.

De otro lado, conforme lo establece el artículo 14 del CPACA, modificado por la Ley 1755 de 2015, salvo norma especial, las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Así mismo, y conforme al parágrafo de dicho canon normativo, en caso de no resolverse la petición

[3] La cual dada las facilidades de medios electrónicos con que se cuenta en la actualidad, su consulta podrá efectuarse en la página web -oficial de la Relatoría de la H. Corte Constitucional que la mencionada Corporación tiene a disposición de la ciudadanía.
[4] C.C. Sentencia de Tutela T-690 de 2014
[5] T-039 de 2017, Mag. P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, donde se efectúa línea de precedente jurisprudencial en la que cita entre otras, las Sentencias: T-426 de 1992, T-081 de 1997, SU-995 de 1999, T-827 de 2004, T-053 de 2014 y T-147 de 2016
[6] Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

dentro del lapso citado "*la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado (...)*".

Y es que, no puede pasarse por alto diversos tiempos otorgados según la clase de solicitud, esto es, conforme y lo señala la Ley en comento, recordemos que en tratándose de derechos de petición, *existen unas reglas generales según las distintas modalidades de peticiones (*general o particular, de información, de documentación, entre otros), estableciendo así que la *entidad a quien se le ha elevado un derecho de petición, cuenta con tiempo perentorio para dar respuesta dependiendo de lo solicitado* y, que estará sometida a término especial la resolución de algunas peticiones, advirtiéndose que *cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos señalados por la norma en comento, se debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto*[7]; tiempo que hoy día ante la coyuntura que registra el país por la emergencia sanitaria, económica, social y ecológica suscitada por el virus COVID-19 fue modificado (para ampliarlo) conforme y lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Nacional 491 del 28 de Marzo de 2020[8].

2.4. Descendiendo al asunto que ocupa el interés del Despacho, se tiene como problema jurídico a resolver, determinar si el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION y la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, vulneraron los derechos fundamentales de los que reclama amparo constitucional la parte accionante acorde a sus argumentos y, si es la vía de la tutela el medio idóneo para acceder a su pretensión de emitir orden para que se declare la nulidad del traslado al fondo privado y a efectos de que se le permita retrotaer dicho acto como pasar o retornar del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Bajo el tema objeto de análisis, es pertinente recordar que el artículo 48 de la Constitución Política, es la norma Superior que desarrolla el Sistema General de Salud y Pensiones[9]; es así como en virtud de la Ley 100 de 1993[10], el sistema de pensiones en Colombia está constituido por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: (**i)** el régimen de prima media con prestación definida y (**ii**) el régimen de ahorro individual con solidaridad. En consideración del artículo 13 de dicha Ley, de manera general, el sistema en comento se caracteriza por la afiliación obligatoria para trabajadores dependientes e independientes; la elección libre y voluntaria de uno cualquiera de los regímenes indicados y la posibilidad de traslado entre ellos; el reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes; y el deber de los trabajadores y empleadores de efectuar sus aportes.

Colofón de lo anterior, se ha precisado por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del principio de *subsidiariedad*, existe una regla general de la improcedencia de la tutela para proteger el derecho fundamental a la *seguridad social* cuando su afectación se circunscribe al reconocimiento de prestaciones derivadas del sistema de pensiones, lo que no implica desconocimiento de lo estudiado por esta misma Corporación quien ha considerado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos

[7] Ver Arts.13, 14 y ss. de la Ley 1755 de 2015
[8] Normativa que a la letra reza:
"Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:
Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.
Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones (…)
En los demás aspectos, se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011."
[9] Que establece el régimen de pensiones, salud, riesgos profesionales y subsidio familiar para proteger a las personas de las contingencias que las puedan llegar a afectar, preservando su calidad de vida en condiciones dignas.
[10] Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, la que a su vez ha sido reformada y adicionada por otras leyes <como: Ley 776 de 2002, Ley 797 de 2003, Ley 860 de 2003, Ley 1023 de 2006, Ley 1187 de 2008, Ley 1328 de 2009, Ley 1393 de 2010, Ley 1562 de 2012> y, a su vez reglamentada parcialmente por diversos decretos, entre ellos: Decreto 692 de 1994, Decreto 1889 de 1994, Decreto 1748 de 1995, Decreto 1406 de 1999, Decreto 1530 de 1996, Decreto 2577 de 1999, Decreto 800 de 2003, Decreto 3667 de 2004.

fundamentales, es posible identificar algunas excepciones a la subregla de la improcedencia, como lo enseño en la sentencia T-414 de 2009[11]

Ahora bien, para el asunto central dejado a consideración de esta sede de tutela, resulta de importancia igualmente matizar, que el máximo tribunal en la jurisdicción, ha realizado unificación de su jurisprudencia sobre traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, quien para en el caso de beneficiarios del régimen de transición ha dejado sentado que "Solo pueden trasladarse en cualquier tiempo, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1 de abril de 1994, conservando los beneficios del régimen de transición y, que

Los únicos que podrán trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, sin perder el régimen de transición, son las personas que al 1º de abril de 1994 tuvieran 15 años de servicios cotizados"[12]

A su turno indicó la citada Corporación, que la acción de tutela en materia de traslado de régimen pensional es improcedente por cuanto:

"*(…) esta solo es procedente cuando el individuo que la invoca no cuenta con ningún otro medio de defensa a través del cual pueda obtener la protección requerida, o excepcionalmente, cuando a pesar de existir uno, éste resulta ineficaz para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del actor o para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede como mecanismo transitorio de protección.*

Al respecto, esta Corporación ha señalado que la ineficacia de los instrumentos ordinarios puede derivarse de tres supuestos de hecho en concreto: ***(i)*** *cuando se acredita que a través de estos le es imposible al actor obtener un amparo integral a sus derechos fundamentales y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada;* ***(ii)*** *cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, caso en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a efectuar una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural; y* ***(iii)*** *cuando la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por tanto, su situación requiere de una especial consideración.*

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido ciertos criterios con base en los cuales es posible determinar la ocurrencia o no de un perjuicio que pueda considerarse irremediable. Entre ellos, se encuentran: ***(i)*** *estar ante un perjuicio* ***inminente*** *o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;* ***(ii)*** *de ocurrir, no existiría forma de repararlo;* ***(iii)*** *el perjuicio debe ser* ***grave****, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona;* ***(iv)*** *se requieran medidas* ***urgentes*** *para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y* ***(v)*** *las medidas de protección deben ser* ***impostergables****, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.*[13]"[14]

Conforme lo esbozado en precedencia y acorde con lo narrado por la parte accionante y la documental arrimada como anexo de la demanda de tutela como los descargos realizados por las entidades aquí convocadas, se tiene que es el mismo apoderado de la activante, quien conforme a sus especiales conocimientos y además ser conocer pleno de la situación particular de su mandante, señala que aquella no es sujeto del régimen de transición, como quiera que para el momento en que realizó su traslado al fondo privado, no cumplía con los requisitos de edad ni de tiempo de servicios, por ende no le aplica excepción alguna de prohibición de traslado y por lo cual le aplican los señalados por las normas de nuestro ordenamiento jurídico, que prevén tal prohibición para quienes les falte 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a dicha prestación económica pensional.

En ese orden de ideas, no es dable acceder a los reclamos que por vía excepcional de la tutela se realizan, ante el inconformismo de la tutelante frente a las respuestas otorgadas por los fondos de pensiones aquí accionados, toda vez que de las mismas probanzas aportadas con el escrito de tutela, la posición defensiva de COLPENSIONES y pese a que la AFP PROTECCIÓN guardó silencio en esta instancia, se observa que no existe falta de atención a los pedimentos acerca de que

[11] Sobre los prenombrados requisitos, también pueden consultarse entre otras, las Sentencias T-055 de 2006 y T-194 de 2016 a efectos de ampliarse la temática.
[12] T-237 del 30 de Abril de 2015, Mag. P. Dra. María Victoria Sáchica Méndez
[13] Consultar entre otras sentencias: T-132 de 2006, T-463 de 2012, T-706 de 2012, T-063-13 y T-090 de 2013
[14] Obcit. T-237 de 2015.

se aceptara el traslado de régimen del RAIS al de Prima Media con Prestación Definida, sino que lo que se suscitó fue una negativa a acceder a pedido, esto no hay ausencia de respuesta sino que aquella no fue favorable al interés de la peticionaria quien lo hizo por conducto del miso abogado que aquí la apodera, lo que sin duda denota es polémica con lo respondido y además lejos de las expectativas con las que contaba la quejosa constitucional de cómo sería el reconocimiento de la prestación pensional al momento de cumplir con todos los requisitos de ley para su reconocimiento, mas concretamente sobre el monto que percibirá y en la medida que la queja constitucional se realiza para exigir que se le permita el traslado de régimen al que aquella considera más beneficioso, económicamente hablando; amén que tampoco es la vía de la tutela el escenario para que se declare que no es ni ha estado pensionada, máxime porque de tal infirmación aquí no existe prueba en contrario.

Además, no puede este dependencia judicial acceder a que se declare nulidad o sin eficacia el traslado de régimen pensional que la tutelante realizó desde hace más de 20 años, quien reconoció estar afiliada actualmente a la AFP PROTECCIÓN y contar con 54 años de edad, faltándole entonces 3 años para cumplir requisito por edad, término más que suficiente para que active el aparato judicial ante la justicia ordinaria si es que no comparte lo resuelto por las administradoras de fondos de pensiones accionadas, por cuanto mal puede hacer apego el profesional del derecho a que se haga un miramiento especial por este mecanismo expedito bajo el cobijo de la condición de salud de la señora ABDALA MARTINEZ, que si bien puede ser compleja, no es el único aspecto a que pueda hacerse miramiento.

Tampoco es dable acoger e amparo invocado, por cuanto no corresponde al Juez de Tutela bajo la órbita de su competencia, valorar y dar plena credibilidad a las razones en que se funda la queja constitucional de que la accionante fue inducida a error y constreñida a trasladarse al fondo privado de pensiones en la fecha en que se produjo (en octubre de 1999 – ver hechos 2 a 4, de la demanda de tutela), tampoco se avizora que COLPENSIONES haya vulnerado los derechos fundamentales reclamados por el actor constitucional y, en todo caso tales afirmaciones sobre los engaños que pudo haber sufrido en la época por parte de AFP PROTECCION para que le conllevaran a cambiarse de régimen pensional del ISS al fondo privado, es asunto que tiene que ser probado previo agotamiento de un proceso judicial, el que por demás se encuentra reglado en nuestro ordenamiento jurídico, donde fehacientemente y luego de agotadas las etapas propias de un juicio, se devele si la persona-afiliado de manera voluntaria decidió o no acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Recuérdese en este punto que el proceso judicial es el resultado de incorporar en un mismo foro a dos extremos de un conflicto, quienes postulan sus alegaciones y sus excepciones. Por ello, corresponde a cada una solventar sus hipótesis, asumiendo determinadas conductas que le llevan a soportar cargas más o menos exigentes, de acuerdo con la naturaleza de sus pretensiones y de los hechos alegados, de modo que, en los específicos términos del conflicto, sufran las consecuencias de lo que cada una de ellas afirme o no afirme, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o calle[15]. A este principio se le denomina autorresponsabilidad y, que todo en aquel, se desprende de la *carga* o *incumbencia probatoria*, según el cual *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*, postulado normativo que deviene en regla de decisión para el juez, quien debe resolver (evitando el *non liquet*), o bien con base en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, o bien con sucedáneos, es decir con dispensas para quien no tiene la responsabilidad de demostrar el hecho alegado o de negar el hecho imputado.

Corolario de lo anterior, habida consideración, que no hay razón fehaciente para que el Juez de tutela ante la negativa de cambio o retorno al régimen de prima media que es lo que persigue la accionante deba ordenarlo pretermitiéndole que haya de

[15] FURNO, Carlo. Teoría de la prueba legal. Traducción de Sergio González Collado. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954. Pág. 72. En el mismo sentido se pronuncia Jairo Parra Quijano (Manual de Derecho Probatorio, 17 Ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2009, pág. 232).

agotar medios judiciales idóneos y que tiene a su alcance, sin contar con prueba irrefutable que permita dilucidar que se dan todos y cada uno de los presupuestos legales para acceder y definir al fin pretendido, toda vez que cualquier prestación económica con cargo al SGGSS, máxime en asuntos como el expuesto donde se pretende por vía de tutela logra una prestación económica de la cual ya se agotó la vía administrativa y donde está en discusión si el usuario cumple o no con el requisitos para que se le permita el traslado, además porque los *actos administrativos* emitidos por COLPENSIONES indican estudio de aplicación del principio de presunción de legalidad por provenir de entidad pública, aspecto adicional por lo cual no puede ser estudiado por el Juez de Tutela la nulidad incoada en las pretensiones de la tutela, en virtud a la subsidiariedad de la acción y al trámite preferente y sumario de la misma, estimando que debe agotarse un amplio debate probatorio que permita dilucidar quién tiene la razón en la controversia producida.

Puestas así las cosas, muy a pesar de comprender la situación por la que se afirma atraviesa la accionante, en su salud, pues en lo demás no se devela la condición de vivencia que registra en el extranjero (Canadá), ni se cuenta con prueba alguna que permita colegir la inminencia de un perjuicio irremediable, no puede esta judicatura inmiscuirse de forma excepcional en asuntos que el legislador previó y que se eitera, han de ser abordados por el Juez natural y tener así otro mecanismo de defensa judicial para solicitar el amparo a los derechos legales sobre traslado de régimen pensional o declaratoria de nulidad de un acto realizado en el cambio surtido con los mismos, por lo que a todas luces, incluso siendo posición que develaron tanto la Superintendencia Financiera como el Ministerio de Trabajo aquí vinculados, la acción de tutela en este caso en concreto es improcedente, toda vez que la accionante tiene otros medios de defensa judicial para alcanzar el fin que reclama, para el sub examine ante la jurisdicción ordinaria laboral, porque de acoger su pretensión desbordaría las funciones otorgadas al Juez de Tutela, agregado a que no se advierte vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de las entidades accionadas y porque es aquel medio ordinario el apropiado para cuestionar la negativa sobre el traslado de régimen pensional.

Valga igualmente traer a colación lo que ha enseñado la jurisprudencia constitucional, donde se ha preceptuado que *"Constituye regla general en materia del amparo tutelar, que la jurisdicción constitucional debe pronunciarse sobre* ***controversias de orden estrictamente constitucional****; por lo tanto, resultan ajenas a la misma las discusiones que surjan respecto del derecho..., cuando el mismo es de índole económica, en tanto que las discusiones de orden legal escapan a ese radio de acción de garantías superiores, pues las mismas presentan unos instrumentos procesales propios para su trámite y resolución* [se subraya]. *A lo anterior debe añadirse que uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela lo constituye, precisamente, la amenaza o vulneración de derechos fundamentales de las personas, cuyos efectos pretenden contrarrestarse con las respectivas órdenes de inmediato cumplimiento proferidas por los jueces de tutela, en razón a la primacía de los mismos (...)*[16] (negrillas y subraya del juzgado).

Entonces, la conclusión no es otra que la de denegar el amparo tutelar invocado, aplicando la regla general de su improcedencia para asuntos como el traído a estudio acorde a lo anteriormente razonado y en virtud a que en este asunto no se cumple con el requisito de subsidiariedad, al no encontrarse que la actora tenga alguna condición que le impida acudir a la jurisdicción ordinaria y, por cuanto el mecanismo de la tutela se ha propagado, tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes, que requieren de la actuación rápida de los jueces y en el sub examine no se divisa una de tal envergadura; amén que por sabido se tiene que la acción de tutela no fue consagrada en la Constitución, como medio para reemplazar o sustituir los procedimientos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco ser una segunda instancia o un instrumento al cual es posible acudir como mecanismo alternativo de esos procesos, pues como enseña la H. Corte Constitucional, la tutela no fue traída a nuestro ordenamiento "*para suplir las deficiencias en que las partes, al defender sus derechos puedan incurrir, porque se convertiría en una instancia de definición de derechos ordinarios (...) y no como lo prevé la Carta Política, para definir la violación de los*

[16] Sentencia T-606 del 26 de mayo de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

derechos constitucionales fundamentales"[17]. La misma Corporación agregó que no hay lugar a que prospere la acción de tutela cuando la persona que la invoca cuestione la acción de las autoridades por errónea interpretación de la ley, ni el caso de que la decisión de la autoridad pública o del particular hayan definido el derecho dentro de sus competencias constitucionales y legales e indicó: "*la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta reconoce*"[18]

En la temática antes referida, se estiman suficientes las razones para emitir la siguiente decisión.

3. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Con fundamento y apoyo en lo dicho, el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

3.1. NEGAR el amparo constitucional invocado por **WHATFA ABDALA MARTINEZ** a través de apoderado judicial, conforme a las consideraciones exteriorizadas en el presente fallo.

3.2. NOTIFICAR esta providencia conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3.3. Si esta decisión no es impugnada, REMITIR en oportunidad el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts.31, 32 y 33 ejusdem). Secretaría proceda de conformidad, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Rm

[17] Sentencia T-008 de 1.992 M.P. Dr. Fabio Moron Díaz
[18] Sentencia T-001 de 1.992 M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.