El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2019-00125-01

Proceso: Tutela 2ª Instancia

Accionante: Gloria Inés Molina Castañeda

Accionado: Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

Providencia Segunda Instancia

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / EN CASO DE FALSEDAD EN LA AFILIACIÓN A UN FONDO DE PENSIONES NO PUEDE SUPEDITARSE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA A UNA ACCIÓN U ORDEN JUDICIAL.**

A efectos de analizar el objetivo que tiene la acción de tutela dentro del ordenamiento nacional, es preciso señalar que la misma fue creada por el constituyente de 1991, con el objetivo primordial de darle una protección efectiva a los Derechos Fundamentales que hacen parte de la esencia del ser humano y de garantizar el cumplimiento y la salvaguarda de los mismos…

Por su parte, el derecho a la seguridad social cuenta con varias aristas, entre las cuales está el tema pensional, en virtud del cual nacen para los afiliados al sistema de seguridad social una serie de derechos, como lo es el acceder a las diferentes prestaciones que otorga el mismo y a que se les proteja contra los imprevistos de invalidez, vejez o muerte. Pero además, tal sistema general permite que el afiliado escoja libremente el régimen de pensiones al cual se quiere afiliar…

… al haberse corroborado el fraude al que había sido sometido el señor Fernando Antonio Trujillo García, Colpensiones se ha negado en varias oportunidades a aceptar la afiliación de aquél a dicho fondo de pensiones, con el argumento de que para que proceda la anulación de tal vinculación, debe llevarse a cabo la investigación respectiva por parte de la Fiscalía General de la Nación y mediar una orden judicial de autoridad competente.

Sin embargo, conforme a la Ley 19 de 2012 – Ley Anti-trámites, tal exigencia se encuentra prohibida expresamente por el artículo 8º el cual reza:

“ARTÍCULO 8. PROHIBICIÓN DE EXIGIR ACTUACIÓN JUDICIAL PREVIA PARA LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA. Se prohíbe exigir como requisito previo para obtener una decisión administrativa la interposición de una acción judicial y la presentación de la copia de la providencia que ordene el reconocimiento o adjudicación de un derecho” (…)

De suerte que, ninguna excusa puede aducirse por parte de Colpensiones, para aceptar la vinculación del afiliado fallecido a esa entidad, tornándose tal omisión, en una vulneración palmaria a los derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso y mínimo vital de que es titular la señora Gloria Inés Molina Castañeda, como quiera que debido a esa negativa, su solicitud pensional, no ha obtenido una respuesta de fondo…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, cuatro de junio de dos mil diecinueve

### Acta número \_\_\_ del 4 de junio de 2019

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el 22 de abril de 2019, dentro de la acción de tutela promovida por **Gloria Inés Molina Castañeda** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **AFP Porvenir S.A.*,*** por la presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social.

 El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado y corresponde a la siguiente,

I. ***HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES***

Relata la accionante que su esposo, Fernando Antonio Trujillo García, inició su vida laboral cotizando al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; en el año 2013 aquél inició los trámites para corregir su afiliación en pensiones, pues figuraba como vinculado a la AFP Porvenir S.A.; luego de presentar la documentación correspondiente, la AFP Porvenir S.A., determinó que efectivamente, la vinculación del señor Fernando Antonio Trujillo García a esa administradora no era válida, debido a que la firma consignada en el formulario de afiliación, no correspondía a la de aquél; dicha situación fue comunicada a Colpensiones, mediante oficio 100104005708900 de 21 de febrero de 2014 y por lo tanto, procedería a realizar el traslado de la afiliación y las cotizaciones efectuadas.

No obstante lo anterior, ante la radicación de varios derechos de petición por parte del señor Fernando Antonio Trujillo García, en octubre de 2014 y 16 de agosto de 2017, Colpensiones se niega a efectuar la corrección de la afiliación, aduciendo que si bien la AFP Porvenir S.A., había reportado la falsedad de la misma, era necesario iniciar un proceso para obtener dicha declaración.

El señor Fernando Antonio Trujillo García falleció el 4 de enero de 2019, por lo que el día 11 del mismo mes y año, la accionante radicó solicitud de pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, entidad que se negó a estudiar de fondo la petición y procedió a devolver la documentación. Por su parte, la AFP Porvenir S.A., el 25 de enero de 2019 informó a la actora que la vinculación de su esposo con esa administradora se encontraba anulada fraude; el 13 de febrero del mismo año emitió certificación de devolución de aportes a Colpensiones por medio del “proceso no vinculados” y; el 22 de marzo de 2019, tanto la AFP Porvenir S.A. como Colpensiones reportan que la afiliación en pensiones del señor Fernando Antonio Trujillo García se encontraba retirada, según consta en el Registro Único de Afiliados – RUAF.

Ante tales circunstancias, Colpensiones continúa negándose a resolver de fondo la solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por la demandante, situación que la deja en un estado de indefensión, pues mientras ésta refiere que para la fecha en que falleció su esposo, no se encontraba afiliado a esa Administradora, Porvenir sostiene que realizó el traslado a Colpensiones tanto de la afiliación como de las cotizaciones recibidas por parte del señor Fernando Antonio Trujillo García.

Por consiguiente, solicita se protejan los derechos fundamentales invocados como vulnerados, y en consecuencia, se ordene a Colpensiones activar la afiliación del señor Fernando Antonio Trujillo García y estudiar de fondo la solicitud pensional elevada el 11 de enero de 2019.

Admitida la acción se surtió traslado a las entidades accionadas, allegándose respuesta únicamente por parte de la AFP Porvenir S.A., quien afirmó que la entidad que no ha resuelto la solicitud de traslado es Colpensiones, en tanto que la AFP del régimen de ahorro individual, registró la novedad de “solicitud de anulación de traslado de régimen” en el Sistema de Afiliados a los Fondos de Pensiones (SIAFP) administrado por ASOFONDOS, luego de iniciar los trámites correspondientes para determinar la ilicitud y/o fraude al momento de realizar el traslado, procediendo con la anulación del expediente.

En consecuencia, solicita que se declare improcedente la acción de tutela en contra de Porvenir S.A., en tanto que la misma no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Jueza del conocimiento mediante fallo dictado el 22 de abril del año en curso decidió tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, acceso a la administración de justicia y seguridad social, ordenando a Colpensiones que en el término de cinco (5) días proceda a aceptar el traslado del señor Fernando Antonio Trujillo García y tener vigente la afiliación al Régimen de Prima Media y, cumplido lo anterior, en el término de ley, se pronuncie de fondo respecto de la solicitud de pensión de sobrevivientes radicada por la señora Gloria Inés Molina Castañeda el día 11 de enero de 2019.

III. IMPUGNACIÓN.

Colpensiones impugnó la sentencia, en orden a que se revoque, se declare la improcedencia de la acción de tutela y se ordene el archivo del presente trámite. Para el efecto, arguyó que la decisión de la a-quo desconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, en tanto que ésta sólo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial o cuando se acredite un perjuicio irremediable, lo cual no acontece en este asunto.

Destacó además que mediante comunicación de fecha 11 de enero de 2019 resolvió de fondo la solicitud pensional elevada por la señora Gloria Inés Molina Castañeda, al indicarle que para la fecha del deceso de su esposo, aquél se encontraba activo en la AFP Porvenir S.A., por lo que se estaría frente a una carencia actual de objeto.

III. *CONSIDERACIONES.*

* 1. ***Problema jurídico a resolver.***

*¿Se han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital y seguridad social de la accionante por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al no aceptar la afiliación del señor Fernando Antonio Trujillo García (Q.E.P.D.)?*

*O ¿Deberá la señora Gloria Inés Molina Castañeda acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para dirimir la inconsistencia suscitada frente al traslado de régimen efectuado por su esposo Fernando Antonio Trujillo García (Q.E.P.D.)?*

**3.2 Desarrollo de la problemática planteada**

A efectos de analizar el objetivo que tiene la acción de tutela dentro del ordenamiento nacional, es preciso señalar que la misma fue creada por el constituyente de 1991, con el objetivo primordial de darle una protección efectiva a los Derechos Fundamentales que hacen parte de la esencia del ser humano y de garantizar el cumplimiento y la salvaguarda de los mismos; generando en cabeza del juez constitucional la obligación de analizar la necesidad, proporcionalidad y racionalidad de los medios, para obtener la protección del derecho fundamental evaluado y de esta manera buscar siempre el fin más idóneo, altamente proporcional y que menos perjuicios genere para obtener su real protección.

 Por su parte, el derecho a la seguridad social cuenta con varias aristas, entre las cuales está el tema pensional, en virtud del cual nacen para los afiliados al sistema de seguridad social una serie de derechos, como lo es el acceder a las diferentes prestaciones que otorga el mismo y a que se les proteja contra los imprevistos de invalidez, vejez o muerte. Pero además, tal sistema general permite que el afiliado escoja libremente el régimen de pensiones al cual se quiere afiliar, posibilidad que se encuentra contemplada en la primera parte del literal e) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, con el siguiente tenor literal: *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran”.*

 Este derecho a la libre escogencia, ha sido destacado por la Corte Constitucional como integrante directo del derecho constitucional a la seguridad social, pues en virtud del mismo se accede en forma libre y voluntaria al sistema pensional. Ahora, una vez se ha accedido al sistema pensional en aplicación del derecho a la libre escogencia, para movilizarse dentro del mismo el legislador tuvo a bien establecer una serie de limitaciones que, como lo analizó la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, son medidas adecuadas y tienen un objetivo acorde con la Constitución, pues pretenden mantener el sistema pensional capitalizado y viable económicamente. Esas limitaciones están establecidas en los apartes siguientes de la norma mencionada, con el siguiente tenor: *“Una vez efectuada la selección inicial, estos [los afiliados] sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial”*

* 1. **Caso concreto.**

 En el sub-lite, se tiene que el señor Fernando Antonio Trujillo García, esposo fallecido de la accionante, según se acreditó con el Registro Civil de Nacimiento –fl.25-, estuvo afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones desde que inició su vida laboral, sin embargo, en el año 2013 empezó un viacrucis ante esa entidad y la AFP Porvenir S.A., al percatarse que había sido traslado a esta último fondo de pensiones, sin su consentimiento.

 Ante dicha situación y luego de efectuar los trámites correspondientes, la AFP Porvenir S.A., entre ellos el resultado de un estudio grafológico, comprobó que la firma estampada en el formulario de afiliación, no correspondía a la del señor Fernando Antonio Trujillo García, situación que conllevaba a que su vinculación o traslado a la AFP Porvenir S.A., se tornara inválida.

 El mencionado hallazgo, fue informado mediante oficio de 21 de febrero de 2014 a Colpensiones –fl.11 y 12-, en el que igualmente se le indicó a la Gerencia de Aportes y Recaudo – Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de Colpensiones, que procedería a realizar el traslado de afiliación del señor Fernando Antonio Trujillo García junto con las cotizaciones efectuadas a esa administradora.

 Pese a lo anterior y al haberse corroborado el fraude al que había sido sometido el señor Fernando Antonio Trujillo García, Colpensiones se ha negado en varias oportunidades a aceptar la afiliación de aquél a dicho fondo de pensiones, con el argumento de que para que proceda la anulación de tal vinculación, debe llevarse a cabo la investigación respectiva por parte de la Fiscalía General de la Nación y mediar una orden judicial de autoridad competente.

 Sin embargo, conforme a la Ley 19 de 2012 –Ley Anti-trámites-, tal exigencia se encuentra prohibida expresamente por el artículo 8º el cual reza:

*“****ARTÍCULO 8. PROHIBICIÓN DE EXIGIR ACTUACION JUDICIAL PREVIA PARA LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA.****Se prohíbe exigir como requisito previo para obtener una decisión administrativa la interposición de una acción judicial y la presentación de la copia de la providencia que ordene el reconocimiento o adjudicación de un derecho”*

 En ese orden de ideas, resulta claro que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones desde el año 2014, tiene pleno conocimiento acerca del traslado fraudulento que se surtió respecto del señor Fernando Antonio Trujillo García, pues en tal sentido recibió comunicación por parte de la AFP Porvenir S.A., en el mes de febrero de esa anualidad, entidad que resultaba ser la directa responsable de adelantar dicha investigación, quien luego del trámite respectivo pudo concluir, que la firma estampada en el formulario de vinculación a ese fondo privado, no correspondía a la del señor Trujillo García, es decir, no existió por parte del afiliado, una libre y voluntaria escogencia de su régimen pensional.

 De suerte que, ninguna excusa puede aducirse por parte de Colpensiones, para aceptar la vinculación del afiliado fallecido a esa entidad, tornándose tal omisión, en una vulneración palmaria a los derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso y mínimo vital de que es titular la señora Gloria Inés Molina Castañeda, como quiera que debido a esa negativa, su solicitud pensional, no ha obtenido una respuesta de fondo, cuando, se itera, desde el año 2014 y aun estando en vida su esposo, ya se había definido tal situación por parte de la entidad responsable de declarar la existencia de tal acto fraudulento.

 Por consiguiente, acertó la juez constitucional de primer grado, al ordenar a Colpensiones que dentro de los cinco días siguientes a la notificación de este fallo, reactive **sin solución de continuidad** la afiliación del señor Fernando Antonio Trujillo García al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la fecha en que fue trasladado a la AFP Porvenir S.A. Así mismo, al ordenar que una vez cumplido dicho trámite, proceda dentro del trámite legal, a resolver de fondo la solicitud de pensión de sobrevivientes radicada el 11 de enero del presente año, por la señora Gloria Inés Molina Castañeda. En consecuencia, la decisión de primer grado, será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira – Sala Laboral, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

***RESUELVE***

 ***1.* Confirmar** el fallo impugnado proferido el 22 de abril de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira dentro de la acción de tutela instaurada por la señora **Gloria Inés Molina Castañeda** contra **Colpensiones** y la **AFP Porvenir S.A.**,

***2.*** Notificar la decisión por el medio más eficaz.

 ***3.*** Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada Salva voto