

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Sentencia de tutela No.079

Accionante: Marco Julián Infante Gómez

Accionada: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Vinculada: Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A.

Derechos Invocados: igualdad, dignidad, petición, trabajo, debido proceso, derechos adquiridos, seguridad social y mínimo vital

Radicado: 110013335-017-2019-00234-00

Actuación: Sentencia de Tutela de Primera Instancia

No evidenciando causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso de la referencia teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

El demandante. Solicita se tutelen sus derechos fundamentales, y en consecuencia se ordene a la Administradora Colombiana de pensiones - Colpensiones su afiliación y traslado desde el régimen de ahorro individual - Fondo de Pensiones Protección S.A.

Refiere que nació el 15 de septiembre de 1959, y que para el 1º de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicios, por lo que está amparado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Considera que de acuerdo con la sentencia SU 130 de 2013, por encontrarse en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tener más de 15 años de cotización al 1º de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, tiene el derecho a regresar del régimen de prima media con prestación definida sin importar que le falten menos de 10 años para adquirir el derecho a pensionarse.

Mediante petición solicitó a Protección S.A. el traslado de régimen a lo que la administradora dio respuesta favorable accediendo al mismo.

Sin embargo la petición de traslado que radicara ante Colpensiones fue negada señalando que le hacían falta menos de 10 años para cumplir la edad establecida para pensión.

Argumento de la accionada Colpensiones. Dentro de la oportunidad concedida en el auto que admitió la acción la Administradora guardó silencio.

Argumento de la vinculada Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. Dentro de la oportunidad concedida en el auto de fecha 13 de junio de 2019 que ordenó su vinculación, manifestó que el señor Marco Julián Infante Gómez presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. desde el día 1 de julio de 2011 como un traslado de AFP proveniente de Horizonte, hoy Porvenir.

Respecto a los hechos que fundamentan la presente acción constitucional, afirma que la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A., se presume válida en consideración a que cumple con los presupuestos que trata el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual, no es posible para esa entidad entrar a cuestionar su validez.

Afirma que si lo que pretendido con la tutela es obtener el traslado de régimen hacia Colpensiones, es necesario manifestar que hasta la fecha dicha entidad no ha radicado ante Protección S.A. solicitud formal de traslado que haya radicado el citado señor, trámite que indispensablemente debe adelantarse para que Protección S.A. pueda pronunciarse, conforme lo establece la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 expedida por la Superintendencia Financiera.

Destaca que a pesar de que el señor Marco Julián Infante Gómez se encuentra dentro de la limitante de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, al haber cumplido la edad requerida para tener derecho a la pensión de vejez, su traslado hacia el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sí procedería, toda vez que de acuerdo con la Historia Laboral reportada en el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, acredita 751.29 semanas al 1º de abril de 1994 cumpliendo con los presupuestos de las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU- 062 de 2010 emitidas por la Corte Constitucional para tender derecho a traslado de régimen en cualquier momento y así recuperar el régimen de transición.

Concluye que ha obrado de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual no se ha configurado desconocimiento alguno de los derechos fundamentales del señor Marco Julián Infante Gómez, toda vez que como se indicó, a pesar de cumplir con los requisitos de que tratan las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, no se ha recibido la respectiva solicitud de traslado por parte de Colpensiones, de acuerdo con el trámite establecido en la Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14) expedida por la Superintendencia Financiera, razón por la cual consideramos que la presente acción debe ser denegada por lo menos en lo que respecta a Protección S.A.

Competencia: Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud ocurrieron en la ciudad de Bogotá y la misma se encuentra dirigida contra entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, y 1º del Decreto 1382 de 2000, y Decreto 1983 de 2017.

Legitimación en la causa por activa: En cuanto a la legitimación por activa, el solicitante es una persona natural que actúa a través de su apoderado judicial formalmente facultado de acuerdo al poder obrante a folio 4 del expediente, y quien acredita su condición de afiliado al régimen de ahorro individual en pensiones y su voluntad de traslado a la accionada (art. 10 del D. 2591 de 1991).

Legitimación en la causa por pasiva: La acción se interpuso frente a la actuación de una empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio del Trabajo, encargada de la prestación del servicio público de la seguridad social, concretamente, dentro del Sistema General de Pensiones, esto es, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, quien de acuerdo con la Ley 797 de 2003 y la circular externa 019 de 1998 es la encargada de dar inicio al procedimiento para el traslado de régimen del accionante, lo anterior aunado al hecho de que según el Oficio No.CAS-4269603-F6P0H2 del 26 de abril de 2019 Protección S.A. emitió concepto favorable ante la solicitud del actor (fls.9-14) (art. 13 del D. 2591 de 1991).

ANÁLISIS DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política, consagra la acción de tutela como un procedimiento preferente y sumario, para la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o por la omisión de autoridades públicas o de los particulares que señala dicho precepto superior

Procedibilidad de la acción de tutela.

Dado su carácter subsidiario y residual la acción de tutela no procede “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (art. 6-1 D. 2591/91). Así mismo, no procede “cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto” (art. 6-5 D. 2591/91)

Por otra parte, dadas la naturaleza especial de la acción y su finalidad constitucional de amparar en forma inmediata y urgente el derecho constitucional fundamental, la tutelante debe acudir en forma inmediata o al menos en un plazo razonable ante los jueces de la República, en búsqueda del amparo de sus derechos fundamentales.

Requisito de inmediatez:

El artículo 86 de la Carta Política, dispone que la acción de tutela está prevista para la protección inmediata de los derechos fundamentales, “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. De acuerdo con dicha regla, la jurisprudencia ha señalado que la procedencia de la acción de tutela está sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez, “[e]llo implica que es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, impidiendo la protección de los derechos invocados”¹.

En los casos objeto de revisión, el presupuesto de inmediatez se satisface, toda vez que, el accionante Marco Julián Infante Gómez, presentó la acción de tutela el 4 de junio de 2019 y, el hecho generador de la presunta vulneración de los derechos invocados tuvo lugar, con la respuesta negativa de Colpensiones, el 23 de abril de la misma anualidad, siendo esta la fecha en que se hizo la solicitud de trasladado de régimen pensional a Colpensiones².

De lo anterior se colige que, entre la presentación de la acción de tutela y el momento a partir del cual se generó la presunta vulneración de los derechos invocados, transcurrieron 40 días aproximadamente, lo que demuestra que el accionante procedió a solicitar el amparo en un término que la jurisprudencia constitucional ha considerado razonable.

Requisito de subsidiariedad:

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial o cuando existiendo se presente alguna de las siguientes situaciones: “(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, y (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.”³.

En el presente caso, lo que es materia de acción de tutela es si el accionante tiene o no derecho a cambiarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, ante la negativa de Colpensiones de autorizar dicho traslado. Bajo ese entendido, advierte el Despacho que, *prima facie*, no se encuentra instituido un medio de defensa judicial al cual puedan acudir para solucionar la controversia planteada.

Problema jurídico: De acuerdo con las situaciones fácticas antes descritas corresponde al Despacho determinar si existió, por parte de las entidades accionadas, vulneración de la garantías fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes, al negarles el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, bajo el argumento que, de conformidad con el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, para el momento de la presentación de la solicitud de traslado, al peticionario le faltaba menos de 10 años para pensionarse.

Solución al problema jurídico: La problemática expuesta ya ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, tanto en el escenario de control abstracto de constitucionalidad,

¹ Sentencia T-172 de 2013.

² Cuaderno 1, folio 14. Si bien la señora Solís Leal no presentó en la acción de amparo la respuesta negativa de Colpensiones a su solicitud de traslado de régimen pensional, en la intervención llevada a cabo por la entidad accionada en sede de revisión, esta reconoce haber negado la mencionada solicitud de traslado.

³ Sentencia T-185 de 2007.

como en el escenario del control concreto, en este último caso, a causa de la revisión de acciones de tutela que incluyen supuestos fácticos análogos a los que son materia de debate. De ahí que, en esta ocasión, el Despacho se referirá a las reglas que conforme con la Constitución y la ley ha fijado la jurisprudencia constitucional en materia de: i) Traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición y, finalmente ii) resolverá el caso concreto.

Traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición⁴

La seguridad social se encuentra consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual le reconoce la doble condición de: (i) *"derecho irrenunciable"*, que se debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional; y (ii) *"servicio público de carácter obligatorio"*, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por entidades públicas o privadas, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

El legislador, en desarrollo del deber constitucional de diseñar una sistema de seguridad social integral, orientado en los principios antes mencionados, expidió la Ley 100 de 1993 *"Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*. Dicho sistema se encuentra estructurado con el objetivo de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante la protección de las principales contingencias que los afectan a partir de cuatro componentes básicos: i) el sistema general de pensiones, ii) el sistema general de salud, iii), el sistema general de riesgos laborales y iv) y los servicios sociales complementarios.⁵

En lo que respecta al Sistema General de Pensiones, el artículo 10 la Ley 100 de 1993 consagra como su principal objetivo, el de *garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones*. Para el cumplimiento de la mencionada finalidad, se estructuraron dos regímenes *"solidarios excluyentes, pero que coexisten a saber:"*⁶.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida⁷, el cual, obedece al método de financiamiento de pensiones que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, y comprende un fondo común de naturaleza pública integrado por los aportes realizados por cada uno de los afiliados al sistema. En este régimen, el derecho a la pensión se adquiere cuando el afiliado cumpla los requisitos de edad y número de semanas cotizadas exigidas por la ley. Por otro lado, se creó el régimen de ahorro individual con solidaridad⁸ el cual corresponde a un sistema en que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual del afiliado, administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones y el derecho de acceder a la pensión se adquiere con base en el capital depositado en la respectiva cuenta, sin que le sea exigible requisito de edad o tiempo de cotización.

No obstante que la Ley 100 de 1993 estructuró dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, la misma contempló en el artículo 13, unas características al interior del Sistema General de Pensiones que son comunes para ambos, entre las que cabe destacar para lo que interesa a esta causa, las siguientes: i) la afiliación al sistema es obligatoria ii) el afiliado podrá elegir de manera libre y voluntaria el régimen

⁴ Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión de Tutelas, Sentencia T-211 del veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016), Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Referencia: expedientes T-5.285.185, T-5.285.191 (acumulados), Asunto: Acciones de tutela instauradas por la señora Diana Rocío Solís Leal, contra Colpensiones y Colfondos S.A; el señor Jorge Iván Castaño Bedoya, en contra de Colpensiones y Porvenir S.A.

⁵ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-130 del trece (13) de marzo de dos mil trece (2013), Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Referencia: Expedientes T-2.139.563, T-2.502.047, T-2.532.888, T-2.542.604, T-2.900.229, T-3.178.516, T-3.184.159, T-3.188.041, T-3.192.175 y T-3.250.364, Demandantes: Isabel Rodríguez Bojacá, Fabiola del Socorro Arango Cardona, Carlos José Mora Ortiz, Edilma Ortiz Avendaño, Marco Tulio Jara, Gloria del Carmen Campos Morales, María Margarita Escobar Rueda, Blanca Esperanza Moreno Sierra, Ángel Eusebio Cabarcas Marchena y Héctor Nemesio Angarita Niño, Demandados: Instituto de Seguros Sociales -ISS-, Pensiones y Cesantías Protección S.A., Porvenir S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A., Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL-, y Fondo de Previsión Social del Congreso de la República.

⁶ Ley 100 de 1993, artículo 12.

⁷ Ley 100 de 1993, artículos 31 y 32.

⁸ Ley 100 de 1993, artículos 59 y 60.

pensional que considere conveniente ii) la afiliación del régimen implica la obligación de efectuar los aportes conforme a lo establecido en la ley y iii) *“los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional”*.

Como consecuencia del tránsito legislativo que tendría lugar con ocasión de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, el legislador previó una posible afectación en la confianza legítima de aquellos afiliados que se encontraban próximos a pensionarse conforme a las reglas anteriores a la expedición del nuevo Sistema de Seguridad Social. Por este motivo, el artículo 36 del citado ordenamiento creó el régimen de transición con el objetivo de *“salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (...) evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición”*⁹.

Para tal efecto, el legislador estableció que el régimen de transición sería aplicable a tres categorías de trabajadores que para el 1 de abril de 1994 acreditaran: i) tener treinta y cinco (35) o más años de edad en el caso de las mujeres, ii) tener cuarenta (40) o más años de edad en el caso de los hombres o, iii) independientemente de la edad, tuvieran 15 años o más de servicios cotizados en el sistema.

Así mismo, los incisos 4 y 5 del artículo 36 implementaron la posibilidad de perder los beneficios adquiridos del régimen de transición de presentarse cualquiera de los siguientes eventos: (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse definitivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o (ii) cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decide trasladarse al de prima media con prestación definida¹⁰. De conformidad con el inciso 4, tales circunstancias sólo le son aplicables a los hombres y a las mujeres que, al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994), tuvieran como mínimo 40 y 35 años respectivamente. En consecuencia, las reglas antes mencionadas no le son aplicables a los trabajadores que para el 1 de abril de 1994 hubieren cotizado por 15 años o más en el sistema, quienes podrán trasladarse del régimen pensional sin perder los beneficios del régimen de transición.

Los mencionados incisos 4 y 5 del artículo 36 fueron objeto de control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-789 de 2002. En dicha oportunidad, los citados incisos fueron demandados ante la Corte, tras considerar el actor que los mismos, al prever la pérdida de los beneficios del régimen de transición para los destinatarios de dicho régimen por edad, vulneraba su derecho a la igualdad y la garantía constitucional de la protección del derecho adquirido al régimen de transición. Al respecto, la Corte aclaró que el régimen de transición, contrario a lo que consideraba el demandante, no podía ser considerado un derecho adquirido, sino una expectativa legítima a la cual decidieron renunciar de manera voluntaria algunas personas, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad. Por consiguiente, la prohibición de renunciar a beneficios laborales mínimos no se extiende a meras expectativas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares.

Adicionalmente, la Corte precisó que, con fundamento en los principios de proporcionalidad, los incisos 4 y 5 del artículo 36, no podrían ser aplicados para aquellos trabajadores que para el 1 de abril de 1994 acreditaran haber cotizado 15 años o más de servicios, pues estos, a diferencia de los trabajadores que son beneficiados del régimen de transición por cumplir con el requisito de edad, habían cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión. En consecuencia, la disposición demandada pretende impedir un desequilibrio en el Sistema General de pensiones, evitando que los beneficiarios del régimen de transición por edad, con aportes bajos al sistema y habiendo decidido

⁹ Sentencia C- 663 de 2007.

¹⁰ Ley 100 de 1993, Artículo 36 *“...Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen... Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”*.

acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad, terminaran beneficiándose de los dineros aportados por los trabajadores que, con un alto nivel de fidelidad al sistema hubieren cotizado por 15 años o más¹¹.

De acuerdo con lo anterior, ese Tribunal le dio fundamento constitucional a la diferencia existente entre los beneficiarios del régimen de transición por edad y por tiempo de servicios cotizados, y procedió a declarar la constitucional condicionada de la disposición demandada en cuanto se entienda que su contenido sólo le es aplicable a los beneficiarios del régimen de transición por cumplir con el requisito de edad. Bajo ese entendido, los beneficiarios por tiempo de servicios cotizados podrán trasladarse libremente de régimen pensional y volver al régimen de prima media con prestación definida, haciendo efectivo su pensión de acuerdo al régimen de transición, siempre y cuando cumpla con las siguientes condiciones: “ (i) que al regresar nuevamente al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media pues el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”¹².

Posteriormente, el 29 de enero de 2003, se expidió Ley 797 de 2003 “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*”. En el artículo 2 de dicho ordenamiento se introdujo una variación en materia de traslados de régimen pensional. Conforme a lo anterior, cabe recordar que, inicialmente, el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen pensional, contemplaba la posibilidad de trasladarse de régimen pensional una vez cada 3 años; sin embargo, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 modificó la disposición ampliando el término de traslado de régimen de la siguiente manera, “*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*”¹³.

En consecuencia, la modificación hecha al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 estableció los siguientes cambios en materia de traslado de régimen: por un lado i) amplió el término para trasladarse de régimen pensional de 3 a 5 años y por otra lado, ii) incorporó la prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión. Dicha prohibición se implementó con el objetivo de mantener la sostenibilidad financiera del sistema y evitar que personas que estando en el régimen de ahorro individual con solidaridad próximos a pensionarse, decidieran trasladarse al régimen de prima media para acceder a la pensión conforme a las reglas propias de este régimen.

La prohibición de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir el requisito de la edad exigido para acceder al derecho a la pensión, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-1024 de 2004, a propósito de una demanda de inconstitucionalidad formulada en su contra, en la que se cuestionaba que la restricción temporal de traslado de régimen pensional, vulneraba el derecho a la libre escogencia. En dicho fallo, la Corte sostuvo que “*la medida prevista en la norma acusada, conforme a la cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, resulta razonable y proporcional, a partir de la existencia de un objetivo adecuado y necesario, cuya validez constitucional no admite duda alguna. En efecto, el objetivo perseguido por la disposición demandada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues se aparta del valor material de la justicia, que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones,*

¹¹ Sentencia SU-130 de 2013.

¹² Sentencia C- 789 de 2002.

¹³ Ley 797 de 2003, artículo 2.

puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros. La validez de dicha herramienta legal se encuentra en la imperiosa necesidad de asegurar la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social en materia pensional a todos los habitantes del territorio colombiano, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia (C.P. art. 48). Así mismo, el objetivo de la norma se adecua al logro de un fin constitucional válido, pues permite asegurar la intangibilidad de los recursos pensionales en ambos regímenes, cuando se aproxima la edad para obtener el reconocimiento del derecho irrenunciable a la pensión, en beneficio de la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional”.

No obstante lo anterior, y en consonancia con lo establecido en la Sentencia C-789 de 2002, la Corte consideró que la restricción de la disposición demandada no podía ser aplicable para las personas beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicio, es decir, aquellos que hubieren cotizado por 15 años o más para el 1° de abril de 1994, dado que a estas, *“no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas”*. En consecuencia, los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicio cotizado, podrán trasladarse de régimen en cualquier momento, incluso cuando le faltaren menos de 10 años o menos para alcanzar su pensión de vejez, manteniendo los beneficios del régimen de transición.

Pese a la línea trazada por el Tribunal Constitucional en las sentencias de constitucionalidad a las que se ha hecho referencia, en el escenario del control concreto de constitucionalidad, a través de la revisión de acciones de tutela, algunas Salas de Revisión de la Corte adoptaron posiciones contradictorias en torno a las reglas que resultaban aplicables al traslado de régimen concretamente en relación con los beneficiarios del régimen de transición. Así por ejemplo, en la Sentencia T-818 de 2007, contrariando lo dicho en las Sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, la Sala Primera de Revisión, al resolver un caso relacionado con el traslado de régimen pensional, consideró que el beneficio del régimen de transición es un derecho adquirido, razón por la cual, dispuso que tanto los beneficiarios del mencionado régimen por cumplir el requisito de la edad, como aquellos beneficiarios por tiempo de servicio cotizado al sistema tienen *“...el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad”*¹⁴.

Por el contrario, siguiendo la línea establecida en las referidas sentencias de constitucionalidad, otras Salas de Revisión, mantuvieron el criterio según el cual, sólo podían trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicio cotizado al Sistema¹⁵.

Como consecuencia de lo anterior, y con el propósito de crear una línea uniforme y consolidada sobre el tema del traslado de régimen pensional, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU-130 de 2013, estableció las reglas aplicables al traslado entre régimen, concluyendo que, *“(...) más allá de la tesis jurisprudencial adoptada en algunas decisiones de tutela, que consideran la posibilidad de trasladado “en cualquier tiempo”, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, con beneficio del régimen de transición para todos los beneficiarios de régimen, por edad y por tiempo de servicios, la Corte se aparta de dichos pronunciamientos y se reafirma en el alcance fijado en las sentencias de constitucionalidad, en el sentido de que solo pueden trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en cualquier tiempo, conservando los beneficios del régimen de transición, los afiliados con 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994*. En dicho fallo de unificación, la Corte precisó que *“(...) las normas que consagran el régimen de transición, así como la pérdida del mismo, y la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales con sus correspondientes restricciones, fueron objeto de control constitucional por parte de esta corporación, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, analizadas con detalle en el acápite precedente, que definieron su verdadero sentido y alcance, considerándolas acordes con la Constitución, y al tratarse de decisiones con efectos de cosa*

¹⁴ En igual sentido se profirieron las sentencias T-320 de 2010 y T-232 de 2011.

¹⁵ Al respecto, consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: T-449 de 2009, T-220 de 2010, T-933 de 2010, T-618 de 2010 y T-670 de 2012.

juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna”.

Por último, vale la pena aclarar que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005, *“por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”* se estableció que la aplicación del régimen de transición no es indefinida. En consecuencia, en el párrafo transitorio número 4 del artículo 1 fijó un límite temporal, en el sentido de señalar que, *“el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.*

Así las cosas, conforme a la línea jurisprudencial trazada por el Máximo Tribunal Constitucional, concretamente en la sentencia SU-130 de 2013, se concluye que, en materia de traslado de régimen pensional, particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición, se han establecido las siguientes reglas de obligatorio cumplimiento para los jueces de tutela:

- i. Sólo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años o más de servicios al sistema para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición, caso en el cual, *“deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media”*¹⁶. No obstante lo anterior,
- ii. los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, es decir, aquellos que para el momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 35 años en el caso de las mujeres y, 40 años en el caso de los hombres, podrán trasladarse de régimen pensional una vez cada 5 años, contados a partir de su selección inicial, sin embargo no podrán efectuar dicho traslado cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez. *“En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición”*¹⁷. Por fuera de lo anterior,
- iii. en relación con los demás afiliados al Sistema General de Pensiones, igualmente podrán trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años pero no podrán hacerlo si le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder al derecho a la pensión, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Caso concreto.

Como se expuso, en la presente causa, el actor Marco Julián Infante Gómez formuló acción de tutela contra las entidades demandadas, por considerar que estas vulneraron sus derechos fundamentales a igualdad, dignidad, petición, trabajo, debido proceso, derechos adquiridos, seguridad social y mínimo vital, al no autorizarle el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida, tras sostener que, de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para el momento de la presentación de la solicitud de traslado le faltaba menos de 10 años para acceder a su derecho a la pensión de vejez.

Según fue señalado en el acápite anterior, acorde con lo previsto en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-130 de 2013, unificó su jurisprudencia en relación con el traslado de régimen pensional particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición.

¹⁶ Sentencia SU -130 de 2013.

¹⁷ Sentencia SU-130 de 2013.

Conforme con lo anterior y atendiendo las reglas fijadas por la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, analizaremos lo acreditado en el proceso así:

- De acuerdo con su historia laboral y la copia de la cédula de ciudadanía (fl.5), el accionante nació el 15 de septiembre de 1959 y empezó a realizar sus aportes a partir del 15 de diciembre de 1976 en el Instituto de Seguros Sociales (fls.12-13 y 18-19).

- Con base en lo declarado en la acción de tutela, el 11 de mayo de 1994 decidió trasladar sus aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. y posteriormente, en el mes de diciembre de 2012 decidió afiliarse al Fondo de Pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A. Finalmente, regresó a Protección S.A.

- Tal y como se deduce de la cédula de ciudadanía del actor, para el momento de la presentación de la acción de tutela (04/06/2019), cuenta con 59 años de edad, encontrándose a menos de 10 años para acceder al derecho a la pensión de vejez (cumple los 60 años el 15 de septiembre de 2019 fl.5).

Así las cosas, y atendiendo que, sólo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años (750 semanas) o más de servicios al sistema para el 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse de régimen en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición, caso en el cual, *“deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media”*¹⁸.

En este aspecto, de acuerdo al resumen de la historia laboral de Protección S.A. a folios 12 al 13, y el reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones a folios 18 a 19 del expediente, se constata que:

Nombre o Razón Social	Desde	Hasta	Semanas
Almacenes Eric & Cía.	15/12/1976	30/12/1978	106,57
Díaz Currea Aristizabal	15/02/1979	01/10/1979	32,71
Sociedad Coloc Seguros LTDA	01/10/1979	30/06/1980	39,00
Aseguradora Grancolo Crédito S.A.	18/08/1980	31/07/1982	101,86
Aseguradora Grancolo Crédito S.A.	01/08/1982	31/01/1983	26,29
Aseguradora Grancolo Crédito S.A.	01/02/1983	31/10/1984	91,29
Inversiones el Corral y Cía.	12/03/1987	16/04/1989	109,57
Inversiones el Corral y Cía.	04/07/1989	30/08/1989	8,29
Bueno Plata Paulo E	12/09/1989	01/01/1992	120,29
Inversiones el Corral y Cía.	14/01/1992	31/03/1994	115,42
TOTAL			751.29

Acorde con lo anterior, se advierte que el actor, si bien es cierto no cuenta con 40 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, sí registra para esa misma fecha 15 años o más de servicios cotizados, lo que se traduce en más de 750 semanas, para ser beneficiario del régimen de transición. En ese contexto, y bajo los parámetros fijados por los incisos 4° y 5° del artículo 36 de las Ley 100/93, tal y como los mismos fueron interpretados por la Corte Constitucional en la Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, es claro que el traslado que en alguna oportunidad realizó el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, no generó en él la pérdida del régimen de transición.

En consecuencia, su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, manteniendo los beneficios del régimen de transición, sí es procedente, aun cuando le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, pues como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, a quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados, no aplica la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, es decir, que su traslado puede efectuarse *“en cualquier tiempo”*¹⁹.

¹⁸ Sentencia SU -130 de 2013.

¹⁹ ibídem

Con todo ha de anotarse que, para que proceda el traslado del actor en los términos anteriormente señalados, es necesario que: **(i)** traslade al régimen de prima media con prestación definida la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y **(ii)** que el monto trasladado no sea inferior al valor total del aporte legal correspondiente en caso de que hubiere permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, dentro de un plazo razonable, deberá aportar el dinero que haga falta con el fin de cumplir con dicha exigencia.

Que para el trámite de traslado según lo manifestado por la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. se debe dar cumplimiento al procedimiento enunciado en la Circular Básica Jurídica - C.E. 029/14, diligenciando inicialmente el formulario ante la nueva entidad, en este caso Colpensiones, la cual informara la solicitud a la actual administradora de pensiones del solicitante para que imparta su aprobación y realice los cálculos de los aportes como el traslado de los mismos.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho concederá el amparo de los derechos fundamentales de petición y seguridad social del actor y a la libertad de elección de régimen pensional. En consecuencia, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que, **acepte, sin dilación alguna**, el traslado del señor Marco Julián Infante Gómez al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes, reconociéndole su calidad de beneficiario del régimen de transición, y advirtiéndole que en caso de que no logre satisfacer el requisito de equivalencia del ahorro, tal como lo dispone el Decreto 3995 de 2008, le ofrezca la posibilidad de aportar, dentro de un plazo razonable, el dinero que haga falta con el fin de cumplir con dicha exigencia. Para lo cual deberá dar cumplimiento al procedimiento establecido en la Circular Básica Jurídica - C.E. 029/14.

Del mismo modo, ordenará a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. que, proceda a autorizar el traslado del señor Marco Julián Infante Gómez a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, trasladando a éste la totalidad del ahorro depositado en su cuenta individual.

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales de petición, seguridad social del actor y libertad de elección de régimen pensional invocados por el Señor Marco Julián Infante Gómez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que acepte, sin dilación alguna, el traslado del señor Marco Julián Infante Gómez al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes, reconociéndole su calidad de beneficiario del régimen de transición. Para lo cual deberá dar cumplimiento al procedimiento establecido en la Circular Básica Jurídica - C.E. 029/14, informando a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. de tal actuación dentro de los OCHO (8) DÍAS siguientes a la notificación de la presente sentencia.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. que, en un término no mayor a OCHO (8) DÍAS contados a partir del informe de traslado presentado por Colpensiones, proceda a autorizar el traslado del señor Marco Julián Infante Gómez a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, trasladando a éste la totalidad del ahorro depositado en su cuenta individual.

CUARTO.- ADVERTIR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que, en caso de que no se logre satisfacer el requisito de equivalencia del ahorro, tal como lo dispone el Decreto 3995 de 2008, le ofrezca al señor Marco Julián Infante Gómez la posibilidad de aportar, dentro de un plazo razonable, el dinero que haga falta con el fin de cumplir con dicha exigencia.

QUINTO.- ADVERTIR que, de conformidad con lo previsto en los artículos 13, literal e) y 36, incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, tal y como fueron interpretados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones,

Accionante: Marco Julián Infante Gómez
Accionada: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones
Vinculada: Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A.
Acción de tutela No. 110013335-017-2019-00234-00

pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición.

SEXTO.- NOTIFICAR a la accionada y al accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Si este fallo no fuere impugnado, **ENVÍESE** el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991. Una vez regrese **ARCHÍVENSE** las presentes diligencias dejando la respectiva constancia en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

7/8