



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020).

NATURALEZA DEL PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
PROCESO No.:	11001-33-35-025-2020-00121-00
DEMANDANTE:	ANA CRISTRINA FUERTES CHAVES
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por el señor ANA CRISTRINA FUERTES CHAVES, quien actúa en causa propia, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por la presunta violación a los derechos fundamentales debido proceso, acceso a cargos públicos y trabajo.

I. ANTECEDENTES

1. Soporte fáctico de la solicitud de amparo

Del escrito de tutela se extraen los siguientes **HECHOS** relevantes:

Indicó la accionante, que nació el 29 de agosto de 1961 y la mayor parte de su vida laboral la ha dedicado al servicio de la Rama Judicial.

Manifestó que después de ocupar varios cargos en la Rama Judicial superó con éxito un concurso de méritos para el cargo de Juez de la República y en consecuencia fue nombrada como Juez Treinta y tres Penal Municipal de Bogotá el 10 de abril de 1992, luego fue designada como Juez Penal del Circuito por tres años por el Tribunal Superior de Bogotá y posteriormente como Juez 23 Penal del Circuito de Bogotá que fuera transformado transitoriamente en Juzgado 4º Penal del Circuito de Descongestión por el Consejo Seccional de la Judicatura.

Que posteriormente el Consejo Seccional de la Judicatura decidió pasar al sistema acusatorio al Juzgado 33 Penal Municipal de Bogotá, el cual se transformó en el Juzgado 38 Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá por lo que desde el 1 de julio de 2015 se viene desempeñando como juez de este último despacho judicial.

Sostuvo que durante su vida laboral ha visto menguada su condición de salud viéndose forzada a laborar en el Juzgado 33 Penal Municipal de Bogotá en jornadas muy largas que incluían fines de semana y festivos situación que le ocasionó estrés, afectaciones del colon y parálisis del brazo izquierdo; problemas que logró superar con medicina alternativa.

Indicó que en los últimos años debido a la excesiva carga laboral ha padecido problemas de ansiedad, depresión, fatiga que han repercutido en problemas en la vesícula y otros trastornos físicos.

Manifestó que el 30 de noviembre de 1995 realizó cambio de régimen pensional de Cajanal a la Administradora del Régimen de Pensiones y Cesantías Colmena, que luego se fusionara con AFP Protección.

Que en el formulario de traslado no se aprecian las condiciones de afiliación o condición más beneficiosa para el cambio, situación contraria a lo que le informaron los asesores de esa entidad quienes en forma engañosa le ofrecieron que con el traslado obtendría una pensión mucho mayor a la del régimen público y a una menor edad.

Sostuvo que mediante petición del 29 de marzo de 2019 dirigida a Protección solicitó se expidiera el simulacro de pensión, la cual fue resuelta y donde se desprende que por el salario promedio de cotización de más de seis millones de pesos apenas devengaría una pensión por valor de \$1.707.383,54, situación que no compadece con los casi 30 años de trabajo en la Rama Judicial y las sumas cotizadas a Cajanal, lo que configura el engaño del que fue objeto al momento de afiliarse.

Consideró que en caso de retirarse de laborar de la Rama Judicial y acceder a la pensión ofertada por Protección se generaría un perjuicio de carácter irremediable consistente en la pensión irrisoria liquidada por el Fondo Privado, lo cual no ocurriría en Colpensiones, donde se liquidaría la pensión teniendo en cuenta el promedio de los últimos 10 años de ingresos mensuales, en caso de no tener derecho al régimen de transición, monto con el cual podría tener una vejez digna y que le permitirían asumir los gastos personales y el pago de una enfermera que colabora a su madre quien es una persona de avanzada edad y tiene diversos problemas de salud como demencia senil, situaciones que le impiden retirarse de la actividad laboral, a pesar de la condición física que enfrenta.

1.2. Pretensiones.

La tutelante solicitó al Despacho acceder a las siguientes:

“Sirvas TUTELAR los derechos fundamentales a la libre escogencia de régimen pensional, a la seguridad social en pensión, al principio de favorabilidad en conexidad con el mínimo vital y móvil, salud, entre otros- en consecuencia:

(i) Se ordene a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la sentencia AUTORICEN EL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL de la suscrita tutelante.

(ii) Se condene a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES, en la forma dispuesta en el artículo 10º del nombrado decreto 3995 de 2008 los aportes por mi efectuados a ese AFP y se ordene a COLPENSIONES que una vez la AFP PORVENIR S.A. le devuelva los aportes hechos a dicha AFP por la accionante PROCEDA A INCORPORARLOS EN LA HISTORIA LABORAL, y me comunique por escrito sobre el cumplimiento de lo ordenado anexando la historia laboral “en la que se reflejen los aportes mencionados”.

2. TRÁMITE PROCESAL Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE TUTELA

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de fecha diecinueve (19) de mayo de dos mil veinte (2020), en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, al representante legal de las Entidades accionadas, a quien se le concedió el término de dos (2) días para que rindiera informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa.

Notificada en debida forma las entidades accionadas, y vencido el término concedido para su intervención, las entidades accionadas contestaron la presente acción de tutela de la siguiente forma.

AFP – PROTECCIÓN

Por intermedio del representante legal de la entidad contestó la acción de tutela manifestando que la accionante presenta afiliación al Fondo de Pensión Obligatoria administrado por ING, hoy Protección S.A., desde el día 30 de noviembre de 1995, como traslado de régimen proveniente del ISS, hoy Colpensiones, y la efectividad de dicha afiliación se presentó el día 01 de diciembre de la misma anualidad.

Indicó que la afiliación de la señora Ana Cristina Fuertes Chaves al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. se presume válida, en consideración a que cumple con los presupuestos de que trata el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, razón por la cual no es posible para la administradora entrar a cuestionar la validez de la afiliación suscrita por ella.

Sostuvo que el formulario de afiliación al Fondo de Pensión Obligatoria Protección S.A. fue suscrito por la señora Ana Cristina Fuertes Chaves, gozando de la presunción de legalidad y está solo podrá desvirtuarse con la decisión que emita la autoridad competente para tal efecto.

Que si la señora Ana Cristina Fuertes Chaves pretende se deje sin efectos la afiliación al Fondo de Pensiones que administra Protección S.A., tendrá que acudir ante la justicia penal o la ordinaria, con el fin de adelantar el respectivo proceso judicial.

Argumentó que si lo que pretende la afiliada con la presente acción de tutela es obtener el traslado de régimen, es necesario manifestar que, hasta la fecha Colpensiones no ha radicado ante Protección S.A. una solicitud formal de traslado de la citada señora, trámite que indispensablemente debe adelantar esa entidad para que el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. pueda pronunciarse frente a la petición de traslado pretendida, conforme lo establece la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, pero que no obstante teniendo en cuenta la presente acción constitucional, indicó que la petición de la accionante debe ser rechazada, en consideración a que, a la fecha, a la señora Ana Cristina Fuertes Chaves le faltan menos de 10 años para cumplir la edad, para tener derecho a la pensión de vejez, situación que le impide retornar a Colpensiones por

expresa disposición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Indicó que en el caso de la señora Ana Cristina Fuertes Chaves se encontró que para la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones tampoco cumplía con el requisito de los 15 años de servicio, toda vez que según el reporte tomado de la página de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la afiliada registra con 0 semanas de cotización, razón por la cual su solicitud de traslado a Colpensiones no podría ser aprobada, ya que para ello es obligatorio que se den los presupuestos establecidos por las normas legales que rigen la materia.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

Mediante la Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales contestó la acción de la referencia indicando 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.

Indicó que la solicitud de traslado que la actora presentó fue respondida por COLPENSIONES, y en ella se fundamentaron las razones por las cuales se ha negado su afiliación, en ese orden si la accionante presenta desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión de ser trasladado vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial

3. PRUEBAS ANEXAS AL ESCRITO DE TUTELA

- Cédula de ciudadanía de la accionante
- Certificación suscrita por el Secretario General del Tribunal Superior de Bogotá en la que se indica que la accionante desempeña el cargo de Juez Penal Municipal de Bogotá desde el 10 de abril de 1992 y desde el 1 de julio de 2015 como Juez 38 Penal Municipal con función de conocimiento en propiedad.
- Certificación médica suscrita por el médico Luís Fernando Vargas.
- Resolución CSBTR 15-236 del 2 de diciembre de 2015, mediante la cual se aclara la inscripción en el Escalafón de Carrera Judicial.
- Solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena del 30 de noviembre de 1995.
- Información de la historia laboral de la actora, expedida por Protección.
- Respuesta de Protección a petición efectuada por la actora respecto de la proyección para determinar la mesada pensional.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo preferente y sumario, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, a disposición de los ciudadanos, mediante la cual pueden reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares.

El trámite de esta herramienta jurídica por medio de un procedimiento preferente y sumario, supone su prevalencia frente a las demás acciones, y que el fallo que disponga la protección de derechos fundamentales sea de inmediato cumplimiento, empero, puede ser impugnado ante el superior, quien luego debe remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A la par, se constituye como una acción subsidiaria y residual, de manera que se torna improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el interesado para obtener la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de ello, en el evento de que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se hace procedente.

Así, aunque la acción de tutela ha sido puesta por la Constitución y la Ley a disposición de todas las personas, ese derecho de acción no es absoluto, en cuanto está limitado por las causales de improcedencia, como la anteriormente mencionada, y las previstas en el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, tales como: i) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; ii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos; iii) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y, iv) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Sin embargo, también la norma que crea la acción indica que la acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.1. De la procedencia de tutela en materia de seguridad social

En materia de seguridad social, la Corte Constitucional¹ sobre la procedencia de la acción de tutela ha sostenido:

1.2.4.3. La regla general consiste en que, quien alega por vía de tutela la amenaza o trasgresión de sus derechos fundamentales, debe demostrar haber acudido previamente a los medios ordinarios de defensa previstos para tal fin; no obstante, la Corte ha fijado dos escenarios para que la acción proceda de manera excepcional sin la necesidad de agotar la vía ordinaria de defensa judicial, estos son:

¹ T-013 de 2019

“(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”².

1.2.4.4. Frente al segundo escenario, la jurisprudencia ha dicho que la acción de tutela procede *“como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*, caso en el cual la decisión de amparo se mantendrá por el término que tome la autoridad judicial competente en decidir de fondo sobre la acción ordinaria que interponga el afectado dentro de los 4 meses siguientes al fallo; y en el primer evento, la Corte ha establecido que el fallo del juez constitucional tendrá un carácter definitivo, puesto que los medios de defensa judicial son *ineficaces* para enfrentar la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales invocados³.

1.2.4.5. En ambas circunstancias, esta Corporación ha indicado que el juez de tutela debe realizar una valoración *“en concreto”* de la esfera personalísima del tutelante, para dilucidar si es la acción de tutela y no la acción ordinaria, el medio más expedito y adecuado de protección de las garantías constitucionales invocadas⁴.

1.2.4.6. Para esta Sala es importante destacar que, en tratándose de derechos prestacionales, los criterios específicos a partir de los cuales es dable la procedencia excepcional y amparo definitivo de la acción de tutela son:

“a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.

b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.

c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”⁵. (Negrillas fuera de texto)

Acorde con lo expuesto, es claro que por regla general la tutela no procede en el marco de la protección del derecho a la seguridad social, esto debido al carácter eminentemente residual de mecanismo judicial, sin embargo, la citada regla encuentra excepción en las condiciones particulares que

² Ver sentencia T-204 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³ Ver sentencias T-653 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-043 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-672 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

⁴ Ver sentencia T-672 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ Ver sentencias T-801 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa; T-722 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-1069 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-672 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez T-057 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; entre otras.

ostente el accionante como lo son i) *Que se trate de sujetos de especial protección constitucional; ii) Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital; iii) Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.; v) Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados, de allí que al analizar esas particularidades se podrá determinar si la procedencia se debe dar como mecanismo transitorio o definitivo.*

2.2. Del traslado de régimen

El artículo 48 constitucional señala que: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley... Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social...”

Por su parte el artículo 53 constitucional dispone que: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad...El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. ...La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores...”

Ley 100, del 23 de diciembre de 1993: Creó el sistema general de pensiones, el cual entró a regir el 1º de abril de 1994, para el orden nacional, y el 30 de junio de 1995, para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital.

El artículo 36 de esta Ley creo un régimen de transición el cual tiene por objeto conservar los requisitos para acceder a la pensión del régimen anterior así:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014*, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y

cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

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. (Negrillas fuera de texto)

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

(...)

De lo expuesto se colige que aquellas personas que en principio fueran beneficiarias del régimen de transición y decidieran trasladarse voluntariamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no les sería aplicable el régimen de transición, así como tampoco cuando decidieran trasladarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Mediante sentencia C- 789 de 2002, la Corte Constitucional conoció sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al respecto resolvió su exequibilidad en el entendido que a las personas que pese a haberse acogido al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad decidan cambiarse al de Prima media, conservara el régimen de transición **si a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaban con 15 años o más de servicios**, y además, trasladen el ahorro efectuado que no puede ser inferior al monto del aporte legal correspondiente, al respecto indicó:

En efecto, al entrar a regir la Ley 100 de 1993, una de las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición y tener la expectativa de acceder al régimen de transición era precisamente no renunciar al sistema de prima media con prestación definida. Por lo tanto, no puede afirmarse que las personas que renuncian a este sistema se les hubiera siquiera frustrado una expectativa legítima, pues para las personas que no han adquirido el derecho a la pensión, pero tienen la edad para estar en el régimen de transición, ésta existe como tal, únicamente en la medida en que cumplan con no renunciar al régimen de prima media.

(...)

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

La Ley 797 de 2003, reforma algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, entre ellos el artículo 13 de la misma, el cual quedó de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2. Se modifican los literales a), e), i), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y se adiciona dicho artículo con los literales l), m), n), o) y p), todos los cuales quedarán así:

Artículo 13. Características del Sistema General de Pensiones.

(...)

e) 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; (...)**

Ahora bien, en materia de traslado de régimen, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en sinnúmero de ocasiones, entre otras, en sentencia SU 062 de 2010 en la cual puntualizó:

“20.- La segunda oportunidad en la cual la Corte Constitucional abordó el tema del traslado entre regímenes pensionales en el caso de las personas beneficiadas con el régimen de transición fue en la sentencia C-1024 de 2004, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Originalmente, esta última norma prescribía que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. El artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición mencionada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

Como se puede ver, la modificación no se refiere específicamente al caso de las personas cobijadas por el régimen de transición pero, indirectamente, regula su situación pues ni ellos ni los demás afiliados podrán trasladarse de régimen cuando les falten 10 años o menos para cumplir edad que requieren para adquirir la pensión de vejez. En el caso de las personas del

grupo (iii) el cambio normativo se traduciría en que no podrían trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para hacer uso de los beneficios del régimen de transición, en los términos de la sentencia C-789 de 2002, cuando les falten 10 años o menos para llegar a la edad exigida para la pensión de vejez.

(...)

“...Por lo anterior, resulta imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta Corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004: *algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:*

- (i) *Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.*
- (ii) *Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual*
- (iii) *Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

Según la línea jurisprudencial constitucional traída al caso se ha determinado que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, **en cualquier tiempo**, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. De conformidad con las sentencias precitadas, a estas personas no les son aplicables ni las consecuencias ni las limitaciones y prohibiciones de traslado de los artículos 36 (inciso 4 y 5) y 13 (literal e) de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con la jurisprudencia citada estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos **(i)** tener, a 1° de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados y **(ii)** trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media, por haber devenido esta exigencia en un imposible a causa de un cambio normativo, máxime cuando no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

La anterior posición fue reafirmada por las sentencias SU 130 de 2013 y SU-856 de 2016, no obstante se hace necesario traer a colación lo indicado por la primera en el siguiente aspecto:

10.5. En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la Sentencia C-1024 de 2004, se entendió que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, **en el sentido que no podrán trasladarse quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados**, quienes podrán hacerlo “en cualquier tiempo”, conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002. La referencia hecha a este último fallo, por parte de la Sentencia C-1024 de 2004, no significa cosa distinta a que **solo quienes cumplen con el requisito de tiempo se servicios cotizados (15 años o más) pueden retornar sin límite temporal alguno al régimen de prima media, pues son los únicos afiliados que no pierden el derecho al régimen de transición por efecto del traslado.**

10.6. No sucede lo mismo, en cambio, con quienes son beneficiarios del régimen de transición por edad, pues como quiera que el traslado genera en esta categoría de afiliados la pérdida automática del régimen de transición, en el evento de querer retornar nuevamente al régimen de prima media, por considerar que les resulta más favorable a sus expectativas de pensión, **no podrán hacerlo si les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dada la exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 100/93, declarada en la Sentencia C-1024 de 2004.**

10.7. Así las cosas, 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.**

(...)

(Negritas y subrayado fuera de texto)

3. Caso en concreto.

En el presente caso, acude al medio de protección constitucional la señora ANA CRISTRINA FUERTES CHAVES, quien conforme con la cédula de ciudadanía acredita haber nacido el 29 de agosto de 1961.

Así mismo acredita haber ingresado a laborar al servicio de la Rama Judicial el 10 de abril de 1992, conforme a la certificación expedida por la Secretaría General del Tribunal Superior de Bogotá.

Acude a la acción constitucional, por cuanto en los últimos años debido a la excesiva carga laboral ha padecido problemas de ansiedad, depresión, fatiga que han repercutido en problemas en la vesícula y otros trastornos físicos para lo cual allega una certificación de su médico tratante.

En primer lugar, debe indicar el Despacho respecto de la procedencia de la acción que el presente caso encaja en la regla general, esto es, que es improcedente en atención a que el asunto no se trata de una persona de

especial protección constitucional pues la actora no se encuentra en los siguientes escenarios (menor de edad, mujer embarazada, adulto mayor, con disminuciones físicas y psíquicas o en situación de desplazamiento).

Tampoco se observa que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, pues en el presente caso la accionante se encuentra vinculada a la Rama Judicial en calidad de Juez y no se encuentran cargos ni probanzas que demuestren el perjuicio al mínimo vital.

De igual manera, en el presente caso no se pretende el reconocimiento de la prestación per-se, sino el cambio de régimen pensional para posteriormente solicitar el mismo, razón por la cual no se cumple con el requisito de actividad administrativa y judicial en cabeza de la actora en procura del reconocimiento pensional.

Finalmente, en el presente asunto no se encuentra acreditado las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados y que pretende proteger con la acción constitucional.

No obstante, en gracia de discusión, en el caso bajo estudio, en principio no se cumplen los supuestos jurisprudenciales para autorizar el traslado del régimen que deprecia la actora, pues está demostrado que la tutelante al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, contaba con 32 años 7 meses y dos días de edad, ergo, por edad no se encuentra en el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la mentada norma.

Se suma a lo expuesto, que conforme lo probado la accionante ingresó a laborar el 10 de abril de 1992 al servicio de la Rama Judicial, luego por tiempo de servicio tampoco le es aplicable el régimen de transición.

En ese orden, en la medida que solo están autorizados a 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, es claro que la accionante no podría acceder a este beneficio, sin embargo no le son aplicables la modificaciones establecidas por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, toda vez que al primero 29 de enero de 2004, año posterior a la entrada en vigencia de la citada ley, al actora no le faltaban 10 años o menos de edad para pensionarse.

Ahora bien, como lo pretendido por la accionante es anular el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual por los engaños a los que fue sometida en su momento por parte de los asesores del Fondo Privado, y demostrado cómo se encuentra que en el presente caso no se cumplen los requisitos para dar procedencia a la tutela como mecanismo transitorio, por ausencia del perjuicio irremediable, es claro que la tutelante deberá acudir a ventilar tal pretensión ante la justicia ordinaria en aplicación numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, razón por la cual sin más consideraciones se declarará la improcedencia de la presente acción.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por ANA CRISTRINA FUERTES CHAVES, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. Comunicar a las partes por el medio más expedito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke that ends in a small hook.

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas