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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 11 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma improcedencia

Radicación Nro. : 66001-31-07-002-2017-00055-01

Accionante: ÁLVARO MORENO GONZÁLEZ

Accionado: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / NO CUMPLE LOS REQUISITOS.** [D]e acuerdo a la historia laboral aportada por el accionante, el señor Álvaro Moreno González no cumple con las condiciones mínimas para acceder al traslado de régimen, toda vez que no acredita 15 años de servicios cotizados en el SGSS al 1º de abril de 1994, pues aunque en el numeral segundo de los hechos objeto de tutela se planteó que al 1° de abril de 1994 el señor Álvaro contaba con 803,57 semanas cotizadas, teniendo en cuenta que desde el 23 de mayo de 1977 al 15 de agosto de 1987 estuvo vinculado con la empresa denominada “CARVAJAL S.A”, lo cierto del caso es que dicho tiempo de servicios no se encuentra reflejado en su historia laboral (folio 25), y haciendo una sumatoria de las semanas que allí se pueden observar, es a todas luces insuficiente para que a través de esta acción se acceda a las pretensiones planteadas. Es suficiente lo dicho hasta ahora para concluir que la decisión de instancia deberá ser confirmada, sin embargo, ello no se debe a que no sea procedente efectuar un análisis del asunto en sede de tutela, sino teniendo en cuenta que no se cumple con los requisitos jurisprudenciales establecidos para ese fin.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, lunes once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 3:45 p.m.

Aprobado por Acta No. 921

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-07-002-2017-00055-01 |
| **Accionante:**  | Dr. Andrés Felipe Ríos M., apoderado de Álvaro Moreno González  |
| **Accionado:** | AFP Colpensiones y Porvenir  |
| **Procedencia:** | Juzgado 2° Penal del Circuito Itinerante de Pereira  |
| **Decisión:**  | Confirma decisión  |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el apoderado judicial del señor **ÁLVARO MORENO GONZÁLEZ**, en contra de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Itinerante de Pereira, mediante la cual resolvió declarar improcedente la solicitud de amparo constitucional invocada en contra de las Administradoras de Pensiones Colpensiones y Porvenir.

**ANTECEDENTES:**

El abogado Andrés Felipe Ríos Mejía, actuando como apoderado judicial del señor Álvaro Moreno González, interpuso acción de tutela en contra de las administradoras de pensiones Colpensiones y Porvenir, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, seguridad social y libre elección del régimen pensional, ello con base en los hechos que a continuación se sintetizan:

* El señor Álvaro Moreno González nació el 18 de marzo de 1953, y a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es al 1° de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios cotizados y/o 750 semanas, concretamente, acreditaba para esa fecha 15 años, 7 meses y 15 días.
* Además de lo anterior, acreditaba 1.172.14 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, con lo que se entiende que cumple con los requisitos legales y constitucionales para conservar el régimen de transición.
* El 19 de septiembre del año 2000 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad –AFP Porvenir-.
* El 14 de noviembre de 2017 radicó ante Colpensiones una solicitud de traslado de régimen, pero hasta la fecha no ha obtenido respuesta al respecto.
* Así mismo, el 20 de noviembre de 2014 radicó la misma solicitud en Porvenir, obteniendo respuesta desfavorable mediante comunicado del 24 de noviembre de 2014, en el cual le exponen que no puede trasladarse porque al 1° de abril de 1994 no tenía 15 años de cotizaciones.

En vista de lo anterior solicitó que, tras proteger los derechos fundamentales de los cuales es titular su prohijado, se ordene a la AFP Porvenir autorizar y efectuar el traslado del señor Moreno González a la AFP Colpensiones, con la totalidad de ahorros y rendimientos efectuados en el fondo privado. Además se ordene a Colpensiones aceptar dicha vinculación.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado Itinerante de Pereira avocó el conocimiento de la actuación el día 17 de julio de 2017, en contra de las administradoras de pensiones Porvenir S.A y Colpensiones, a quienes ordenó correr traslado del escrito de tutela y sus anexos para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Posteriormente, al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió mediante sentencia proferida el 31 de julio de 2017, declarar improcedente, al encontrar que para el caso concreto no se cumplió con el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

**IMPUGNACIÓN:**

El 02 de agosto del presente año, el abogado que representa los intereses del señor Moreno González, presentó un memorial mediante el cual impugnó la decisión de primera instancia, ello porque se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial constitucional referente al traslado de régimen pensional.

Además, cuestionó que el Juez Cognoscente no haya tenido en cuenta que su representado tiene 64 años de edad, por lo que de aceptarse el traslado del régimen pensional estaría gozando del beneficio de la pensión de vejez.

Tampoco tuvo en cuenta el Juez fallador que el señor Álvaro se encuentra desempleado y no cuenta con recursos suficientes para su propia congruencia.

Reiteró que su poderdante cumple con los requisitos para trasladarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPDM, y no tiene sentido que deba esperar los resultados de un proceso ordinario que tardará alrededor de 10 años, debido a la congestión que padece la jurisdicción.

De este modo, reiteró las peticiones expuestas en su escrito inicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Sala de decisión se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

En el presente asunto le corresponde a la Sala determinar si el Juez de primer nivel estuvo errado, al no aplicar para la resolución del asunto el precedente jurisprudencial invocado por la parte accionante en su escrito de tutela.

Según el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un instrumento confiado a los Jueces para brindar a quien la reclama, la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido quebrantados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en nuestra Carta Magna.

Materia de decisión para esta Colegiatura, la constituye la intención del recurrente, en el sentido de que se acceda a las pretensiones planteadas en la acción de tutela, de ordenar a las entidades accionadas que autoricen el cambio de régimen pensional del señor Álvaro Moreno González desde el RAIS al RPDM.

Al respecto, debe partirse diciendo que el marco legal que regula el traslado de régimen de los afiliados al SGSS, está contemplado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal e del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, según el cual:

*“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”*

Es de aclararse que lo concerniente a la prohibición contemplada en la parte subrayada del artículo en cita, en cuanto impide que a quienes les falten diez años o menos para pensionarse por vejez puedan trasladarse de régimen, fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad resuelta por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1024 de 2004, en aquella oportunidad el Alto Tribunal declaró la exequibilidad condicional de ese artículo, excluyendo de dicha prohibición a las personas que pertenecían al régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo la modalidad de haber cotizado durante 15 años al SGSS para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la referida norma.

Así mismo, dicho criterio se consolidó de forma posterior a través de dos sentencias de unificación ampliamente conocidas: SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, en las cuales se dejó por sentado, sin dejar lugar a otro escenario posible, que el requisito que debe cumplir una persona, cuando siendo beneficiaria del régimen de transición, pretenda trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, es el que tiene que ver con el tiempo de servicios cotizados a dicho sistema:

*“(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.”[[1]](#footnote-1)*

Así mismo quedó especificado la parte resolutiva de la Sentencia SU-130 de 2013:

“*SEXTO: 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, 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.”*

Así las cosas, y aterrizando la jurisprudencia en cita al caso bajo estudio, es evidente que de acuerdo a la historia laboral aportada por el accionante, el señor Álvaro Moreno González no cumple con las condiciones mínimas para acceder al traslado de régimen, toda vez que no acredita 15 años de servicios cotizados en el SGSS al 1º de abril de 1994, pues aunque en el numeral segundo de los hechos objeto de tutela se planteó que al 1° de abril de 1994 el señor Álvaro contaba con 803,57 semanas cotizadas, teniendo en cuenta que desde el 23 de mayo de 1977 al 15 de agosto de 1987 estuvo vinculado con la empresa denominada “CARVAJAL S.A”, lo cierto del caso es que dicho tiempo de servicios no se encuentra reflejado en su historia laboral (folio 25), y haciendo una sumatoria de las semanas que allí se pueden observar, es a todas luces insuficiente para que a través de esta acción se acceda a las pretensiones planteadas.

Es suficiente lo dicho hasta ahora para concluir que la decisión de instancia deberá ser confirmada, sin embargo, ello no se debe a que no sea procedente efectuar un análisis del asunto en sede de tutela, sino teniendo en cuenta que no se cumple con los requisitos jurisprudenciales establecidos para ese fin.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido el 16 de mayo del presente año por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y **REMITIR** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Sentencia SU 062 de 2010 [↑](#footnote-ref-1)