TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado Ponente:
Fernán Camilo Valencia López

Pereira, veintiuno de junio de dos mil diez
Acta Nº 273

Procede la Sala a resolver la impugnación que el Instituto de Seguros Sociales interpuso contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito el 6 de mayo pasado, por medio de la cual se resolvió la acción de tutela que en contra suya y de Citi Colfondos Pensiones y Cesantías promovió Amalia del Socorro Sánchez Montoya.

ANTECEDENTES

Se expuso en la demanda que la accionante solicitó en octubre de 1998 se trasladaran sus aportes en pensión del Instituto de Seguros Sociales al fondo privado de Colpatria, y desde julio de 2007 cotiza a Colfondos, S.A., como trabajadora del Hospital Mental de Risaralda; que pretendió regresar al ISS pero la entidad no le recibió el formulario con su intención por "contar con menos de 10 años para pensionarme", lo que desconoce lo dispuesto en las sentencias C-789 de 2002 y 1024 de 2004 y en la T-168 de 2009; que el 11 de marzo pasado solicitó al gerente de Colfondos el traslado de aportes "para pensión de mi cuenta de ahorro individual, al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS", que no le contestó; que con apoyo en las decisiones aludidas debe permitírsele su traslado de régimen "teniendo en cuenta que mi fecha de nacimiento el día 26 de febrero de 1954, es fácil concluir, que para el 1 de abril de 1994, ya contaba con más de 35 años de

edad, exactamente con 40 años 1 mes 2 días y con 15 años 1 mes y 23 días[1], soy beneficiaria del Régimen de Transición conforme el artículo 36 de la ley 100 de 1993". En consecuencia, solicita que en procura de sus derechos constitucionales fundamentales de petición, debido proceso, seguridad social, igualdad, a la condición más beneficiosa y a una vejez digna, se ordene al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. hacer "efectivo el traslado de los aportes 'bono pensional' al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales con los correspondientes aportes desde el 8 de Octubre de 1998".

Se admitió la acción de tutela el 27 de abril del año en curso. El ISS dijo que la solicitud de traslado no es viable de acuerdo con lo dispuesto por la ley 797 de 2003 toda vez que la libelista cuenta 58 años de edad por lo que ya superó la edad mínima de pensión. Citi Colfondos reiteró que la demandante tiene cuenta activa en su fondo de pensiones "desde el 24 de mayo de 2007"; que a la fecha el Seguro Social no ha radicado solicitud de traslado de régimen; que consultada la página de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tiene "como tiempo válido para bono 4.984 días, 712 semanas. Se evidencia entonces que de acuerdo a la información que esta (sic) arrojando la página interactiva de la Oficina de Bonos Pensionales… no cumple con el requisito previsto en las sentencias C 789 de 2002 y C 1024 de 2004, las cuales exigen en primer lugar haber cotizado 15 años al 1 de abril de 1994"; que una vez el Seguro Social solicite el traslado será necesario validar si la demandante cumple con dicho requisito y "con el fin de darle celeridad a la validación… y bajo el evento de que el ISS solicite el traslado de la accionante, será necesario que los tiempos laborados… en el sector público se encuentren cargados en la historia laboral que se reporta a través de la página interactiva de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público"; señala que la acción es improcedente y desarrolla lo que a su entender es el marco legal de traslado de regímenes pensionales e insta a que se declare la improcedencia de la demanda en contra suya y que se "condene al ISS a autorizar o rechazar el traslado de la accionante".

[1] En sustento de lo cual alegó haber trabajado al Hospital de Caldas entre el 9 de febrero de 1979 y hasta el 3 de septiembre de 1984, y en el Hospital Mental de Risaralda desde el 4 de septiembre de 1984 hasta el 1 de abril de 1994, su administradora de fondos de pensión fue hasta 31 de diciembre de 1985 la Caja de Beneficiencia Municipal de Pereira, y desde esa fecha lo fue Cajanal.

El 6 de mayo el Juzgado de instancia, luego de transcribir apartes de la sentencia de unificación 062 de 2010, según la cual "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", siempre que i) tengan al 1 de abril de 1994 quince años de servicios cotizados; ii) trasladen al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual; y iii) 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, consideró que según las pruebas que obran en el expediente "la accionante cumple con los dos primeros requisitos, por cuanto según lo manifestado en el hecho décimo de la solicitud, viene laborando desde el nueve (9) de febrero de mil novecientos setenta y nueve (1979), aspecto que no fue controvertido por las accionadas, presumiéndose entonces que a primero (1) de abril de mil novecientos noventa y cuatro (1994) contaba con 15 años de servicios cotizados". Respecto del segundo punto, la actora nunca se ha opuesto al traslado del ahorro que hizo en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media", y que como no se contaba con prueba de la satisfacción de la última exigencia las demandadas debían verificar su satisfacción, y en caso de que él mismo no estuviera cumplido, ofrecerle la "posibilidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia", a lo que se supeditó la orden de traslado.

En consecuencia, se ordenó al Seguro Social y a Citi Colfondos Pensiones y Cesantías que en el término de ocho días calendario "contados a partir de la notificación de esta providencia, procedan a verificar, de forma coordinada, el cumplimiento por parte de la señora Amalia del Socorro Sánchez Montoya del requisito de la equivalencia del ahorro"; y a Colfondos que "en caso de encontrar satisfecho el requisito de la equivalencia del ahorro inicie los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad… de conformidad con el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo

de quince (15) días calendario" y que en el evento contrario, ofrezca a la demandante la posibilidad de en un plazo razonable, aportar "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 hubieren permanecido en el régimen de prima media; al cabo de lo cual deberá iniciar los trámites pertinentes para trasladar al régimen de prima media, administrado por el Seguro Social, la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad… lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de quince (15) días calendario".

El Instituto de Seguros Sociales impugnó la sentencia con el mismo argumento que alegó en la contestación de la demanda.

Para resolver SE CONSIDERA:

Es preciso reiterar que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo residual de carácter excepcional, subsidiario, preferente y sumario, que permite a toda persona, sin mayores requisitos de orden formal, obtener la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, si de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y a falta de otro medio legal, considera que le han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

El problema jurídico que corresponde resolver a la Sala, consiste en determinar si procede para este caso ordenar al Seguro Social y a Citi Colfondos que realicen lo pertinente para el traslado de régimen pensional de la accionante, habida consideración de que según el artículo 2° literal e. de la ley 797 de 2003, el mismo no procede por su edad. Conflicto que como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional procede definir en sede de tutela debido a las connotaciones que reviste en cuanto al goce del derecho a la pensión de vejez y el derecho a la seguridad social.[2]

La ley 100 de 1993 estableció en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones dos regímenes excluyentes: el solidario de prima media con

[2]sentencia SU 062 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

prestación definida[3] y el de ahorro individual con solidaridad[4], entre los que las personas pueden trasladarse con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 que dice:

> "Artículo 13 "Características del sistema general de pensiones**.** El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:
> (...)
> e) Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos solo 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".

Esta última limitación se encontró ajustada a la Carta Política, pues la Corte encargada de su guarda consideró que resultaba razonable y proporcional toda vez que persigue "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, puedan resultar finalmente beneficiadas del riesgo asumido por otros...".[5]

Entonces, dentro del sistema de Seguridad Social en Pensiones, puede concluirse, operan legítimamente dos limitaciones, que solo hacen posible trasladarse de régimen una vez cada 5 años e imposible cuando al afiliado le falten 10 o menos años para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

En cuanto hace con los efectos de las restricciones para traslado entre regímenes pensionales, para beneficiarios del régimen de transición, se han señalado tres grupos: 1) los hombres que al 1 de abril de 1994, contaban 40 o más años de edad; 2) las mujeres que al 1 de abril de 1994 contaban 35 o más años de edad y 3) los hombres y mujeres que al 1 de abril contaban 15 o más años de servicios o su equivalente en cotizaciones. Clasificación hecha por motivo de que el legislador en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, estableció, en vista de que con el cambio legislativo podían verse afectadas las

---

[3] Artículo 31.
[4] Artículo 59.
[5] Sentencia C-1024 de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

expectativas de algunas personas, consecuencias en la movilidad de los dos primeros grupos únicamente, quedando por fuera el tercero, pues en su inciso 4° dijo: "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". Situación que a continuación se explicará:

Quienes siendo beneficiarios del régimen de transición por edad, deciden trasladarse al régimen de ahorro individual, pierden sus beneficios. Diferente acontece con quienes, siendo beneficiarios de transición por tiempo de servicios, se trasladan del régimen de ahorro individual con solidaridad y regresan al sistema de prima media toda vez que sí podrán conservar los beneficios transicionales. Al respecto se concluyó en la sentencia C- 789 de 2002:

> "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.
>
> En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida".[6]

Respecto de la movilidad de estas personas dentro del sistema, se ha dicho por la jurisdicción constitucional que quienes adquirieron el beneficio transicional por quince años de servicios, pueden retornar al sistema en cualquier momento, incluso, si les faltan diez años o menos, y por eso en la sentencia SC-1024 de 2004[7] se declaró inexequible el aparte final del literal e. del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 3° de la Ley 797 de 2003.

---

[6] Sentencia C-789-02 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
[7] M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

Aún así, la posición de la Corte Constitucional sobre el asunto no había sido uniforme. En la sentencia T 818 de 2007[8] se argumentó que en los casos de traslado para seguir siendo beneficiario del régimen de transición como derecho adquirido bastaba cumplir uno de los tres requisitos consagrados en el artículo 36 ibídem ya que la exclusión de los trabajadores que cumplían la edad no consultaba la interpretación de las normas más favorables, en perjuicio de derechos y beneficios mínimos dispuestos en reglas laborales relacionadas con la irrenunciabilidad de la seguridad social; asimismo, sobre el establecido en el decreto 3800 de 2003, referente a que los aportes efectuados ante el fondo privado de pensiones no fueran inferiores a los que hubieran sido cotizados de haberse permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, se dijo era inconstitucional por ser de imposible cumplimiento.

Posteriormente, en la sentencia T-168 de 2009,[9] se reiteró que no están sujetos a la limitación de movilidad en el sistema de pensiones cuando les faltaren menos de diez años para adquirir la pensión de vejez, las personas que son beneficiarias del régimen de transición por contar al 1 de abril de 1994 con más de quince años de servicios o su equivalente en cotizaciones, con la condición de que trasladen al de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el de ahorro individual, sin importar que sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen administrado por el ISS.

Sin embargo, ahora se precisa decidir el caso a estudio con sustento en la sentencia de unificación 062 de 3 de febrero pasado, que constituye precedente para esta Sala. Para su aplicación resulta pertinente transcribir las siguientes normas del decreto 3995 de 2008:

> "Artículo 7°. Traslado de Recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este Decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:
>
> Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado. (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

[8] M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería
[9] M.P.Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

> Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.
>
> Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.
>
> Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.
>
> Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia."
> ...
>
> "Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión. Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Media, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente Decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado."

Como de acuerdo a las citadas disposiciones se concluye que el traslado de fondos para las personas que pertenecían al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y les falten menos de 10 años para cumplir la edad para tener acceso a la pensión de vejez en el régimen pensional administrado por el Seguro Social, solo es procedente de acuerdo con lo dispuesto en las sentencias C-789 de 2002 y 1024 de 2004, o sea, si para el 1 de abril de 1994, hubieran contado 15 o más años de servicios cotizados, trasladando todo el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y además, que no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. Este último requisito quedó desarrollado por el artículo 7° acabado de transcribir, que busca evitar la descapitalización del fondo común administrado por el ISS, y propender a la equidad para el reconocimiento de pensiones en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en el entendido de que no resulta coherente con el sistema que a quien le falten menos de diez años para adquirir su derecho a la pensión, y que no hubiera alcanzado a cotizar quince años de servicios como mínimo al momento en que empezó a regir la ley 100, se le permitiera trasladarse del

RAIS al de prima media, toda vez que el hecho de no haber alcanzado ese período de cotización pone en riesgo el equilibrio financiero de éste último fondo.

Disposición que además, según se dijo por la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación, solucionó el problema advertido desde la tutela 818 con la equivalencia del ahorro, por tanto, dicho requerimiento cobrará vigencia de nuevo "pues estipula que cuando se realice traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media se debe incluir lo que la persona ha aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Recuérdese que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de equivalencia del ahorro provenía, precisamente, de que en el régimen de ahorro individual el afiliado destina 1.5% de su cotización mensual al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se dedica, junto con otro porcentaje del aporte mensual, a financiar la pensión de vejez; pero si al trasladarse de régimen al afiliado le devuelven lo que ha contribuido al mencionado fondo, la distribución del aporte contemplada en la ley 797 de 2003 ya no obstaculiza el cumplimiento de la exigencia impuesta en la sentencia C-789 de 2002 por la Sala Plena".

Y que como aún así es posible que haya diferencias entre el ahorro, debido a la rentabilidad que se genera en uno y otro régimen, con sustento en la sentencia C-030 de 2009[10], que se consideró aplicable para este caso, se dispuso que en ese supuesto se debía ofrecer a la persona la posibilidad de aportar 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 de que hubieren permanecido en el régimen de prima media".

De todo lo cual viene palmario que en el caso que ocupa la atención del Tribunal no procede revocar la sentencia impugnada ya que se fundó en argumentos similares a los expuestos. Sin embargo, debe modificarse la orden dada en el sentido de que corresponde verificar también, el hecho de que la demandante al 1 de abril de 1994 tuviera 15 o más años de servicios, o su equivalente en cotizaciones. Punto sobre el cual esta instancia se aparta de las

[10] M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

consideraciones del Juez a-quo; si bien es cierto la demandante expuso que llevaba más de 15 años de servicios para el mes de abril de 1994 y relacionó a qué entidades, no aportó sustento documental suficiente[11], y el fondo de pensiones privado sí lo discutió[12]. En esas condiciones, incumbe exclusivamente a las demandadas verificar la situación de la señora Sánchez Montoya para establecer si antes del 1 de abril del 1994 contaba los 15 años de servicio o su equivalente en cotizaciones.

A mérito de lo expuesto, esta Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito el 6 de mayo pasado, la que se adiciona en el sentido de que el traslado de régimen pensional está supeditado también al hecho de que se verifique que la demandante efectivamente al 1 de abril de 1994 contaba con 15 años o más de servicios o su equivalente en cotizaciones.

Notifíquese esta decisión a las partes en la forma prevista por el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, y en firme la misma remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Los Magistrados,

Fernán Camilo Valencia López

Claudia María Arcila Ríos
(con salvamento de voto)

Gonzalo Flórez Moreno

[11] La demandante solo aportó constancias de trabajo desde el 7 de febrero de 1979 hasta el 12 de diciembre de 1985.
[12] La prueba que aportó en apoyo de su argumento no es clara, como puede verse a folios 4 y 5 de este cuaderno, es más, resulta evidente que no contiene información completa. Como observación se anota que el bono es no emitible porque la beneficiaria presenta historia laboral en armasivos no verificada por lo que la AFP debe negar o certificar "la historia laboral presentada en los archivos laborales masivos de otros empleadores".