**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, veintiséis (26) de febrero de dos mil catorce (2014)

Proyecto aprobado por Acta No. 098

Hora: 6:00 p.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por la apoderada judicial de la señora María Julieta Rueda Restrepo, contra del fallo de tutela emitido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 La apoderada judicial de la señora María Julieta Rueda Restrepo, interpuso acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por considerar vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, a los derechos adquiridos, a la libre elección en seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital. El supuesto fáctico de la demanda es el siguiente:

* La señora Rueda Restrepo ha trabajado como empleada tanto en el sector público como en el privado desde el 8 de febrero de 1988.
* Realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales, hoy, la Administradora Colombiana De Pensiones –Colpensiones-, hasta el 31 de diciembre de 1995.
* Para el 1º de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la accionante contaba con 35 años de edad, lo que la colocaba en condición de beneficiaria del régimen de transición, de conformidad con lo establecido en los incisos 4 y 5 del artículo 36 y en el literal 2 del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. De igual manera, la actora cumple con los requisitos previstos en la sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional.
* El 1 de enero de 1996 la accionante se trasladó al fondo de pensiones administrado por Protección S.A-, para aquella época, Davivir, ante una “asesoría engañosa” (sic) por parte de funcionarios de esa entidad.
* Teniendo en cuenta que la tutelante había consolidado el derecho a la transición establecido en de la Ley 100 de 1993, el día 23 de octubre de 2013 presentó una solicitud de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado en este caso por A.F.P. Protección S.A., al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, el cual quedó radicado con el Nro. 020137594766110, amparada en la sentencia SU-062 de 2010 de la Corte Constitucional, ya que es evidente que ante el cumplimiento de las condiciones previstas para la transición, dicha garantía tiene la connotación de adquirida e irrenunciable, por lo que puede trasladarse en cualquier momento a Colpensiones.
* Mediante oficio N. BZ2013\_7594766-2223120 del 23 de octubre de 2013, la entidad accionada le indicó a la demandante que su petición era improcedente, ya que una vez consultada la información pertinente, la señora Rueda Restrepo se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.
* La entidad accionada no puede impedir el traslado de régimen, pues con ello vulnera los derechos fundamentales incoados.
* El derecho de transición ya ha sido adquirido, por ello es irrenunciable, y en razón a lo anterior, las administradoras de pensiones no pueden menoscabarlo o limitarlo, ya que ni siquiera el legislador puede variarlo según sentencia C-1024 de 2004, pese a que en el caso concreto no se está solicitando la pensión de vejez sino el simple traslado.
* La situación fáctica planteada fue resuelta por la Corte Constitucional en sentencia T-818 de 2007, mediante la cual se determinó que el derecho al traslado se da cuando se reúnen cualquiera de las condiciones previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993: i) que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, es decir, 01 de abril de 1994, tenga 35 años o más si es mujer ó 40 años o más si es hombre; o ii) contar con 15 años o más de servicios para esta fecha. En el caso de la señora María Julieta Rueda Restrepo para esa fecha contaba con 35 años de edad.
* Los funcionarios de Colpensiones actúan contrariando normas sustanciales y lo definido por la Corte Constitucional, en abierto desacato a lo señalado por esa Corporación.
* Su poderdante se encuentra legitimada para regresar al régimen de prima media con prestación definida, sin que la A.F.P. pueda vulnerar el derecho a la libre elección, el derecho adquirido, y el debido proceso.
* En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 y lo expuesto por el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia SU-062 de 2010, en el evento que se determine que el ahorro hecho por la peticionario al RAIS es inferior al monto total del aporte legal correspondiente, así hubiere permanecido en el ISS, se liquidará el valor de la diferencia de manera detallada y concreta para ser pagado por el afiliado.
* Trajo a colación diversos fallos proferidos por la Corte Constitucional referentes al principio de la irrenunciabilidad de derechos, al desconocimiento de los principios de la seguridad social, del trabajo, de la eficiencia, la favorabilidad y el debido proceso.

2.2 Solicitó: i) que se tutelen los derechos invocados; y ii) que se ordene a Colpensiones que un término prudencial formalice y apruebe el traslado de la señora María Julieta Rueda Restrepo al régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con sus competencias, sin condicionamientos y adiciones, por ser beneficiaria del régimen de transición.

2.3 Al escrito de tutelan anexó copia de los siguientes documentos: i) poder especial; ii) cedula de ciudadanía de la señora María Julieta Rueda Restrepo; iii) historia laboral; iv) formulario de afiliación al sistema general de pensiones; v) oficio N. BZ2013\_7594766-2223120 expedido por Colpensiones; y vi) reporte de semanas cotizadas a Colpensiones.

2.4 Mediante auto del 11 de diciembre de 2013 el Juzgado Tercero De Ejecución De Penas Y Medidas De Seguridad avocó el conocimiento de la acción de tutela, y ordenó dar traslado de la misma a la entidad tutelada.

2.5 A través de auto del 23 de diciembre de 2013 el despacho de conocimiento vinculó al trámite a la Administradora De Riesgos Laborales Protección S.A.

**3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS**

3.1 La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- no dio respuesta al presente amparo de tutela haciendo caso omiso al requerimiento del despacho.

3.2 La A.F.P. Protección S.A. allegó respuesta de manera extemporánea.

**4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 23 de diciembre de 2013, el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, negó la acción de tutela formulada a favor de la señora María Julieta Ruedas Restrepo, por no contar con los requisitos establecidos en la ley para acceder a su petición de traslado al régimen de prima media con prestación definida.

**5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION**

La apoderada judicial de la actora presentó escrito de impugnación al fallo de tutela, en el que expuso lo siguiente:

* La señora Rueda Restrepo cumple con el requisito de la edad, independientemente de las semanas cotizadas, situación que implica, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, un derecho adquirido y da pie para que normas posteriores sean regresivas, y en tal sentido se aplica la más beneficiosa al reclamante.
* No sería aplicable la norma que perjudica los intereses del afiliado cuando éste voluntariamente se cambia de régimen.
* La información que se le suministró a la accionante al cambiarse de fondo fue falsa, y genero que la actora fuera engañada como otras tantas personas que por este mismo medio se les ha restablecido su derecho.
* Solicita tener en cuenta no sólo estos argumentos, sino también los ya planteados para que se conceda el derecho invocado.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N.

6.2 En el caso a estudio el juez de primera instancia denegó la acción de tutela por considerar que la accionante no cumplía con los requisitos legales, para acceder a la petición de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al de prima media con prestación definida.

6.3 En consecuencia se deben examinar las siguientes situaciones:

i ) La acción de tutela resulta procedente para la protección de los derechos que la actora considera vulnerados por parte de las entidades accionadas; ii) si la señora María Julieta Rueda Restrepo hace parte del régimen de transición, y por ende, la negativa de la entidades, constituye una transgresión de las garantías constitucionales; y iii) en caso de superarse el test de procedibilidad de la acción de amparo, se debe decidir si se presentó la afectación o puesta en peligro de los derechos invocados y en su caso proferir las órdenes consiguientes.

6.4 Frente al primer tema debe decirse que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han identificado seis causales específicas de improcedencia de la tutela, que son las siguientes:

1. *Existencia de otro medio de defensa judicial.[[1]](#footnote-1)*
2. *Existencia del Habeas Corpus.[[2]](#footnote-2)*
3. *Protección de derechos colectivos.[[3]](#footnote-3)*
4. *Casos de daño consumado.[[4]](#footnote-4)*
5. *Tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto.[[5]](#footnote-5)*
6. *A su vez se han considerado como causales de improcedencia de la tutela, el incumplimiento del principio de inmediatez[[6]](#footnote-6); la tutela contra sentencias de tutela[[7]](#footnote-7) y la tutela temeraria[[8]](#footnote-8).*

6.5 La acción de amparo se encuentra regida por el principio de *subsidiariedad,* ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes[[9]](#footnote-9), lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela.[[10]](#footnote-10)

6.6 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha manifestado que la acción de tutela resulta procedente para proteger el derecho al mínimo vital de los pensionados, los trabajadores, las mujeres embarazadas y las personas en situación de debilidad manifiesta, en los casos de mora en el reconocimiento y pago oportuno de pensiones de vejez, jubilación o invalidez o de la sustitución pensional.

6.7 La misma corporación ha expuesto que no se presume la violación del derecho al mínimo vital, salvo el caso de los adultos mayores de la tercera edad. En los demás eventos el accionante debe allegar prueba siquiera sumaria de esa vulneración, como se expuso en la sentencia T-158 de 2006, donde además se examinaron los temas de la mora para iniciar la acción ordinaria y el requisito del perjuicio irremediable así:

*“…13.- Así pues, la excepcionalidad de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograr el reconocimiento de la pensión o atacar los actos que la reconocen, tiene como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin. La Corte “[h]ha reiterado especialmente que en este tipo de controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento jurídico ha diseñado los mecanismos judiciales y administrativos para ello[[11]](#footnote-11). Particularmente, la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa, según sea el caso, son los ámbitos propicios para desplegar integralmente estos debates”.[[12]](#footnote-12)*

*Así, la excepcionalidad se ha fundamentado entonces en las características especialísimas que se presentan en casos de erróneo reconocimiento o no reconocimiento de la pensión, en relación con otros derechos fundamentales. Ha dicho este Tribunal Constitucional que, “…dado que en las reclamaciones cuyo objeto de debate es una pensión de jubilación y quienes presentan la solicitud de amparo son, generalmente, personas de la tercera edad, debe tomarse en consideración al momento de analizar la posible vulneración de derechos fundamentales, la especial protección constitucional que las comprende. No obstante, el solo hecho de estar en esta categoría (tercera edad) no torna automáticamente procedente la protección, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o es susceptible de vulnerar los derechos a la dignidad humana[[13]](#footnote-13), a la salud[[14]](#footnote-14), al mínimo vital[[15]](#footnote-15) o que la morosidad de los procedimientos ordinarios previstos para el caso concreto hace ineficaz en el tiempo el amparo específico. Sólo en estos eventos la acción de tutela desplaza de manera transitoria el mecanismo ordinario de defensa, en tanto el mismo pierde eficacia frente a las particulares circunstancias del actor en el caso concreto”.[[16]](#footnote-16) [Énfasis fuera de texto].*

6.8 **Traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición.**

6.8.1 La apoderada judicial de la señora María Julieta Rueda, manifiesta que su prohijada tiene derecho a trasladarse del fondo de ahorro individual de A.F.P. Protección S.A. al de prima media con prestación definida de administrado por Colpensiones, ya que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad.

6.8.2 Para abordar el tema referente a la libre escogencia, resulta necesario realizar un análisis sobre el traslado de regímenes pensionales en el caso de personas beneficiarias del régimen de transición[[17]](#footnote-17). En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, y con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, esa Corporación dispuso las siguientes reglas:[[18]](#footnote-18)

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.

La Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010 aclaró los requisitos para el traslado de beneficiarios del régimen de transición:

*“La jurisprudencia constitucional ha determinado, en sede de tutela pero sobre todo de constitucionalidad, 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 acuerdo con las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, 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.”*

Así mismo la sentencia T-324 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, expuso:

 *“(…)*

*“4.3. En este orden de ideas, siguiendo el derrotero anteriormente expuesto, podemos concluir que solo pueden trasladarse, en cualquier momento, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las personas que al 1° de abril de 1994, tenían 15 años de servicios cotizados, independientemente de si se tratan de hombres o de mujeres, y de la edad que tenían para esa fecha. Quiero ello decir que, corrigiendo lo que se dijo en la sentencia T-818 de 2007, la posibilidad de traslado pensional para los beneficiarios del régimen de transición, no admite únicamente el cumplimiento de la edad de 35 años en el caso de las mujeres y 40 años en el caso de los hombre; por ende, no se puede considerar la existencia de requisitos disyuntivos según los cuales, basta el cumplimiento de uno solo de ellos, específicamente el de edad, para poder devolverse al régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Queda claro entonces que, el único requisito que se debe acreditar es el de tener 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994”.*

6.8.3 En el caso concreto es pertinente aclarar que para el 1º de abril de 1994, la señora María Julieta Rueda Restrepo, contaba con 36 años y 9 días de edad[[19]](#footnote-19), sumado a ello, según obra en el historial laboral aportado, no tenía 15 años de servicio cotizados.

Las pruebas documentales allegadas por la tutelante, obrantes en los 18 al 31, no demuestran que al 01 de abril de 1994, no contaba con 15 años de cotización al sistema, tal como se analizará a continuación:

Esta Sala de decisión tiene acreditado que desde el 08/02/1988 la accionante viene realizando sus aportes al sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con lo plasmado en el reporte de semanas cotizadas en pensiones (folio 31), fecha desde la cual se debe computar el tiempo cotizado, hasta el 01 de abril de 1994.

Ahora bien, en anexos aportados por el titular de los derechos, obran los períodos que realmente cotizó el accionante, estos son 08/02/1988 al 23/12/1988, 16/06/1989 al 22/12/1989, 02/02/1990 al 21/12/1990, y de 25/05/1993 al 01/04/1994[[20]](#footnote-20), de los cuales se concluye, que las cotizaciones realizadas hasta el 1 abril de 1994, fueron por el término de 3 años , 1 mes y 17 días, circunstancia de la que se concluye el accionante no contaba con 15 años de cotización a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.

Aunado a lo precedente, no obra constancia que contra los actos que denegaron el traslado pretendido el tutelante hubiese agotado los recursos a que había lugar, a través de los cuales, la accionante plasmara su inconformidad en cuanto al trámite realizado por las entidades demandadas.

Finalmente, y sobre el derecho a la libre escogencia aludido por el apoderado judicial de la tutelante, como fundamento para acceder a la solicitud de traslado elevada, se debe tener en cuenta, que la Corte Constitucional en la sentencia SU-130 de 2013, luego de realizar un detallado recuento sobre el tratamiento dado por la jurisprudencia emanada de esa Honorable Corporación, a la problemática que surge en torno a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual, concluyó lo siguiente:

*“9.2.4.8. Del anterior recuento jurisprudencial se concluye, entonces, que en relación con el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media de los beneficiarios del régimen de transición, son distintas las interpretaciones que han surgido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como pasa a explicarse:*

* ***(i)*** *inicialmente, a través de las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, se había establecido que solo quienes tienen 15 años de servicios cotizados a 1° de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual y, por consiguiente, pueden retornar “en cualquier tiempo” al régimen de prima media para hacerlo efectivo, con la única condición de trasladar al ISS la totalidad del ahorro depositado en la cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al valor que éste habría representado de haber sido aportado al régimen de prima media. Los demás afiliados, es decir, quienes cumplen el requisito de edad pero no el de tiempo de servicios cotizados, pueden trasladase de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, siempre y cuando no les falte menos de diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, sin que ello dé lugar a recuperar el régimen de transición.*
* ***(ii)*** *posteriormente, mediante la Sentencia T-818 de 2007, la Sala Primera de Revisión sostuvo que la posibilidad de traslado en “cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, no solo opera para quienes a 1° de abril de 1994 cumplían con el requisito de 15 años de servicios cotizados, sino también frente a quienes a la misma fecha contaban con la edad exigida (35 años mujeres y 40 años hombres), pues el acceso al régimen de transición es un derecho adquirido que se predica respecto de estas dos categorías de afiliados indistintamente.*
* ***(iii)*** *hasta el día de hoy, han venido surgiendo numerosos fallos de tutela proferidos por las distintas Salas de Revisión, algunos en los que se reitera la tesis sentada en sede de constitucionalidad y, otros, en los que se avala la posición adoptada por vía de tutela.*
* ***(iv)*** *finalmente, en medio de estas dos líneas de interpretación, la Sala Plena dictó la sentencia de unificación SU-062 de 2010, que resolvió el problema relacionado con la equivalencia del ahorro y, aunque no hace parte de la ratio de la decisión, en torno a ese propósito reiteró que solo quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados a 1° de abril de 1994 pueden trasladarse en cualquier tiempo al régimen de prima media con el fin de pensionase de acuerdo con el régimen de transición.*

*9.2.4.9. Así las cosas, no existe una línea jurisprudencial uniforme y consolidada en torno a este tema, por lo que, bajo ese entendido, resulta necesario que la Sala Plena de la Corte Constitucional adopte una posición definitiva en relación con la posibilidad de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición, y sus correspondientes implicaciones. En ese orden de ideas, pasa la Corte a precisar el alcance de su jurisprudencia en esta materia específica y a resolver el problema jurídico plateado en todos los procesos.*

***10. Unificación de la jurisprudencia constitucional en relación con el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida de los beneficiarios del régimen de transición y sus implicaciones***

*10.1. Como ya se mencionó, el nuevo modelo de seguridad social en pensiones creado con la Ley 100 de 1993, previó un régimen de transición, en virtud del cual se estableció un mecanismo de protección de las expectativas legítimas que en materia pensional tenían todos aquellos afiliados al régimen de prima media, que al momento de entrar en vigencia el SGP estaban próximos a adquirir su derecho a la pensión de vejez. Dicho régimen de transición, apunta a que la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior, para aquellos afiliados que a* ***1° de abril de 1994*** *cumplan por lo menos con uno de los siguientes requisitos:*

* ***Mujeres con treinta y cinco (35) o más años de edad.***

* ***Hombres con cuarenta (40) o más años de edad.***
* ***Hombres y mujeres que independientemente de la edad tengan quince (15) años o más de servicios cotizados.***

*Así pues, las personas que se encuentren en cualquiera de las tres categorías anteriormente enunciadas, son beneficiaras del régimen de transición, lo cual implica que, en principio, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, no se les aplicará lo dispuesto en la Ley 100/93, sino las normas correspondientes al régimen anterior al cual se encontraban afiliadas.*

*10.2. No obstante, el régimen de transición así concebido no resulta una prerrogativa absoluta de quienes hacen parte de los tres grupos de trabajadores a los que se ha hecho expresa referencia, pues según lo dispuesto en los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en las dos primeras categorías, esto es, los beneficiarios por edad, el régimen de transición se pierde (i) cuando el afiliado inicialmente y de manera voluntaria decide acogerse 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 definida.*

*10.3. Así las cosas, los sujetos del régimen de transición, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional al cual desean afiliarse, pero la elección del régimen de ahorro individual o el trasladado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible, para el caso de quienes cumplen el requisito de edad, la pérdida de los beneficios del régimen de transición. En este caso, para efectos de adquirir su derecho a la pensión de vejez, deberán necesariamente ajustarse a los parámetros establecidos en la Ley 100/93.*

*10.4. Según quedó explicado, la Corte, al resolver una demanda de inconstitucionalidad presentada contra los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la citada ley, en la Sentencia C-789 de 2002, declaró exequibles dichas disposiciones, al constatar que la exclusión de los beneficios del régimen de transición, únicamente para las personas que cumpliendo el requisito de edad se acogieron al régimen de ahorro individual o se trasladaron a él, no vulnera la Constitución Política, en la medida en que existe una clara diferencia entre dichos sujetos y quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, lo cual justifica y hace razonable un trato diferencial.*

*En efecto, para la Corte resultaba contrario al principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que los afiliados que habiendo cumplido con el 75% o más de tiempo de trabajo al momento de entrar en vigencia la Ley 100/93, terminaran perdiendo las condiciones favorables con las que aspiraban a pensionarse, por la circunstancia de haberse trasladado de régimen pensional, a pesar de tener un nivel alto de contribución al sistema y estando muy cerca de cumplir su expectativa pensional.*

*Así mismo, desconocía dicho principio y atentaba contra el equilibrio financiero del sistema pensional, que los beneficiarios del régimen de transición por edad, que no habían efectuado cotizaciones o cuyos aportes eran sustancialmente bajos, habiendo decidido acogerse al régimen de ahorro individual, terminaran beneficiándose de los dineros aportados por los trabajadores con un alto nivel de fidelidad al sistema, equivalentes a 15 años o más de servicios cotizados.*

*De acuerdo con tales premisas, encontró justificado la Corte que el legislador, a través de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100/93, solo haya decidido excluir del régimen de transición a sus beneficiarios por edad, cuando éstos tomen la decisión de cambiarse del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.*

*Bajo esa orientación, en la Sentencia C-789 de 2002, se declaró exequibilidad condicionada de los incisos 4° y 5° de la Ley 100/93, en cuanto se entienda que su contenido no aplica para las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados para la fecha en que entró en vigencia en SGP. Es decir, que únicamente esta categoría de trabajadores no pierde el régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual, pudiendo hacerlo efectivo una vez retornen al régimen de prima media con prestación definida. Para tal efecto, se fijaron dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar nuevamente a 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.*

*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.***

***10.8. Ello, por cuanto, se reitera, 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 juzgada, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre ellas no cabe discusión alguna.***

*10.9. Como ya se indicó, en el primero de dichos fallos, la Corte avaló el mandato legal que excluye del régimen de transición a los beneficiarios por edad que se acogieran al régimen de ahorro individual o se trasladaran a él, entendiendo que de ningún modo tal restricción resultaría aplicable para quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados, pues no se aviene al principio de proporcionalidad que quienes han contribuido con el 75% o más de cotizaciones al sistema, terminen perdiendo las condiciones en las que inicialmente aspiraban a recibir su pensión. En el segundo pronunciamiento, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la prohibición de traslado de régimen cuando al afiliado le falten diez años o menos para cumplir la edad de pensión, bajo el entendido que tal prohibición no aplica para los sujetos del régimen de transición beneficiarios por tiempo de servicios, quienes podrá regresar al régimen de prima media con prestación definida “en cualquier tiempo”, con los beneficios del régimen de transición.*

*10.10. Bajo ese contexto, y con el propósito de aclarar y unificar la jurisprudencia Constitucional en torno a este tema,* ***la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que 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 SGP, 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. Para tal efecto, 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 permanecido en el régimen de prima media. De no ser posible tal equivalencia, conforme quedó definido en la Sentencia C-062 de 2010, el afiliado tiene la opción de aportar el dinero que haga falta para cumplir con dicha exigencia, lo cual debe hacer dentro de un plazo razonable.***

*10.11. En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieren treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. 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.*

***10.12. Finalmente, no está por demás precisar que, respecto de los demás afiliados al SGP, es decir, quienes no son beneficiarios del régimen de transición, para efectos del traslado de régimen pensional, también se les aplica la regla anteriormente expuesta, contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, conforme fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ambas normas interpretadas por la Corte, con efectos de cosa juzgada constitucional, en las Sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004.***

*10.13. Así las cosas, con el fin de reconocerle efectos vinculantes a la presente decisión, en la parte resolutiva de este fallo, se incluirá el criterio de unificación adoptado en torno al tema del traslado de regímenes pensionales, en el sentido de que 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.”[[21]](#footnote-21) (Subrayado y negrillas fuera de texto)*

La sentencia de unificación aludida, lleva a concluir a esta Sala de decisión, que en el caso de María Julieta Rueda Restrepo, no están llamadas a prosperar sus pretensiones, ello en consideración a que no es beneficiaria del régimen de transición, ya que no cuenta con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, tal como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, igualmente, es necesario hacer mención del precedente establecido en la sentencia T-097 de 2006 de la Corte Constitucional que indica los requisitos para que proceda la tutela frente a problemas constitucionales que no exigen análisis legales o reglamentarios. En esta sentencia la Corte sostuvo que solamente ante la existencia de circunstancias excepcionales, derivadas lógicamente del análisis del caso concreto es procedente la mencionada acción para resolver conflictos laborales y para que se configuren esas circunstancias de carácter excepcional que desplazan el mecanismo judicial ordinario y abren paso a la intervención de la jurisdicción constitucional, se requiere que: *i) el asunto debatido tenga relevancia constitucional, es decir, que se trate indiscutiblemente de la protección de un derecho fundamental[[22]](#footnote-22); ii) que el problema constitucional que se plantea aparezca probado de tal manera que para la verificación de la vulneración del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, no se requiera ningún análisis de tipo legal, reglamentario o convencional, que exija del juez constitucional un ejercicio probatorio que supere sus facultades y competencias[[23]](#footnote-23); y, iii) que el mecanismo judicial ordinario resulte insuficiente para proteger los derechos fundamentales violados o amenazados.*

Aunado a lo anterior, se puede concluir que el amparo solicitado busca convertirse en una especie de instancia para que se ordene la inaplicación de una norma de carácter general y abstracto como el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, conforme fue modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, cuyo alcance fue precisado en el precedente citado anteriormente.

La sumatoria de todas las consideraciones anteriores, permite a esta Sala confirmar la sentencia materia de impugnación.

**DECISIÓN**

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

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución Penas y Medidas de seguridad de Pereira Risaralda, en cuanto fue materia de impugnación.

**SEGUNDO:** Por secretaría se remitirá el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ**

**Secretaria**

1. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-3. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T - 903 de 2008 entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T - 1219 de 2001 [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 2591 de 1991, artículo 38. Sentencia T-407 de 2005 entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-409 de 2008 [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-011 de 1997 entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. [Cita Del aparte transcrito] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T.637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992. [↑](#footnote-ref-11)
12. T-904 de 2004 [↑](#footnote-ref-12)
13. [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-801 de 1998 y T-738 de 1998. [↑](#footnote-ref-13)
14. [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-443 de 2001, T-360 de 2001, T-518 de 2000 y T-288 de 2000. [↑](#footnote-ref-14)
15. [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997. [↑](#footnote-ref-15)
16. T-904 de 2004. Ver también la sentencia T-076 de 2003: “

18 [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997. [↑](#footnote-ref-16)
17. Al respecto consultar las sentencias C- 789 de 2002, T-818 de 2007 y T- 168 de 2009 [↑](#footnote-ref-17)
18. La Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden "ser brevemente justificadas". Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre otras, en las sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, T-959 de 2004, T-810 de 2005, T-465A de 2006, y, T-689 de 2006, T-1032 de 2007, T-784 de2008, T-808 de 2008, T-332 de 2009 y T-333 de 2009. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 19. Nació el 22 de marzo de 1958. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 31. [↑](#footnote-ref-20)
21. Corte Constitucional. Sentencia del trece (13) de marzo de dos mil trece (2013). [↑](#footnote-ref-21)
22. Al respecto, dijo la Corte en la sentencia T-335/2000 que “[l]a definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional”. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. T-079/95, T-638/96, T-373/98, T-335/00. [↑](#footnote-ref-23)