**Providencia:** Tutela del 4 de marzo de 2016

**Radicación No.:** 66088-31-89-001-2016-00024-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** José Gilberto Posada García

**Accionado:** Colpensiones

**Juzgado de origen:** Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

**Tema:**

Traslado de régimen pensional/ Requisito jurisprudencial para proceder a la transferencia cuando al afiliado le falten diez años o menos para la edad pensional

“Efectuado el estudio de la presente acción, se debe concluir que José Gilberto Posada García no se encuentra en el único presupuesto que le permitiría trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional citada en esta providencia. Ello, al no contar con 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas al Sistema Pensional al 1 de abril de 1994, pues de acuerdo a sus afirmaciones, respaldadas por la historia laboral consolidada (fl. 2) empezó a cotizar en febrero de 1977, por periodos interrumpidos, lo que da cuenta de 471 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, al haber suspendido sus aportes del 31 de agosto de 1990 hasta el 1º de enero de 1995 (…)”

Cita: Corte Constitucional, sentencia T-607 de 2014.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Marzo 4 de 2016**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 10 de febrero de 2016 por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belen de Umbría, dentro de la acción de tutela impetrada por **José Gilberto Posada García,** en contrade Administradora Colombiana De Pensiones-**Colpensiones,** a través de la cual pretende el amparo de los derechos fundamentales al **mínimo vital, seguridad social** y **debido proceso.**

Se vinculó al Fondo Privado de Pensiones Porvenir.

#### La demanda

El accionante manifestó que ingresó a laborar con el Fondo Educativo Departamental desde el 4 de febrero de 1977, pasando por múltiples empleadoras tanto del sector privado como del público, llegando incluso a cotizar como independiente hasta el 31 de enero de 2016.

Expresó que en junio de 1995 se afilió al fondo privado Porvenir, sin que el asesor de ese fondo le explicara las dificultades que podría presentar al cambiarse de régimen.

Aduce que actualmente reúne los requisitos para pensionarse con Colpensiones, pues tiene más de 20 años de servicios y más de 55 años de edad, por lo que el 15 de septiembre de 2015 radicó solicitud para trasladarse a esa administradora pensional, informándole la entidad que no podía aceptarse su petición.

Afirmó que radicó solicitud en Porvenir, con el fin de que lo trasladaran al régimen de prima media, en consideración de que tenía más de 150 semanas cotizadas al sector público, tal como lo exigía el formulario de afiliación que diligenció en Colpensiones. Asimismo solicitó el cálculo de su pensión, explicándole el fondo privado las tres variables a partir de las cuales se calcula la prestación, con la conclusión de que le falta tiempo para adquirir una mesada de $1.147.000 en razón de que su saldo en la cuenta individual es de $178.000.000.

Enunció que con lo anterior información se comprueba la vulneración de sus derechos, por cuanto al afiliarse al régimen privado no le explicaron las consecuencias y diferencias a la hora de adquirir su pensión, por lo que Colpensiones debe aceptar el reintegro al régimen de prima media, pues cumple los requisitos para ello.

De acuerdo a los hechos narrados solicitó que se ordene a Colpensiones aceptar la solicitud de traslado de Porvenir al régimen de prima media, reconociendo que tiene más de 150 semanas cotizadas a una caja o fondo del sector público.

#### Contestación de la demanda

Tanto la accionada Colpensiones como la vinculada Porvenir S.A. guardaron silencio.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado consideró improcedente la acción constitucional, pues no solo existe un mecanismo ordinario para redimir la controversia objeto de pronunciamiento, sino que el actor tampoco reúne los requisitos exigidos para acceder al traslado del régimen, toda vez que al 1º de abril de 1994 no contaba con 35 años de edad ni tenía 15 años de servicios.

Adicionalmente afirmó que de la narración del accionante se evidencia que no existe vulneración a los derechos fundamentales invocados, puesto que no hubo silencio por parte de Colpensiones ni de Porvenir, así como las razones de la negativa le fueron explicadas y sustentadas legal y constitucionalmente.

Concluyó que cualquier argumento que quiera esgrimir el actor debe hacerlo ante la jurisdicción ordinaria laboral, pues es la competente para dirimir este tipo de controversias, con base en el debate probatorio y el estudio concreto de los elementos de prueba oara determinar e traslado de régimen pensional.

#### Impugnación

El señor José Gilberto Posada García, presentó recurso de apelación, aduciendo que es evidente la vulneración de sus derechos por cuanto su nivel de vida al ser sometido a la liquidación de un fondo privado de pensiones, se sometería a una condición regresiva, la cual por pronunciamientos de la Corte Constitucional está prohibida.

Expresó que permitir que una persona se traslade a un fondo de pensiones que desmejoraría su situación pensional a mediano plazo atenta contra el principio de irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, por lo que tanto Colpensiones como Porvenir lo perjudicaron en su aspiración pensional, pues actualmente en el régimen de prima media se pensionaría con 3 salarios mínimos y en el fondo privado lo obligan a obtener solo uno.

Agregó que debe tenerse en cuenta que en los últimos diez años sus ingresos han sido superiores a 8 salarios mínimos, por lo que se afectaría su mínimo vital, causándole un perjuicio irremediable al permanecer en contra de su voluntad en el RAIS, disminuyendo así sus ingresos.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver.**

¿Es procedente la acción de tutela para el amparo del derecho a la seguridad social en lo que atañe con el derecho a la libre escogencia del régimen pensional?

* 1. **Traslado de régimen pensional.**

La normatividad vigente que consagra, como característica del sistema general de pensional, el traslado entre un régimen pasional y el otro, es el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modifica el artículo 13 literal e) de la ley 100 de 1993:

*“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;”*

La libre escogencia de régimen, cristalizado en la posibilidad de trasladarse entre un régimen y otro, tiene como limitantes el permanecer 5 años en su elección, así como el no poderse efectuar una transferencia al faltarle diez año o menos para la edad pensional. De igual forma en el art. 36 de la ley 100 de 1993, se establece la pérdida del beneficio del régimen de transición como consecuencia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, aún en el caso de retornar al fondo inicial.

Sin embargo, la Corte Constitucional se ha pronunciado, condicionando la anterior normatividad, tal como se presenta en sentencia T-607 de 2014 Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado:

*“a. 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 de que hubieren 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”. b. Las personas que al momento de entrar en vigencia el SGP, tenían treinta y cinco años o más si son mujeres, o cuarenta años o más si son hombres, 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”. c. Los que no son beneficiarios del régimen de transición, para efectos del traslado de régimen pensional, se les aplicará 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”.”*

* 1. **Caso concreto**

En el caso sub-examine, el accionante acude ante la administración de justicia con el fin de que se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y debido proceso, toda vez que arguye tener derecho a regresar al régimen de prima media, en virtud a que continuando en el RAIS se afectarían su condición económica al exigirle requisitos para acceder a la pensión que inicialmente no le informaron.

Efectuado el estudio de la presente acción, se debe concluir que José Gilberto Posada García no se encuentra en el único presupuesto que le permitiría trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional citada en esta providencia. Ello, al no contar con 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas al Sistema Pensional al 1 de abril de 1994, pues de acuerdo a sus afirmaciones, respaldadas por la historia laboral consolidada (fl. 2) empezó a cotizar en febrero de 1977, por periodos interrumpidos, lo que da cuenta de 471 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, al haber suspendido sus aportes del 31 de agosto de 1990 hasta el 1º de enero de 1995. Dicho sea de paso, al 1º de abril de 1994 tampoco tenía 40 años cumplidos, para adquirir el régimen de transición que alegó le era aplicable.

Por lo anterior, se concluye que no es posible para la Sala acceder al amparo constitucional, estando de más continuar un análisis más profundo de las condiciones específicas del accionante para acceder al traslado pensional, o la verificación de la validez de la afiliación inicial al fondo privado, lo cual, si así lo pretende el actor, puede intentarlo en el escenario de la jurisdicción ordinaria.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría el 3 de febrero de 2016.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**LEONARDO CORTÉS PÉREZ**

**Secretario**