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 – 05 de julio de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma decisión del a quo que negó el amparo

Radicación Nro. : 66682-31-04-001-2017-00088-00

Accionante: ISABEL CRISTINA SALCEDO DE BERNAL

Accionado: COLPENSIONES Y OTRO

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / INEXISTENCIA DE LA SITUACIÓN ARGÜIDA / NIEGA.** [E]s evidente que no es posible acceder a las pretensiones de la parte accionante, toda vez que como viene de decirse, ya quedaron establecidas a nivel jurisprudencial las reglas que se deben cumplir por parte del afiliado para poderse trasladar de un régimen pensional a otro; de modo que será la última de las decisiones donde se unificó la posición de la Corte Constitucional frente al tema, esto es la Sentencia SU 130 de 2013, la que se debe aplicar en este asunto. En ese orden de ideas, la señora Isabel Cristina Salcedo de Bernal no cumple con las condiciones mínimas para acceder al traslado de régimen, toda vez que como se estableció en el fallo de primer grado, no acredita 15 años de servicios cotizados en el SGSS al 1º de abril de 1994. Es suficiente lo dicho hasta ahora para concluir que la decisión de instancia deberá ser confirmada en su totalidad, toda vez que se profirió con acogimiento a las disposiciones vigentes y aplicables al caso específico.

**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**

Aprobado por Acta No. 643 del 05 de julio de 2017. H: 4:00 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66682-31-04-001-2017-00088-00 |
| **Accionante:**  | Dr. Edwar Hernán Ramírez Arias, apoderado judicial de Isabel Cristina Salcedo de Bernal  |
| **Accionado:** | Colpensiones y A.F.P Colfondos  |
| **Decisión:**  | Confirma decisión  |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de la señora **ISABEL CRISTINA SALCEDO DE BERNAL**, como parte accionante dentro del presente asunto, en contra de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal Risaralda, mediante la cual resolvió negar la solicitud de amparo constitucional invocada por ella.

 **ANTECEDENTES:**

El abogado Edwar Hernán Ramírez Arias, actuando como apoderado judicial de la señora Isabel Cristina Salcedo de Bernal, interpuso acción de tutela en contra de las administradoras de pensiones Colpensiones y Colfondos, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la libre escogencia del régimen pensional y a la seguridad social. Los hechos en los cuales fundamentó su solicitud fueron sintetizados por el Juzgado de conocimiento así:

*“Manifestó el apoderado que la señora ISABEL CRISTINA BERNAL SALCEDO, se encontraba afiliada al sistema general de pensiones desde el 23 de septiembre de 1976 y que en el año 2001 por medio telefónico recibió una llamada de un asesor de AFP COLFONDOS, quien le pidió una cita para informarle los beneficios que ella podía obtener si hacia el traslado de sus semanas cotizadas de fondo público al fondo privado; la poderdante aceptó y firmó el formulario de traslado el 6 de marzo del año 2001, habiendo querido regresar en el mes de marzo del año 2017 a COLPENSIONES, donde su deseo fue rechazado, porque no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, para efectuar el traslado.”*

En vista de lo anterior solicitó que, tras proteger los derechos fundamentales de los cuales es titular su prohijada, se ordene a las entidades accionadas que realicen las gestiones necesarias para aceptar el traslado de régimen pensional de la señora Isabel Cristina.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal avocó el conocimiento de la actuación el día 4 de mayo de 2017, en contra de las administradoras de pensiones Colfondos 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 16 de mayo de 2017, negar la solicitud de amparo invocada, ello tras establecer que en efecto la señora Isabel Cristina Salcedo Bernal no cumple con los requisitos, toda vez que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 15 años de servicios cotizados al SGSS.

**IMPUGNACIÓN:**

El 18 de mayo del presente año, el abogado que representa los intereses de la señora Isabel Cristina, presentó un memorial mediante el cual impugnó la decisión de primera instancia, ello básicamente porque la Juez cognoscente tuvo en cuenta para efectos de tomar su respectiva decisión diversas providencias de la Corte Constitucional y una de la Sala Laboral de este Tribunal Superior; sin embargo, no analizó el contenido de la sentencia T 818 de 2007 que le sirvió a él como base para fundamentar la acción de tutela, y que además relacionó debidamente en su escrito.

Reiteró que su poderdante cumple con los requisitos establecidos en la mencionada sentencia para trasladarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPDM.

Señaló además que la solicitud de traslado se le está negando a su representada con base en una circular externa de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual no tiene fuerza jurídica para definir la problemática presentada.

Resaltó que la señora Isabel Cristina cumple con los requisitos establecidos en la legislación para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Además indicó que tiene actualmente 1649.14 semanas de cotización al SGSS en ambos regímenes pensionales, así, en el RPDM tiene registrado el 55% de sus aportes, y en el RAIS un 45%, siendo superiores los aportes efectuados en el primero de ellos.

Solicitó que se aplique la sentencia expuesta en su soporte jurisprudencial, toda vez que allí se trató una situación análoga a la que en esta oportunidad se concita; y por lo tanto se revoque la decisión de primer grado, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales transgredidos a la señora Salcedo de Bernal, ordenando a las entidades accionadas efectuar el traslado de régimen pensional a su favor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

**1. Competencia:**

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.

**2. Problema jurídico:**

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

**3. Solución:**

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 pretensión 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 de la señora Isabel Cristina Salcedo de Bernal desde el RAIS al RPDM, con base en la Sentencia T 818 de 2007 de la Corte Constitucional.

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.

A pesar de tal pronunciamiento, esa misma Corporación se apartó de ese punto de vista en varias oportunidades y afirmó que no sólo los beneficiarios del régimen de transición por el factor “tiempo” tenían derecho a trasladarse de régimen, sino también quienes cumplieran con el requisito de la edad al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, sin que fuera necesaria la concurrencia de ambas condiciones; uno de los pronunciamientos hechos en ese sentido se ubica en la sentencia T 818 de 2007, a la cual ha hecho referencia el accionante a lo largo de este asunto, y pretende que se aplique al caso de su representada.

Sin embargo, es menester aclarar que de forma posterior la Máxima Guardiana Constitucional recogió esa postura, consolidando sus criterios iniciales 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.”*

Acerca de las posiciones asumidas con anterioridad, vale la pena también traer a colación lo que al respecto se dijo en la Sentencia T 211 de 2016, donde haciendo un recuento de las variaciones que al respecto han surgido respecto al tema, expuso:

*“5.16. Pese a la línea trazada por este Tribunal en las sentencias de constitucionalidad a las que se ha hecho expresa referencia, en el escenario del control concreto de constitucionalidad, a través de la revisión de acciones de tutela, algunas Salas de Revisión de la Corte adoptaron posiciones contradictorias en torno a las reglas que resultaban aplicables al traslado de régimen concretamente en relación con los beneficiarios del régimen de transición.* ***Así por ejemplo, en la Sentencia T-818 de 2007, contrariando lo dicho en las Sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, la Sala Primera de Revisión, al resolver un caso relacionado con el traslado de régimen pensional, consideró que el beneficio del régimen de transición es un derecho adquirido, razón por la cual, dispuso que tanto los beneficiarios del mencionado régimen por cumplir el requisito de la edad, como aquellos beneficiarios por tiempo de servicio cotizado al sistema tienen “…el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad” .***

*5.17. Por el contrario, siguiendo la línea establecida en las referidas sentencias de constitucionalidad, otras Salas se Revisión, mantuvieron el criterio según el cual, sólo podían trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, los beneficiarios del régimen de transición por tiempo de servicio cotizado al Sistema.*

***5.18 Como consecuencia de lo anterior, y con el propósito de crear una línea uniforme y consolidada sobre el tema del traslado de régimen pensional, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia SU-130 de 2013, estableció las reglas aplicables al traslado entre régimen****, concluyendo que, “(…) 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. En dicho fallo de unificación, la Corte precisó que “(…)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”.”*

Así las cosas, es evidente que no es posible acceder a las pretensiones de la parte accionante, toda vez que como viene de decirse, ya quedaron establecidas a nivel jurisprudencial las reglas que se deben cumplir por parte del afiliado para poderse trasladar de un régimen pensional a otro; de modo que será la última de las decisiones donde se unificó la posición de la Corte Constitucional frente al tema, esto es la Sentencia SU 130 de 2013, la que se debe aplicar en este asunto. En ese orden de ideas, la señora Isabel Cristina Salcedo de Bernal no cumple con las condiciones mínimas para acceder al traslado de régimen, toda vez que como se estableció en el fallo de primer grado, no acredita 15 años de servicios cotizados en el SGSS al 1º de abril de 1994.

Es suficiente lo dicho hasta ahora para concluir que la decisión de instancia deberá ser confirmada en su totalidad, toda vez que se profirió con acogimiento a las disposiciones vigentes y aplicables al caso específico.

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, 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

**WILSON FREDY LÓPEZ**

Secretaria

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