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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / REQUISITOS / PÉRDIDA DEL BENEFICIO / EXCEPCIONES / 15 AÑOS DE COTIZACION AL 1º DE ABRIL DE 1994.**

Corresponde a esta Sala determinar si en este caso procede la tutela para ordenar a las entidades accionadas trasladar a la accionante del régimen de ahorro individual al de prima media…

El régimen de transición está definido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a favor de tres grupos de personas: i) mujeres que al 1° de abril de 1994 tuvieran 35 o más años de edad; ii) hombres que en la misma época contaran con 40 años o más; iii) hombres o mujeres que a esa fecha tuvieran 15 o más años de servicios prestados.

Y se perdía el derecho a pertenecer al régimen de transición cuando el cotizante optaba por afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad o trasladarse del régimen de prima media con prestación definida a aquel, según lo dispuesto por los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993…

… las personas que para el 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaban con quince años de servicios cotizados, no pierden los beneficios del régimen de transición cuando escogen el régimen de ahorro individual o se trasladan a él. (…)

Surge de lo anterior que el requisito citado por la última jurisprudencia transcrita, no se satisface en el asunto bajo estudio.

En efecto, para el 1° de abril de 1994 no contaba con 750 semanas o quince años de servicio, lo que significa que, como le restan menos de diez años para obtener su pensión de vejez, no puede ser beneficiaria de la posibilidad de trasladarse de régimen pensional en cualquier momento.

6. En estas condiciones el fallo será confirmado en cuanto se desestimó la tutela, aunque teniendo en cuenta que se superaron los presupuestos generales de procedencia de la tutela y se evidenció la falta de lesión de los derechos de la actora, se modificará para negar el amparo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

 Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

 Pereira, noviembre treinta (30) de dos mil veinte (2020)

 Acta No. 445 del 30 de noviembre de 2020

 Expediente No. 66001-31-10-004-2020-00174-02

Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la accionante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, el pasado 16 de octubre, en la acción de tutela que promovió la señora Carmen Alicia Giraldo Castaño contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a la que fueron vinculados la Profesional Máster 320-08 con asignación de funciones de Directora de Administración de Solicitudes y PQRS y la Gerente Regional del Eje Cafetero de la primera de esas entidades y los Directores de las otras dos.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Relató la accionante los hechos que admiten el siguiente resumen:

1.1 El 1° de abril de 1995 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en ese entonces por el Instituto de los Seguros Sociales, al Régimen de Ahorro Individual de Colfondos.

1.2 El 5 de agosto de 1997 trasladó sus ahorros a Colpatria, entidad que se fusionó con BBVA Horizonte, la cual a su vez se unió con Porvenir S.A.

1.3 Se desempeña como Secretaria Ejecutiva en propiedad y cuenta con una asignación mensual de $1.752.969.

1.4 Nació el 9 de enero de 1959 y en la actualidad cuenta con 61 años de edad, motivo por el cual es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años e igualmente acreditaba más de 750 semanas.

1.5 Colfondos, sin brindarle información veraz y de manera engañosa, le informó que le resultaba más beneficioso trasladarse al régimen de ahorro individual y le ocultó que con ello renunciaba a aquel régimen de transición. Con lo anterior se desconoce el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

1.6 Formuló solicitudes a las demandadas para que anularan el citado traslado y fuera aceptado su regreso al régimen de prima media con prestación definida.

1.7 Según la simulación realizada por el fondo privado de pensiones en el régimen de ahorro individual su mesada pensional correspondería al salario mínimo legal vigente mientras que en el régimen de prima media sería de $2.178.851,40.

1.8 Con aquel monto no podría solventar sus necesidades básicas por lo que mantenerla afiliada a Porvenir ocasionaría una afectación a su mínimo vital. Así mismo es una persona de especial protección al contar con 60 años de edad.

2. Considera lesionados los derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Para su protección solicita se ordene a las entidades accionadas anular la afiliación realizada el 24 de marzo de 1995 a Colfondos, trasladar sus ahorros de Porvenir a Colpensiones, a esta última vincularla de manera retroactiva desde la citada fecha, aceptar su traslado al régimen de prima media con prestación definida y reconocer su pensión bajo el régimen de transición[[1]](#footnote-1).

**A C T U A C I Ó N P R O C E S A L**

1. Por auto del 5 de agosto de este año se admitió la demanda y se ordenó vincular a los Directores de Porvenir y Colfondos y a la Gerente Regional del Eje Cafetero de Colpensiones.

2. Solamente se pronunció la Directora de Acciones Constitucionales de Porvenir S.A. Manifestó: a) la accionante suscribió de manera libre y voluntaria, formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir y con ese acto se acogió a las normas y disposiciones legales para este régimen, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; b) su solicitud de traslado al régimen de prima media con prestación definida no es viable, ya que se encuentra incursa en la prohibición de traslado entre regímenes de que trata el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues se encuentra a menos de diez años para tener derecho a la pensión de vejez; c) de todas formas la citada señora no cumple los presupuestos jurisprudenciales para trasladarse de régimen en cualquier tiempo como quiera que para el 1º de abril de 1994 no tenía quince años o más cotizados. Tampoco contaba con las 750 semanas requeridas pues hasta esa fecha solo había aportado 244; d) el amparo es improcedente ya que el debate que se propone debe ser ventilado en la vía ordinaria, máxime que no acredito un perjuicio irremediable y e) Porvenir S.A. no ha vulnerado los derechos fundamentales de la actora, por el contrario ha cumplido con sus obligaciones legales[[2]](#footnote-2).

3. Se definió la primera instancia mediante fallo del 20 de agosto pasado. Esta providencia fue declarada nula por esta Sala mediante auto del 1° de octubre último y se ordenó rehacer el trámite con la vinculación de la Profesional Máster 320-08 con asignación de funciones de Directora de Administración de Solicitudes y PQRS de Colpensiones.

4. Rehecha la actuación se profirió nuevamente fallo el 16 de octubre siguiente, en el que se decidió declarar improcedente el amparo.

Para decidir así, se estimó que en este caso no se cumplen los presupuestos de la acción constitucional señalados por la jurisprudencia, para su procedencia excepcional a efecto de resolver conflictos que deben ser dirimidos por la justicia ordinaria, pues la actora no demostró un perjuicio irremediable que hiciera que ese medio ordinario de defensa fuera ineficaz[[3]](#footnote-3).

4. Inconforme con el fallo la accionante lo impugnó. Adujo: a) el perjuicio irremediable radica en el hecho de que se vería obligada a seguir laborando, ya que le es imposible garantizar una digna vejez con el salario mínimo legal vigente que le proyecta Porvenir y que difiere ostensiblemente del cálculo actuarial de Colpensiones; b) en la demanda se argumentaron los motivos por los cuales se acudía al presente mecanismo de protección constitucional, mas el juzgado de conocimiento se limitó a indicar que existen otros medios de defensa judicial, sin analizar las circunstancias del caso particular. Reitera que obligarla a acceder a una pensión equivalente al salario mínimo mensual legal vigente que es muy inferior a su salario, le genera un total desmedro a su calidad de vida y su mínimo vital. Además, dice, es una persona digna de especial protección constitucional, dadas sus condiciones de salud y su edad, y no se le puede someter a aguardar la definición de un proceso ordinario y c) citó jurisprudencia que consideró aplicable al caso[[4]](#footnote-4).

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. El objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todos los ciudadanos por el artículo 86 de la Constitución Nacional, cuando quiera que tales derechos sean amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública y aún por los particulares en los casos que reglamenta el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

2. Corresponde a esta Sala determinar si en este caso procede la tutela para ordenar a las entidades accionadas trasladar a la accionante del régimen de ahorro individual al de prima media. Solo de serlo, se establecerá si las entidades demandadas incurrieron en lesión al negar la solicitud que formuló la actora con ese objeto.

3. Es preciso señalar, de manera previa, que la señora Carmen Alicia Giraldo Castaño se encuentra legitimada en la causa por activa, como titular de los derechos que se dicen vulnerados por la negativa de acceder al citado traslado. También, por pasiva, Colpensiones y Porvenir, al ser las entidades competentes de coordinar dicha vinculación y Colfondos a la que se acusa de tergiversar las consecuencias de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

4. Sea lo primero indicar que, contrario a lo que dedujo el funcionario de primer instancia, en este caso sí se cumple el presupuesto de la subsidiariedad como quiera que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez, y por tanto, el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental”[[5]](#footnote-5).*

De manera pues que se justifica la intervención del juez constitucional cuando a una persona que puede beneficiarse de las bondades del régimen de transición, se le desconoce tal derecho con la negativa en aceptar su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, porque en tal forma se impide al peticionario disfrutar de su pensión por vejez.

El régimen de transición está definido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a favor de tres grupos de personas: i) mujeres que al 1° de abril de 1994 tuvieran 35 o más años de edad; ii) hombres que en la misma época contaran con 40 años o más; iii) hombres o mujeres que a esa fecha tuvieran 15 o más años de servicios prestados.

Y se perdía el derecho a pertenecer al régimen de transición cuando el cotizante optaba por afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad o trasladarse del régimen de prima media con prestación definida a aquel, según lo dispuesto por los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los que fueron objeto de demanda de inexequibilidad, resuelta por la Corte Constitucional mediante sentencia C-789 de 2002 en la que declaró que esas disposiciones se ajustaban a la Constitución, a pesar de lo cual realizó una aclaración respecto de la interpretación que debe dárseles y que consignó así en su parte resolutiva:

*“1. Declarar EXEQUIBLES los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993, conforme a lo establecido en la parte motiva de esta sentencia. Con todo, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.*

*2. Declarar así mismo EXEQUIBLE el inciso 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que el régimen de transición se aplica a quienes, estando en el régimen de prima media con prestación definida, se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, y decidan regresar al régimen de prima media con prestación definida, siempre y cuando: a) Trasladen a éste todo el ahorro que efectuaron al régimen de ahorro individual con solidaridad; y b) dicho ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media. En tal caso, el tiempo trabajado les será computado en el régimen de prima media”.*

Es decir, las personas que para el 1° de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaban con quince años de servicios cotizados, no pierden los beneficios del régimen de transición cuando escogen el régimen de ahorro individual o se trasladan a él.

De otro lado, el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, autoriza a los afiliados al sistema general de pensiones trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años, contados a partir de la selección inicial y *“Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.*

En la sentencia C-1024 de 2004 se analizó lo relativo a los diez años a que se refiere la última parte de la disposición citada para poder trasladarse de régimen antes de cumplir la edad y nuevamente la Corte excluyó a quienes por efectos del régimen de transición tenían quince años o más de servicios cotizados; así dijo:

*“De suerte que, a juicio de esta Corporación, siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido[[6]](#footnote-6), no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas, conforme lo expuso esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).*

*Por lo anterior, se declara exequible el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: “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; (...)”, exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.*

Y en otro pronunciamiento mas reciente sobre el tema indicó:

*“27. Así las cosas, la línea jurisprudencial sentada por la Corte establece que los afiliados con quince (15) años o más de servicios o 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 (fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993) 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, siempre que trasladen el ahorro alcanzado en el régimen de ahorro individual, al régimen de prima media.*”*[[7]](#footnote-7)*

4. De conformidad con la certificación aportada por Porvenir S.A., tomada de la historia laboral emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público OBP[[8]](#footnote-8), la señora Carmen Alicia Giraldo Castaño para el 1º de abril de 1994 contaba con 1.708 días cotizados, que corresponde a 244 semanas y a cuatro años y medio de servicio.

5. Surge de lo anterior que el requisito citado por la última jurisprudencia transcrita, no se satisface en el asunto bajo estudio.

En efecto, para el 1° de abril de 1994 no contaba con 750 semanas o quince años de servicio, lo que significa que, como le restan menos de diez años para obtener su pensión de vejez[[9]](#footnote-9), no puede ser beneficiaria de la posibilidad de trasladarse de régimen pensional en cualquier momento.

6. En estas condiciones el fallo será confirmado en cuanto se desestimó la tutela, aunque teniendo en cuenta que se superaron los presupuestos generales de procedencia de la tutela y se evidenció la falta de lesión de los derechos de la actora, se modificará para negar el amparo.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, el 16 de octubre último, dentro de la acción de tutela que promovió la señora Carmen Alicia Giraldo Castaño contra Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., modificándola en su ordinal primero para negar el amparo invocado.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

 **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Folios 5 a 12 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 79 a 84 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver documento 4 del cuaderno No. 3 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 100 a 104 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-5)
6. Véase: Sentencia C-754 de 2004. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-160 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 82 del cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-8)
9. Teniendo en cuenta que según los hechos de la demanda nación en el año 1959 y en la actualidad cuenta con 61 años de edad [↑](#footnote-ref-9)