

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, nueve (9) de octubre de dos mil veinte (2020)

Expediente: 11001 3334 003 2020-00-242-00
Accionante: TATIANA VARGAS PÉREZ
Accionados: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
AFP PORVENIR

ACCIÓN DE TUTELA

Procede el Despacho a resolver la solicitud de tutela presentada por la señora Tatiana Vargas Pérez, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

1. ANTECEDENTES

La accionante sustentó la solicitud en los siguientes

1.1. Hechos

Señala que cuenta con la edad de 51 años y se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en pensiones al fondo privado PORVENIR S.A.

Indica que COLPENSIONES, le negó el derecho fundamental a la libre escogencia del régimen pensional, mediante el radicado 2018-9120531-16755-45 del 31 de julio de 2018, debido a que, a juicio de esa entidad, no es posible realizar el trámite por cuanto de la información consultada, se encuentra a 10 años o menos, para acreditar el requisito de tiempo para pensionarse, con lo que se vulnera el derecho a la seguridad social en lo que respecta a la libre escogencia del régimen pensional.

Advierte que, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario para el amparo de este derecho, la acción de tutela es procedente en el presente asunto.

1.2 Orden judicial solicitada

El accionante solicita que le sean amparados los derechos fundamentales, a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, libre escogencia de régimen pensional, seguridad social y el principio de

favorabilidad, y en consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. autorizar el traslado de régimen pensional al régimen de prima media que administra COLPENSIONES, solicitado el día 31 de julio de 2018.

1.3 Trámite procesal

-Recibida la acción constitucional, por auto del 29 de septiembre de la presente anualidad, se admitió la acción de tutela.

-Asimismo, se ordenó correr traslado por el término de 2 días, al presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, y al presidente de la AFP PORVENIR, para pronunciarse sobre los hechos expuestos por la accionante.

1.4 Contestación de COLPENSIONES

La Dirección de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de la acción constitucional.

Manifestó que el 31 de julio de 2018, la señora Tatiana Vargas Pérez, realizó la solicitud de traslado del régimen pensional, petición a la que COLPENSIONES le dio respuesta, informándole el rechazo a su solicitud, por cuanto se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Así, considera que la acción constitucional no atiende el principio de la inmediatez, por cuanto se superó el plazo razonable para acudir a la acción de tutela conforme a lo previsto por la Corte Constitucional.

Por otra parte, señala que se desconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, por lo que se debe acudir al procedimiento ordinario ante la jurisdicción laboral para sea esta la que se pronuncie frente al traslado del régimen pensional.

Agrega que, si bien se establece la libertad de selección del régimen pensional, la misma se encuentra restringida cuando falten 10 años o menos para cumplir los requisitos de pensión. Sin embargo, se podrá hacer el cambio en cualquier tiempo, conforme a lo fijado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-062 de 2010, si se cumplen las siguientes condiciones: **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 y **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.

De tal manera que, como la accionante, no cumple los requisitos para realizar el traslado en cualquier tiempo se aplica la restricción de los 10 años, sin que con ello se vulneren los derechos fundamentales.

1.5 Contestación de la AFP PORVENIR

La directora de Acciones Constitucionales Porvenir S.A., manifiesta que la accionante se encuentra incurso en la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, en cuanto establece claramente que 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.

Así, indica que la señora Tatiana Vargas Pérez, nació el 8 de enero de 1969, por lo que se concluye que está inhabilitada para trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues ya se encuentra a menos de 10 años de la edad para tener derecho a la pensión de vejez, en ese régimen, que hasta el año 2013 fue de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, y que a partir del año 2014 es de 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres.

Agrega que, si bien la Corte Constitucional, en la sentencia C-1024 de 2004 estableció que las personas que al 1º de abril de 1994, tuvieran 15 años o más de servicios cotizados, podrán en cualquier tiempo trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la accionante no tiene al 1 de abril de 1994, 15 años o más cotizados, como quiera que, consultada su historia laboral, a esa fecha se registran 217 días, equivalentes a 31 semanas, por lo que no cumple con los requisitos fijados en la sentencia SU-062 de 2010 y, en consecuencia no es posible realizar el traslado solicitado.

2. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo procesal consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, cuya finalidad es la defensa y restablecimiento de los derechos fundamentales contra las infracciones o amenazas derivados de las acciones u omisiones de las autoridades o de los particulares en los eventos señalados en la ley.

Dicho artículo contempla:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...”.

Así mismo, el precepto dispone que sólo procederá esa acción cuando el afectado no disponga de otro medio de acción judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución enseña que toda persona puede a través de la acción de tutela, reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten conculcados o amenazados, ya sea por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares encargados de la prestación de un servicio público, siempre que no exista otro medio de defensa judicial que resulte idóneo para la protección de los citados derechos.

2.1 Problemas jurídicos a resolver

¿Resulta procedente la acción de tutela para ordenar el traslado del régimen de ahorro individual al de prestación definida?

¿COLPENSIONES y PORVENIR vulneraron los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, libre escogencia de régimen pensional, seguridad social y el principio de favorabilidad de la señora Tatiana Vargas Pérez, por haber negado la solicitud de traslado de régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida?

2.2. Entrada en vigencia del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para empleados del orden territorial y el precedente en el traslado de regímenes de ahorro individual al de prima media.

En sentencia T-216 de 2017, la Corte Constitucional hace una clara referencia a las reglas jurisprudenciales establecidas para el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al régimen de prima media con prestación definida. También hace un recuento de las providencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, T-818 de 2007, SU-062 de 2010, C-030 de 2009, SU-062 de 2010, SU-130 de 2013, T-564 de 2014, para precisar lo siguiente:

“Mediante Sentencia T-200 de 20151, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional examinó el caso de un afiliado que solicitó a Colpensiones su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, en el que se encontraba afiliado cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993. El traslado fue negado debido a que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. El demandante consideró vulnerado su derecho fundamental a la libre escogencia o selección de régimen pensional, ya que se desconoció que era beneficiario del régimen de transición y que, por tal razón, podría volver en cualquier momento al régimen de prima media.

Para entonces, la Sala de Revisión reiteró que para que una persona pueda solicitar su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, en cualquier momento, incluso faltándole menos de 10 años para tener la edad de pensión, se deben cumplir los siguientes requisitos: “(i) Tener, a 1º de abril de 1994 –fecha en la que empezó a regir la Ley 100 de 1993, 15 años de servicios cotizados, que equivalen a 750 semanas cotizadas; (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”.

Abordados los requisitos señalados, la Corte concluyó, a partir de la historia laboral del actor, que no le habían vulnerado su derecho fundamental a la libre escogencia o selección de régimen pensional, tras negarle el traslado pensional bajo el argumento que le faltaban menos de 10 años para obtener la edad de pensión. Esta Corporación encontró que el accionante no cumplía con el primero de los requisitos arriba indicados para que un afiliado pueda trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media. El demandante no demostró tener, al 1º de abril de 1994, “15 años de servicios cotizados, que equivalen a 750 semanas cotizadas”. Para dicha época, el peticionario solo demostró 703 semanas cotizadas.

En conclusión, la Sentencia C-789 de 2002 indicó que las restricciones que tiene el traslado de régimen pensional no se aplicarían a quienes tuvieran 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Se agregó que para efectuar el traslado al régimen de prima media se debía transferir la totalidad del capital aportado al régimen de ahorro individual y que este no podría ser inferior al valor correspondiente en caso de que se hubiese permanecido en el régimen de prima media.

La Ley 797 de 2003 previó la prohibición del traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaran 10 años o menos para alcanzar la edad exigida para solicitar la pensión de vejez. La Sentencia C-1024 de 2004 condicionó dicha disposición en el entendido que las personas que reunieran las condiciones del régimen de transición y que, habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, puedan regresar en cualquier tiempo siempre que cumplan con la condición del tiempo de servicio establecida en la sentencia C-789 de 2002.

En la Sentencia T-818 de 2007 se indicó que para realizar el cambio de régimen pensional únicamente se debía trasladar todo el capital aportado

¹ Ver Sentencia T-200 de 2015 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez).

en el régimen de ahorro individual al de prima media. Lo anterior puso en evidencia una problemática del orden financiero para efectuar el traslado. La Sentencia SU-062 de 2010 concluyó que el Decreto 3995 de 2008 solucionó dicha inconsistencia y estableció que antes de negar el traslado pensional por no cumplirse el requisito de equivalencia de ahorro se debía ofrecer la oportunidad de aportar, en un plazo razonable, el dinero que corresponda a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y la totalidad del aporte que se pudiese alcanzar si se hubiere permanecido en el régimen de prima media.

Finalmente, la Sentencia SU-130 de 2013 concluyó que únicamente los afiliados al sistema pensional con 15 años o más de servicios prestados al 1° de abril de 1994, pueden trasladarse en cualquier momento del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida conservando los beneficios del régimen de transición.

De igual forma, la Sala Plena de esta Corporación, así como sus diferentes Salas de Revisión, han contemplado la posibilidad de efectuar dicho traslado pensional siempre que se demuestren 750 o más semanas de cotización al 1° de abril de 1994, en atención a que dichos periodos equivalen a 15 o más años de servicios”.

2.3 Seguridad Social:

La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social, como un derecho irrenunciable. En Sentencia T-414 de 2009², la Corte Constitucional estableció:

“el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”.

En conclusión, la Jurisprudencia Constitucional, estableció que el Derecho de Seguridad Social, se podrá proteger siempre y cuando al solicitante se le impida llevar una vida digna de acuerdo con los preceptos constitucionales y, excepcionalmente, se podrá proteger por vía de tutela cuando adquiera los rasgos de un derecho subjetivo.

² T-414 de 2009 MP. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En sentencia T- 079 de 2016, la Corte Constitucional señaló que, el derecho a la seguridad social en pensiones, guarda relación directa con el deber de las Administradoras de pensiones respecto de la información consignada en la historia laboral de sus afiliados, así como la responsabilidad de las administradoras de pensiones en el cobro de los aportes pensionales y que la mora en el traslado efectivo de los aportes no puede obstaculizar el reconocimiento de una pensión.

2.4 Derecho al mínimo vital.

La Corte Constitucional ha definido el derecho al mínimo vital (alimentos congruos) como el conjunto de condiciones básicas indispensables para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia.

“El derecho al mínimo vital ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo porque se fundamenta en otros derechos como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.), sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. En ese sentido, derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como “la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”. Es decir, la garantía mínima de vida.”³

Respecto al alcance de este concepto, la Alta Corporación ha manifestado que no puede limitarse al aspecto monetario, toda vez que no solamente debe garantizarse la vida digna del individuo, sino que además le permita desarrollar la vida en sociedad, de lo que se colige que el mínimo vital, lleva implícita una garantía no solo cuantitativa sino cualitativa, por lo que debe examinarse cada caso concreto, con el fin de determinar su protección.

2.5 Del caso en concreto

³ Sentencia T-891 de 2013- Acción de tutela instaurada por Reinaldo López Ortiz contra el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional. - Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA - Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013)

Conforme lo expuesto en precedencia, se tiene que la señora Tatiana Vargas Pérez, acudió a este mecanismo constitucional, con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales por cuanto se le ha negado el traslado del régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Entonces, procede el Despacho a determinar si en el asunto, el actuar de las accionadas, atenta o no, contra los derechos fundamentales de la accionante. Para ello, se estudiarán las pruebas allegadas al plenario:

- La accionante cuenta con la edad de 51 años de edad (Prueba aportada con la acción constitucional).
- Conforme al certificado expedido por PORVENIR, el 30 de septiembre de 2020, la señora Tatiana Vargas Pérez, se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorias Provenir, desde el 1 de mayo de 2005, siendo la empresa FAJAS Y SALUD S.A.S., quien realiza el aporte (archivo PDF).
- El 31 de julio de 2018, en respuesta a la petición 2018_9120531 del 31 de julio de 2018, COLPENSIONES le informa a la accionante que no es posible realizar su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media, por cuanto se encuentra a 10 años o menos del tiempo previsto para pensionarse (archivo PDF – Respuesta dada por COLPENSIONES).
- Conforme al resumen de historia laboral de la señora Tatiana Vargas Pérez, se advierte que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 29 de enero de 1992, tenido como empleador a Fanny Carrillo de Vaca, por lo que, para el 1 de abril de 1994, registra 217 días. (archivo PDF – Resumen de Historia Laboral).

De lo probado, advierte el Despacho que, COLPENSIONES dio respuesta a la solicitud de traslado realizada por la accionante, sin embargo, no acreditó de manera clara y precisa la fecha de notificación de la respuesta dada a través del oficio del 31 de julio de 2018, con lo cual no es posible establecer la fecha en la que se enteró la señora Tatiana Vargas Pérez, y tampoco verificar si cumplió o no el requisito de inmediatez.

No obstante, es necesario advertir que, conforme a lo previsto por la Corte Constitucional, el traslado de régimen pensional es posible en cualquier tiempo, de tal manera que en el caso bajo estudio no se presenta un desconocimiento del requisito de inmediatez, por lo que el Juzgado abordara a continuación los problemas jurídicos planteados.

El primero, se concreta a la procedencia de la acción de tutela para el traslado del régimen pensional, esto es, del ahorro individual al de prima media con prestación definida.

Así, no se discute el reconocimiento de la pensión de la accionante, sino la libre elección y traslado de régimen pensional como garantía del derecho a la seguridad social, de tal manera que, la acción constitucional resulta procedente para calificar si la decisión se ajustó al marco fijado por la Corte Constitucional para realizar el traslado en cualquier tiempo, tal y como la ha expresado esa Corporación, conforme a las premisas jurídicas expuestas en las consideraciones de esta providencia. Por tanto, en caso de no encontrarse acreditados los requisitos fijados por la Corte Constitucional, se negará el amparo solicitado.

Revisadas las pruebas allegadas, el Despacho encuentra que COLPENSIONES, expresó de manera clara y precisa las razones por las cuales no era posible el traslado de la señora Tatiana Vargas Pérez de PORVENIR a esa entidad, debido a que le hacía falta 10 años o menos para cumplir los requisitos previstos para acceder a la pensión.

Por lo tanto, como en el presente caso, la señora Tatiana Vargas Pérez, se afilió al sistema de seguridad social el **29 de enero de 1992**, es evidente que, para el **1 de abril de 1994**, no cumplía con el requisito fijado en la sentencia SU-062 de 2010, relativo a 15 años de servicio; de ahí que la norma aplicable es la prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, en cuanto señala:

“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, 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...***
(Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, si la petición de traslado se realizó el **31 de julio de 2018** y para esa época la accionante tenía la edad de **49 años**, le faltaban menos de los 10 años, teniendo en cuenta que la edad para la pensión de vejez

prevista para las mujeres es de **57 años**, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁴.

Conforme a lo anterior, no se advierte vulneración a los derechos de la seguridad social y la libre elección del régimen pensional, así como el principio de favorabilidad, alegados por la accionante, en tanto que insiste el Juzgado, resulta necesario en cumplimiento del precedente judicial fijado por la Corte Constitucional, acreditar los 15 años de servicio al 1 de abril de 1994, que en este caso no están probados, para permitir trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida.

Finalmente, tampoco se ampararán los derechos a la vida en condiciones dignas y mínimo vital, teniendo en cuenta que el tutelante se limita a solicitar su protección sin manifestar o acreditar en qué aspectos se encuentra transgredido dicho derecho.

Por otra parte, resulta pertinente indicarle a la accionante que la discusión respecto de la posible nulidad en el traslado entre régimen pensional, puede realizarse ante los jueces laborales, es decir, en caso de considerar que para el momento en el que realizó el cambio del régimen de prima media al de ahorro individual, a partir del 1 de mayo de 2005, no se le prestó la información necesaria para comprender las implicaciones del cambio de régimen, tal y como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia⁵.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO. Negar el amparo de los derechos fundamentales de la señora Tatiana Vargas Pérez, a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, libre escogencia de régimen pensional, seguridad social y el principio de favorabilidad, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

⁴ **ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así: Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre

⁵ Sentencia 23 de enero de 2019, SL037-2019. Radicado 53176. Acta 01. Demandante: Gloria Stella Vargas González. Demandados: COLPENSIONES y AFP PORVENIR. MP. Ernesto Forero Vargas.

SEGUNDO. Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito, conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Si esta providencia no fuese impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **remítase** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



LALO ENRIQUE OLARTE RINCÓN

JUEZ (E)

oms.