

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA  
SALA QUINTA DE ASUNTOS PARA ADOLESCENTES

**MAGISTRADA PONENTE:**

**MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO**

**Aprobado Acta N° 150.**

**TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, trece (13) de abril de dos mil once (2011)

Radicación	66001-31-18-001-2011-00019-01
Procedente	Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes
Accionante	ASTRID CONTRERAS DE PELÁEZ
Accionados	Instituto de Seguros Sociales y BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías
Decisión	Confirma

**1.- ASUNTO**

Resolver la impugnación presentada por la ciudadana **ASTRID CONTRERAS DE PELÁEZ** contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de esta ciudad, que negó el amparo de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el **Instituto de Seguros Sociales** y la Administradora del Fondo de Pensiones **BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías**.

## 2.- FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN

2.1.- Indicó la señora **PELÁEZ DE CONTRERAS** que al iniciar su vida laboral cotizó en salud y pensión al **Instituto de Seguros Sociales** y que con la aparición de los fondos privados de pensiones, ilusionada con un mejor futuro se trasladó a uno de ellos.

2.2.- Que presentó derecho de petición al Gerente Seccional del I.S.S. solicitando el traslado de fondo, para ser nuevamente aceptada, aduciendo ser beneficiaria del régimen de transición por haber contado a 1º de abril de 1994, con más de 35 años de edad, aunque no cumplía con los 15 años de cotización.

2.3.- Asegura que la respuesta le fue desfavorable, es decir, que no era procedente su traslado acorde con lo dispuesto por la Ley 797 de 2003 y que a su turno la AFP **BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías** le informó que el Instituto aludido, no había solicitado el traslado de fondo, pero que igual el mismo debe ser negado porque no cumple con 15 años de cotización a 1º de abril de 1994.

2.4.- Luego de efectuar sus propias consideraciones jurídicas, pide que se le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, de igualdad, de favorabilidad, en conexión con la vida, la seguridad social, la vida digna y la libre escogencia del régimen pensional, para lo cual se deberá ordenar a las entidades accionadas que procedan al traslado de sistema pensional.

## 3.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes en fallo de 28 de febrero último negó el amparo tutelar invocado por **ASTRID**

**CONTRERAS DE PELÁEZ** al concluir que si bien para el 1º de abril de 1994, cumplió con uno de los requisitos para acceder al régimen de transición, como lo es haber cumplido más 35 años, no así en lo relativo al número de semanas de cotización realizadas para aquella fecha, que debía ser un equivalente a 15 años.

La accionante impugnó el fallo aduciendo que la ley sólo exige uno de los requisitos y no ambos, para acceder al traslado del sistema pensional que ha deprecado.

#### **4.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

4.1.- La acción constitucional prevista en el artículo 86, es un mecanismo de amparo de carácter residual y subsidiario, cuya finalidad es la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando quiera que los mismos se vean amenazados o conculcados<sup>1</sup>. Lo anterior significa que la acción de tutela sólo procede ante la inexistencia o la ineficacia de otros mecanismos judiciales frente a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

4.2.- Se pretende por vía de tutela que el **Instituto de Seguros Sociales –Seccional Risaralda–** acceda a la petición de afiliar nuevamente a la actora **ASTRID CONTRERAS DE PELÁEZ** al régimen de prima media con prestación definida, quien actualmente se encuentra en el de ahorro individual con solidaridad administrado por **BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías**.

4.3.- Como ya quedó reseñado el operador de primer grado al analizar la pretensión la encontró inviable, básicamente porque la actora no

---

<sup>1</sup> Ver las Sent. T-965/04, T-408/02 T-432/02 y SU-646/99

acredita haber cotizado al sistema por lo menos 15 años antes del 1º de abril de 1994, fecha establecida por la Ley 100 de 1993, para optar por el régimen de transición.

4.4.- Insiste la actora que deben ampararse sus derechos fundamentales, porque la ley es disyuntiva frente al acceso a la transición y que ella había cumplido 35 años para la fecha en cita y se apoya en la sentencia T- 320 del 6 de mayo de 2010, proferida por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional.

4.5.- Al abordar el estudio por la Sala, tenemos que la pretensión de la ciudadana **ASTRID CONTRERAS DE PELÁEZ**, está encaminada a retornar al sistema de prima media con prestación definida, como quiera que en vigencia de la Ley 100 de 1993 optara por trasladarse al de Ahorro Individual con Solidaridad, y para su efectividad requiere que se cambie su afiliación al sistema General de Pensiones administrado por el **Instituto de Seguros Sociales**.

En primera instancia la Juez constitucional encontró, con apoyo en la ley y la jurisprudencia constitucional, que no se están vulnerando los derechos fundamentales de la actora y por tanto adoptó fallo que denegó el amparo.

4.6. Para desatar el recurso interpuesto por la entidad accionada, se trae a colación el Decreto 3800 de 2003 el cual se encarga de reglamentar el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y estipula en su regla 3º, que si a 1º de abril de 1994 una persona tenía quince (15) o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, que hubiere seleccionado el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, decida

trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, le será aplicable el sistema de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Su literalidad diáfana, no permite interpretación o especulación sobre el alcance que le dio el ejecutivo, en su facultad reglamentaria, a la voluntad del legislador.

4.7. Así que, una persona afiliada al sistema de seguridad en materia pensional, que hubiere optado por el régimen de ahorro individual con solidaridad, puede acceder nuevamente al de prima media con prestación definida, siempre que como requisito sine qua non, a 1º de abril de 1994 hubiese laborado durante quince (15) años, o su equivalente en semanas cotizadas, es decir, 750.

Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado.

*“26.- Según lo expresado con anterioridad, 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.*

*“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, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que*

*hubieran permanecido en el régimen de prima media, por haber devenido esta exigencia en un imposible a causa de un cambio normativo”.*<sup>2</sup>

Sobre esta coyuntural situación, la Honorable Corte Constitucional se pronunció en SU-062 de 2010, para precisar que quien teniendo derecho al régimen de transición por la edad que tenía al 1º de abril de 1994, puede perder esta prerrogativa, cuando decide cambiarse al sistema de ahorro individual con solidaridad y por contera, sólo las personas que contaban con quince (15) o más años de servicio para aquél momento, no pierden éste privilegio.

4.8. Ha de precisarse además que el literal ‘e’ del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al ser examinado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1024 de 2004 (que precisamente cita), tuvo una exequibilidad condicionada, es decir, que en su último aparte, en algunos eventos debe hacerse la excepción de inconstitucionalidad (Art. 4º Carta Política).

Así se resolvió por el máximo órgano Constitucional:

*“En este orden de ideas, y retomando lo inicialmente expuesto, el período de carencia o de permanencia obligatoria previsto en la disposición acusada, conduce a la obtención de un beneficio directo a los sujetos a quienes se les aplica, pues además de contribuir al logro de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia, asegura la intangibilidad y sostenibilidad del sistema pensional, preservando los recursos económicos que han de garantizar el pago futuro de las pensiones y el reajuste periódico de las mismas.*

*“En consecuencia, la norma acusada será declarada exequible en la parte resolutive de esta providencia, por el cargo analizado en esta oportunidad. Sin embargo, esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), precisó que aquellas personas que habiendo cumplido el requisito de quince (15) años o más de servicios*

---

<sup>2</sup> T-168 de 2009 – MP- Humberto Antonio Sierra Porto

*cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones, cuando previamente se hubiesen trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen el derecho de regresar -en cualquier tiempo- al régimen de prima media con prestación definida, con el propósito de preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen de transición. Allí, puntualmente, se dijo:*

*“(…)*

*“De suerte que, a juicio de esta Corporación, siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido, no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas prevista 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 (M.P. 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”.<sup>3</sup>*

4.9. Queda suficientemente decantado que la trashumancia por los sistemas pensionales, queda ligada exclusivamente al número de semanas cotizadas al momento de regir la Ley 100 de 1993 y no a la edad que se hubiere ostentado para acceder al régimen de transición, no siendo viable por tanto en el caso concreto, concluir que la señora **ASTRID CONTRERAS DE PELÁEZ**, se encuentre dentro de aquella población privilegiada, razón para advertir que la decisión impugnada, se encuentra ajustada a la ley.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional – Sentencia C-1024/04 MP. Rodrigo Escobar Gil.

4.10. Se hace inevitable comentar que la decisión de tutela 320 de 2010, adoptada en sede de tutela por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, cuya copia aporta la actora, resulta aislada frente a la pluralidad de decisiones uniformes que ha proferido ese mismo órgano de cierre constitucional y que sí constituyen doctrina probable.

*“La doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto. Esta técnica tiene antecedentes en el derecho romano en lo que se llamaba la perpetuo similiter judicatarum. En Colombia, como se indica en la Sentencia C-836 de 2001, la figura tuvo origen en la doctrina legal más probable, consagrada en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887. Posteriormente en la Ley 105 de 1890 se especificó aun más los casos en que resultaba obligatorio para los jueces seguir la interpretación hecha por la Corte Suprema y cambió el nombre de doctrina legal más probable a doctrina legal. Finalmente en el artículo 4º de la Ley 169 de 1896 estableció el artículo vigente de la doctrina probable para la Corte Suprema de Justicia”.*<sup>4</sup>

Así que el precedente constitucional que debe acogerse es el plasmado en la sentencia de unificación 062 de 2010, tal como acertadamente lo concluyó el Juez a quo.

4.11. Con todo y en ausencia de los presupuestos legales y jurisprudenciales de subsidiaridad y perjuicio irremediable, no es dable al juez constitucional sustituir los procedimientos ordinarios, soslayando las competencias asignadas al juzgador natural. Esta acción constitucional no puede convertirse vía sustitutiva para deprecar el reconocimiento de un derecho sin accionar ante el operador judicial ordinario, pues no solo se desnaturaliza la filosofía y esencia del tal mecanismo, sino que además, con su práctica reiterada la convertimos regla general.

---

<sup>4</sup> Sala Plena, Sentencia C-537 de 30 de junio de 2010, MP. Juan Carlos Henao Pérez

En conclusión, la actora tiene la vía ordinaria para acudir a la protección del derecho que estima vulnerado, porque mediante la acción constitucional no es posible resolver el fondo el asunto, ya que el mismo amerita todo un debate a cargo del juez ordinario. Así que, la acción reclamada deviene desfavorable por lo que es menester ratificar el fallo examinado, toda vez que acorde con la legislación que reglamenta el sistema pensional, la accionante, al parecer, no cumple con el requisito de semanas mínimas de cotización para la viabilidad de aquél traslado de régimen pensional.

4.7.- Se notificará la decisión en los términos establecidos en el Decreto 2591 de 1991 y su reglamentario el 306 de 1992.

A mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Quinta de Asuntos para Adolescentes,**

## **RESUELVE**

**1º.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el **Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira**, en cuanto fue materia de impugnación.

**2º.- NOTIFICAR** la sentencia en los términos descritos en el numeral 4.7 y enviar copia de la decisión al juzgado de instancia con el objeto de que se entere de lo resuelto.

**3º.- REMITIR** la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA CONSUELO RINCÓN JARAMILLO**  
**MAGISTRADA**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**  
**MAGISTRADO**

**FERNÁN CAMILO VALENCIA LÓPEZ**  
**MAGISTRADO**