

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -
RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, () de julio de dos mil once (2011)

Proyecto aprobado por Acta No.

Hora:

1. ASUNTO A DECIDIR

1.1 Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por la apoderada judicial del señor Gonzalo Salazar Arango, contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela iniciada por la impugnante contra el I.S.S. y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.

2. ANTECEDENTES

2.1 La apoderada judicial del señor Gonzalo Salazar Arango presentó acción de tutela contra el I.S.S. y A.F.P. COLFONDOS, con base en los siguientes hechos:

- El señor Salazar Arango durante el lapso comprendido entre el 21 de septiembre de 1970 y el 30 de septiembre de 1997, laboró para el sector privado y realizó sus aportes en materia de pensión al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales.
- El titular del derecho se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, específicamente, a la Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A.
- En la actualidad el demandante se encuentra afiliado en calidad de cotizante activo al fondo de pensiones referido.

- El señor GONZALO SALAZAR ARANGO en el mes de febrero de 2010, presentó solicitud de traslado del fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado, hacia el Instituto de Seguros Sociales. Para tal efecto, radicó el formulario respectivo.
- El jefe del departamento nacional de afiliación y registro del I.S.S., a través de comunicación 15420.01.01-00394 del primero de marzo de 2010, le manifestó al peticionario que no cumplía con el requisito establecido en el numeral 1) de la sentencia C-1024, es decir, no contaba con quince años de cotización al 1 de abril 1994.
- Por su parte, el departamento comercial del I.S.S. Seccional Risaralda, por medio del comunicado No. 09464 del 16 de marzo de 2010, le indicó al señor Gonzalo Salazar Arango que el traslado no era, toda vez que a la fecha de presentación de la solicitud, el contaba con sesenta años de edad, contraviniendo lo dispuesto en la Ley 797 de 2003.
- El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir expidió comunicación sobre el mismo asunto sin mayores argumentaciones.
- Los argumentos esgrimidos por las entidades para denegar el derecho reclamado no han sido suficientes, ya que la Ley 100 de 1993 e innumerables pronunciamientos de la Corte Constitucional han dado aval a lo pretendido por el señor Gonzalo Salazar Arango, quien en la actualidad cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido que deberá proteger en aras de que el peticionario adquiera su pensión de vejez a cargo del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el I.S.S.
- La Ley 100 de 1993 en su artículo 13, modificado por la Ley 797 de 2002, hace referencia a la libertad de escogencia al régimen de pensiones, literal que fue condicionado a través de la sentencia C-1024 de 2004, en el sentido de que aquellas personas que cumplan con los requisitos de que habla el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se hubieran trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que no hubieran regresado al régimen de prima media con prestación definida, podrán hacerlo en cualquier tiempo, de conformidad con lo reglado en la sentencia 789 de 2002.

- Las entidades tuteladas están vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, derecho de petición, derecho a la igualdad, a la libre escogencia y derecho a la seguridad social.

Solicita se tutelen los derechos mencionados y en consecuencia se ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos, autorice el traslado del accionante al Instituto de Seguros Sociales, en un término prudencial y perentorio.

1.2 Anexó al escrito de tutela los siguientes documentos: i) poder para actuar; ii) oficio 15420 del 1 de marzo de 2010 del jefe del departamento nacional de afiliación y registro del I.S.S.; iii) consulta historial laboral; iv) cédula de ciudadanía del accionante; v) oficio del 18 de noviembre de 2010 emitido por Colfondos.

2.4 Mediante auto del 18 de mayo de 2011, la a quo avocó el conocimiento de la demanda de tutela, vinculó y corrió el respectivo traslado a las entidades accionadas.

3. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

EL Instituto de Seguros Sociales y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos, hicieron caso omiso al requerimiento efectuado por el despacho y no dieron respuesta a la acción de tutela interpuesta.

4- DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 31 de mayo de 2011¹ el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, decidió denegar la acción de tutela invocada por la apoderada del señor Gonzalo Salazar Arango, por no cumplir con los requisitos exigidos tanto en la ley como en la jurisprudencia, pues el accionante al 1 de abril de 1994, no demostró tener los 15 años de cotizaciones, requisito indispensable para acceder traslado pretendido.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

¹ Folios 24-31

La apoderada judicial del señor Gonzalo Salazar Arango, oportunamente presentó escrito a través del cual manifestaba su voluntad de impugnar el fallo proferido.

6- CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2 En el caso a estudio la juez de conocimiento denegó la acción de tutela por considerar que el accionante no cumplía con el requisito de los 15 años cotizados al 1 de abril de 1994, para acceder a la petición de traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad, al de prima media con prestación definida.

6.3 En consecuencia se deben examinar las siguientes situaciones:

i) La acción de tutela resulta procedente para la protección de los derechos que el accionante considera vulnerados por el I.S.S. y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS; ii) si el señor Gonzalo Salazar Arango hace parte del régimen de transición, y por ende, la negativa de la entidades, constituye una transgresión de las garantías constitucionales; iii) En caso de superarse el test de procedibilidad de la acción de amparo, se debe decidir si se presentó la afectación o puesta en peligro de los derechos invocados y en su caso proferir las órdenes consiguientes.

6.4 Frente al primer tema debe decirse que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han identificado seis causales específicas de improcedencia de la tutela, que son las siguientes:

- i) Existencia de otro medio de defensa judicial.²
- ii) Existencia del Habeas Corpus³
- iii) Protección de derechos colectivos⁴

² Decreto 2591 de 1991, artículo 6-1

³ Decreto 2591 de 1991, artículo 6-2

⁴ Decreto 2591 de 1991 , artículo 6-3

- iv) Casos de daño consumado 5
- v) Tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto6
- vi) A su vez se han considerado como causales de improcedencia de la tutela, el incumplimiento del principio de inmediatez7; la tutela contra sentencias de tutela8 y la tutela temeraria9

6.5 La acción de amparo se encuentra regida por el principio de *subsidiariedad*, ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes10, lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela.11

6.6 En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha manifestado que la acción de tutela resulta procedente para proteger el derecho al mínimo vital de los pensionados, los trabajadores, las mujeres embarazadas y las personas en situación de debilidad manifiesta, en los casos de mora en el reconocimiento y pago oportuno de pensiones de vejez, jubilación o invalidez o de la sustitución pensional.

Con formato: Color de fuente: Negro

6.7 La misma corporación ha expuesto que no se presume la violación del derecho al mínimo vital, salvo el caso de los adultos mayores de la tercera edad. En los demás eventos el accionante debe allegar prueba siquiera sumaria de esa vulneración, como se expuso en la sentencia T- 158 de 2006, donde además se examinaron los temas de la mora para iniciar la acción ordinaria y el requisito del perjuicio irremediable así:

Con formato: Color de fuente: Negro

Con formato: Color de fuente: Negro

Con formato: Color de fuente: Negro

Con formato: Color de fuente: Negro

Con formato: Color de fuente: Negro

"...13.- Así pues, la excepcionalidad de la acción de tutela como medio judicial idóneo para lograr el reconocimiento de la pensión o atacar los actos que la reconocen, tiene como premisa de partida la improcedencia prima facie de este medio para dicho fin. La Corte "[h]a reiterado especialmente que en este

Con formato: Fuente: 12 pt, Color de fuente: Negro

5 Decreto 2591 de 1991, artículo 6-4

6 Decreto 2591 de 1991, artículo 6-5

7 Sentencia T - 903 de 2008 entre otras

8 Sentencia T - 1219 de 2001

9 Decreto 2591 de 1991., artículo 38 . Sentencia T-407 de 2005 entre otras.

10 Sentencia T-409 de 2008

11 Sentencia T-011 de 1997 entre otras.

tipo de controversias relacionadas con la seguridad social, el ordenamiento jurídico ha diseñado los mecanismos judiciales y administrativos para ello¹². Particularmente, la jurisdicción laboral y la contencioso administrativa, según sea el caso, son los ámbitos propicios para desplegar integralmente estos debates¹³.

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

Así, la excepcionalidad se ha fundamentado entonces en las características especialísimas que se presentan en casos de erróneo reconocimiento o no reconocimiento de la pensión, en relación con otros derechos fundamentales. Ha dicho este Tribunal Constitucional que, "...dado que en las reclamaciones cuyo objeto de debate es una pensión de jubilación y quienes presentan la solicitud de amparo son, generalmente, personas de la tercera edad, debe tomarse en consideración al momento de analizar la posible vulneración de derechos fundamentales, la especial protección constitucional que las comprende. No obstante, el solo hecho de estar en esta categoría (tercera edad) no torna automáticamente procedente la protección, debe demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o es susceptible de vulnerar los derechos a la dignidad humana¹⁴, a la salud¹⁵, al mínimo vital¹⁶ o que la morosidad de los procedimientos ordinarios previstos para el caso concreto hace ineficaz en el tiempo el amparo específico. Sólo en estos eventos la acción de tutela desplaza de manera transitoria el mecanismo ordinario de defensa, en tanto el mismo pierde eficacia frente a las particulares circunstancias del actor en el caso concreto¹⁷. [Énfasis fuera de texto]

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

Con formato: Fuente: 12 pt,
Color de fuente: Negro

¹² [Cita del aparte transcrito] Sobre el particular pueden verse las sentencias T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T-637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

¹³ T-904 de 2004

¹⁴ [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-801 de 1998 y T-738 de 1998.

¹⁵ [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-443 de 2001, T-360 de 2001, T-518 de 2000 y T-288 de 2000.

¹⁶ [Cita del aparte transcrito] Ver, entre otras, las sentencias T-018 de 2001, T-827 de 2000, T-101 de 2000, SU-062 de 1999, T-313 de 1998 y T-351 de 1997.

¹⁷ T-904 de 2004. Ver también la sentencia T-076 de 2003: "Tratándose del reconocimiento o reliquidación de la pensión, la jurisprudencia viene considerando que, bajo condiciones normales, las acciones laborales - ordinarias y contenciosas- constituyen medios de impugnación adecuados e idóneos para la protección de los derechos fundamentales que de ella se derivan. No obstante, también ha sostenido que, excepcionalmente, es posible que tales acciones pierdan toda eficacia jurídica para la consecución de los fines que buscan proteger, concretamente, cuando una evaluación de las circunstancias fácticas del caso o de la situación personal de quien solicita el

6.8 Traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición.

6.8.1 La apoderada judicial del señor Gonzalo Salazar Arango manifiesta que su representado que tiene derecho a trasladarse del fondo de ahorro individual de FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS al de prima media con prestación definida del I.S.S., al considerar que hace parte del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por cumplir con uno de los requisitos exigidos en esa normatividad.

6.8.2 En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha analizado el tema del traslado de regímenes pensionales en el caso de personas beneficiarias del régimen de transición¹⁸. Por este motivo y con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991, esa Corporación dispuso las siguientes reglas:¹⁹

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

(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.

La Sentencia SU-062 del 3 de febrero de 2010 aclaró los requisitos para el traslado de beneficiarios del régimen de transición:

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

amparo constitucional así lo determina. En estos eventos, la controversia planteada puede desbordar el marco meramente legal y pasar a convertirse en un problema de índole constitucional, “por lo que el juez de tutela estaría obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.”

¹⁸ Al respecto consultar las sentencias C- 789 de 2002, T-818 de 2007 y T- 168 de 2009

¹⁹ La Corte Constitucional ha señalado que las decisiones de revisión que se limiten a reiterar la jurisprudencia pueden “ser brevemente justificadas”. Así lo ha hecho en varias ocasiones, entre otras, en las sentencias T-549 de 1995, T-396 de 1999, T-054 de 2002, T-392 de 2004, T-959 de 2004, T-810 de 2005, T-465A de 2006, y, T-689 de 2006, T-1032 de 2007, T-784 de 2008, T-808 de 2008, T-332 de 2009 y T-333 de 2009.

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.

Así mismo la sentencia T-324 de 2010 M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, expuso:

(...)

"4.3. En este orden de ideas, siguiendo el derrotero anteriormente expuesto, podemos concluir que solo pueden trasladarse, en cualquier momento, del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, las personas que al 1° de abril de 1994, tenían 15 años de servicios cotizados, independientemente de si se tratan de hombres o de mujeres, y de la edad que tenían para esa fecha. Quiero ello decir que, corrigiendo lo que se dijo en la sentencia T-818 de 2007, la posibilidad de traslado pensional para los beneficiarios del régimen de transición, no admite únicamente el cumplimiento de la edad de 35 años en el caso de las mujeres y 40 años en el caso de los hombre; por ende, no se puede considerar la existencia de requisitos disyuntivos según los cuales, basta el cumplimiento de uno solo de ellos, específicamente el de edad, para poder devolverse al régimen pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Queda claro entonces que, el único requisito que se debe acreditar es el de tener 15 años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994".

6.8.3 En el caso concreto del señor Gonzalo Salazar Arango, es pertinente aclarar que para el 1 de abril de 1994, contaba con 42 años de edad²⁰, pero según obra en el historial laboral aportado, no tenía 15 años de servicio cotizados.

²⁰ Folio 13. Nació el 14 de noviembre de 1951.

Las pruebas documentales allegadas por la apoderada judicial, obrantes a folios 12, 14, 15 y 16, son imprecisas y no demuestran que el accionante 01 de abril de 1994, contaba con 15 años de cotización al sistema, tal como se analizará a continuación:

Esta Sala de decisión tiene acreditado que la fecha de afiliación del accionante al sistema de seguridad social en pensiones es la del 01/01/1976, de conformidad con lo plasmado en la constancia de consulta al historial laboral obrante a folio 12, fecha desde la cual se debe computar el tiempo cotizado, hasta el 01 de abril de 1994.

Ahora bien, en cuanto al historial laboral expedido por la Oficina de Hacienda y Crédito Público el día 25 de marzo 2010, visible a folios 14, 15 y 16, se puede decir que éste es sólo aplicable y válido para la expedición del bono pensional, pues en el se hace únicamente una relación detallada de los ingresos devengados por el afiliado en los diferentes períodos laborados, pero de la misma no se desprende que el accionante contaba con 15 años de cotización a la fecha en que empezó a regir la Ley 100 de 1993.

Lo anterior quiere decir, que no se allegó prueba sumaria que permita establecer la vulneración de derechos invocados en el presente trámite por parte de las entidades accionadas.

Aunado a lo precedente, se tiene que contra los actos que denegaron el traslado pretendido no se agotaron los recursos a que había lugar, a través de los cuales, posiblemente se hubiere podido subsanar el trámite, aportando pruebas fidedignas que permitieran establecer a las entidades el cumplimiento del requisito exigido.

Finalmente, considera esta Corporación que tampoco se cumplió con el requisito de la inmediatez ya que la respuesta del ISS fue emitida el 01 de marzo de 2010 y 14 meses después acude ante el juez constitucional solicitando la protección de sus derechos fundamentales, lo cual es consustancial a este tipo de acciones.

La sumatoria de todas las consideraciones anteriores, permite a esta Sala confirmar la sentencia materia de impugnación

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Dual de decisión Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución y la ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por la señora Juez Segunda Penal del Circuito de Pereira Risaralda, en cuanto fue materia de impugnación.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES
Secretario