



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, quince (15) de noviembre del dos mil dieciocho (2018)

Asunto: Sentencia de segunda instancia.

Acción: Tutela.

Proceso: 70-001-33-33-009-2018-00268-01

Demandante: Jaime Rafael Otero Otero

Demandado: Porvenir y Colpensiones

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el Tribunal, la impugnación interpuesta por la parte accionante en oposición a la sentencia de tutela proferida el 4 de septiembre de 2018, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, la cual negó el amparo de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.

1. ANTECEDENTES:

1.1. La solicitud de tutela¹.

El señor Jaime Rafael Otero Otero, presentó Acción de Tutela en contra de Porvenir S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones² por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna.

En amparo de sus derechos **pretende**, que se ordene a Porvenir

¹ Folio 1-10, C.Ppal.

² En adelante Colpensiones.

S.A., aprobar el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Como **fundamentos fácticos**, la parte actora señaló en el escrito de la acción de tutela, los siguientes:

.-El 24 de septiembre de 2012, solicitó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, hoy Porvenir, el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, recibiendo respuesta el 2 de octubre de 2012, en la que le indicaron, que con base en la sentencia C-1024 de 2004 y al revisar la historia laboral aportada, se constató que al 1º de abril de 1994, contaba con más de 15 años cotizados, por lo que debía acudir al Instituto de Seguros Sociales y radicar una solicitud de traslado.

.-Que mediante Oficio del 12 de noviembre de 2014, Porvenir negó el traslado de régimen solicitado, basándose en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, indicando que el peticionario no registraba el número mínimo de semanas cotizadas a COLPENSIONES antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones (1º de abril de 1994).

.- En el certificado expedido por Colpensiones el 18 de octubre de 2012, consta el traslado de un fondo privado de pensiones al Instituto de Seguro Social, así mismo, se encuentra trasladado desde el 2 de mayo de 1993 y su estado es *"Activo Cotizante"*.

.- A través de Oficio N° 2013-7300926 del 10 de octubre de 2013, Colpensiones rechazó la solicitud de traslado, manifestando que no era procedente dar trámite a la misma, puesto que existían inconsistencias

en el estado actual de la afiliación, siendo necesario adelantar un trámite conjunto entre las administradoras de regímenes para definir el estado real de ésta.

.- Que Según certificado expedido por Porvenir el 15 de marzo de 2018, presenta afiliación desde el 1º de abril de 2000.

.- El 24 de noviembre de 2016, Colpensiones, para dar respuesta a la solicitud de traslado de regímenes impetrada por él, consultó la Administradora de Fondo de Pensión (Porvenir) y le manifestó que, conforme a la normatividad vigente, la validación de los requisitos para el traslado de régimen, según la sentencia SU 062 de 2010, es efectuada por la AFP a la que se encuentra afiliada la persona, por lo que la aprobación o rechazo de esa solicitud debía resolverla dicha entidad.

.- Por medio de Oficio del 02 de diciembre de 2016, Colpensiones, reitera que la solicitud de traslado presentada no fue aceptada por la AFP Porvenir, toda vez que no cumple con los requisitos previstos en la Sentencia SU-062 de 2010.

.- Que hasta el mes de julio de 2018 tiene 2.134 semanas cotizadas, de las cuales 968.57 semanas fueron cotizadas en el Régimen de Prima Media acumuladas hasta el 30 de noviembre de 1996 y cotizó 1.024 semanas al 31 de diciembre de 1997, rebasando las 1.000 semanas requeridas para los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, faltando solo los 55 años de edad, los cuales cumplió el 22 de enero de 2011, requeridos para obtener el derecho a la pensión de vejez.

.- Refirió, que cotizó 844 semanas en calidad de servidor público antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y contaba con 16.42 años cotizados hasta ese momento. Teniendo entonces, una cotización

como empleado público de 2.134 semanas hasta el mes de julio de 2018, de esas semanas 884 fueron cotizadas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que a su juicio, lo hace beneficiario del régimen de transición, dado que al 30 de junio de 1994, tenía 16.4 años cotizados, esto es, más de 750 semanas, por lo que cumplía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; sumado a esto indica, que cumplió 55 años de edad el 22 de enero de 2011, antes del 1º de enero de 2015, teniendo el derecho a pensionarse con el régimen de transición de la Ley 100.

.-Por último señala, que se está recuperando de un proceso quirúrgico que le impide seguir trabajando, razón por la cual necesita el traslado de régimen con el fin de solicitar su pensión de vejez.

1.2. Actuación procesal en primera instancia.-

El Juzgado Noveno Administrativo admitió la tutela mediante auto del 22 de agosto de 2018³, y ordenó notificar como demandados a Porvenir S.A., y a Colpensiones.

Remitidas las comunicaciones del caso⁴, se dieron las siguientes intervenciones:

1.3. Porvenir S.A.⁵.-

.-Solicita la entidad que se declare improcedente el amparo solicitado, argumentando que, el actor no presenta solicitud alguna en curso de la cual la entidad deba pronunciarse.

³ Fl. 48. C.Ppal.

⁴ Fls. 49-53 C.Ppal.

⁵ Fls. 54-58 C.Ppal.

.-Igualmente, frente a los hechos de la acción, sostuvo que el señor Jaime Rafael Otero Otero, se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen de qué trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2o de la Ley 797 de 2003, esto por cuanto está a menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión de vejez establecida para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

.-Que al 1º de abril de 1994, no tenía 15 años o más cotizados, por lo cual no sería viable aprobar su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud de lo dispuesto por las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010.

.-Afirma, que el actor estuvo de acuerdo con la información otorgada por el asesor de Porvenir, donde manifiesta que está de acuerdo con la solicitud de traslado y/o vinculación al Régimen de Ahorro Individual.

.-Por último refiere, que el afiliado no puede alegar su propia culpa y eximirse de responsabilidad por el desconocimiento de la normatividad pensional, de allí que, la solicitud de traslado no sea procedente, ya que se encuentra válidamente afiliado a ese Fondo.

1.4. Colpensiones⁶.-

.-La entidad argumenta, que la acción es improcedente, atendiendo a su carácter subsidiario, pues el actor tiene a su alcance otros medios de defensa judicial, en ese sentido, atendiendo a lo establecido en el numeral 4º del artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, este asunto sería del resorte de la jurisdicción ordinaria laboral.

⁶ Fls. 65-68 C.Ppal.

.-Que la solicitud de traslado del actor fue respondida por esa entidad, fundamentándose en las mismas razones por las cuales se ha negado su afiliación, añadiendo, que de estar en desacuerdo con la misma, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía tutela.

.- Sostiene que, no existe prueba siquiera sumaria que acredite la afectación de los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y dignidad humana, en los términos descritos por la H. Corte Constitucional.

.-Concluyó argumentando, que el actor puede acudir a reclamar sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria, sin que ello signifique una imposición que se torne desproporcionada, puesto que el señor Otero Otero no es beneficiario del régimen de transición y esa es la única forma de ser amparado por los efectos de la Sentencia SU-062 de 2012, esto es, realizar traslado de régimen pensional cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión.

1.5. La sentencia impugnada⁷.-

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2018, resolvió negar los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela, fundado en las siguientes razones:

.-Que no obstante la manifestación del actor, aduciendo ser beneficiario del régimen de transición por contar con 884 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que

⁷ Fls. 73-86 C.Ppal.

le permitiría trasladarse en cualquier momento de régimen, según las reglas trazadas por la Corte Constitucional, lo cierto es que, en el presente asunto no se tiene certeza de los periodos cotizados antes del 2 de mayo de 1983, esto es, del periodo comprendido entre el 5 de febrero de 1979 y el 4 de febrero de 1983, puesto que, aunque se encuentran comprendidos en las certificaciones aportadas, dichos períodos no se encuentran incluidos en la Hoja de vida laboral del actor.

.- Con las semanas que se encuentran corroboradas, esto es, desde el 2 de mayo de 1983 hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor suma solo 608,86 semanas, sin completar los 15 años de servicios necesarios para acogerse a la primera regla establecida en la SU-130 de 2013, para autorizar los traslados de régimen pensional.

.- Tampoco cumplió con la segunda regla, ya que a la entrada en vigencia del Sistema General del Pensiones (1º de abril de 1994), el actor solo contaba con 38 años de edad, siendo requisito para los hombres tener mínimo 40 años de edad.

.-En virtud de esto concluyó el *A quo*, que el medio de defensa idóneo es acudir ante la jurisdicción ordinaria, toda vez que garantiza las herramientas procesales para ventilar su pretensión, con el decreto y práctica de pruebas necesarias para establecer con claridad la situación laboral del actor.

1.6. La impugnación⁸.-

El actor impugnó, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, señalando para tales efectos los mismos argumentos

⁸ Fls. 93 a 102.

dados en la presentación de la demanda y exponiendo de manera adicional lo siguiente:

.- En cuanto a la inmediatez de la tutela refiere, que por la aparición inesperada de su enfermedad cancerígena (*ADENOCARCINOMA*), y dado que es difícil pronosticar con absoluta seguridad la evolución de esta patología en el tiempo, por eso se requiere la inmediatez de la decisión del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, además de tenerse en cuenta el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, consistente en la obligación de todo servidor público, de optar por la situación más favorable al empleado, en caso de duda en la aplicación e interpretación jurídicas.

.- Que también han de tenerse en cuenta, las continuas respuestas en el sentido de negarle el traslado, porque según la experiencia y los hechos que se han puesto en muchas tutelas, se sabe que un proceso ordinario como mínimo puede durar tres (3) años para decidir en forma definitiva sobre el traslado de régimen, sin contar con el proceso de la solicitud de la pensión que no es objeto de esta tutela, tiempo que no sabe si su condición de salud alcance para saber la decisión que tome el juez del caso, por eso se necesita la intervención inmediata del juez constitucional para evitar que esto suceda.

.-En relación con las cotizaciones realizadas antes de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, argumentó que, en el cuadro N° 02 del libelo genitor ya debidamente corregido, se resume su Historia Laboral como servidor público en las Entidades Territoriales, las Administradoras de Pensiones y las semanas cotizadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con base a los documentos

expedidos por las entidades donde ha laborado antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, así:

Cuadro N° 2 (corregido) historia laboral de Jaime Rafael Otero Otero, hasta 30/06/1994 cotizaciones antes de la vigencia ley 100 de 1993 - empleados territoriales (art. 151 ley 100/93- art. 6, Decreto 1068/95)				
Entidad territorial	Periodo	Días	Semanas	Administradora
M/ Sincelejo	5/2/1979 a 31/12/1979	326	46,57	Caja Municipal de Sincelejo
M/Sincelejo	1/1/1980 a 14/2/1980	44	6,29	Caja Municipal de Sincelejo
HUS	15/2/1980 a 31/12/1980	316	45,14	Cajanal
HUS	1/1/1981 a 31/12/1981	360	51,43	Cajanal
HUS	1/1/1982 a 31/12/1982	360	5,43	Cajanal
HUS	1/1/1983 a 4/5/1983	123	17,57	Cajanal
HUS	5/5/1983 a 31/12/1983	237	33,86	Colpensiones
HUS	1/1/1984 a 31/12/1984	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1985 a 31/12/1985	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1986 a 31/12/1986	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1987 a 31/12/1987	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1988 a 31/12/1988	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1989 a 31/12/1989	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1990 a 31/12/1990	360	51,43	Colpensiones

HUS	1/1/1991 a 31/12/1991	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1992 a 31/12/1992	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1993 a 31/12/1993	360	51,43	Colpensiones
HUS	1/1/1994 a 31/3/1994	88	12,57	Colpensiones
	TOTAL	5.366	779,14	
		AÑOS	15,15	1º de abril de 1994
HUS	1/4/1994 a 30/6/1994	90	21,00	Tota años 5.456 y 800,15 semanas
		Años	15,56	30 de junio de 1994 (Sic)

.-Señala que, en el escrito de tutela registró en el Cuadro N° 2, por error de transcripción en el periodo 5/2/1979 a 31/12/1979: 330 días y 47,14 semanas y la corrección corresponde a 326 días y 46,57 semanas y el periodo 1/1/1983 a 4/5/1983: 360 días y 51,43 semanas y valor corregido es de 123 días y 17,57 semanas, lo mismo sucede con el periodo 5/5/1983 a 31/12/1983 se transcribió 360 días y 51,43 semanas el valor correcto es 237 días y 33,86 semanas, obteniéndose un valor corregido de 779,14 semanas que corresponde a 15,15 años al 1º de abril de 1994 y 800,15 días y 15,56 semanas al 30 de junio de 1994.

.- Que la acción de tutela no la presentó para solicitar la pensión de vejez, sino el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y la única entidad administradora de pensiones de Régimen de Prima Media

con Prestación Definida que subsiste es Colpensiones, tanto Cajanal (Hoy UGPP) y la Caja de Previsión Municipal de Sincelejo fueron liquidadas, por lo tanto, no aceptan nuevas afiliaciones o cotizaciones, tal como lo prevé el artículo 52 de la Ley 100 de 1993.

.- Que no se pueden desconocer las semanas cotizadas a Cajanal y a la Caja de Previsión del Municipio de Sincelejo, por el solo hecho de no estar registrada en la base datos de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que los Bonos Pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados del Sistema General de Pensiones (Régimen de Prima Media con Prestación Definida y Régimen de Ahorro Individual).

.- Se debe tener en cuenta la rendición normal de bono, según los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1474 de 1997, con relación a la rendición y pago de bonos los cuales se exigen cuando la persona solicita su pensión de vejez o pensión de sobreviviente. Que en su caso, según Historial Laboral expedida por Colpensiones, consta que inició a cotizar desde el 2 de mayo de 1983 al (ISS), corroborado por el Hospital Universitario de Sincelejo, teniendo al 31 de diciembre de 1994, la suma de 608,86 semanas cotizadas, tal acreditación concuerda con los datos registrado en el Cuadro N° 2 (Sic).

.-Por ello no se reflejan las cotizaciones antes de esa fecha, porque éstas fueron realizadas a la Caja de Previsión del Municipio de Sincelejo y a Cajanal, según costa en los formatos de Certificado de Información Laboral expedido por las entidades territoriales donde laboró.

.-Que en el expediente obra, Certificado de Información Laboral, expedido por Alcaldía del municipio de Sincelejo, de fecha 20 de agosto de 2018, dando cuenta del periodo laborado desde 5 de febrero de 1979 hasta 15 de febrero de 1980, y cotizaciones realizadas a la Caja de Previsión del Municipio de Sincelejo; Certificado de Información Laboral, expedido por Hospital Universitario de Sincelejo, el día 6 de septiembre de 2018, del periodo laborado desde 15 de febrero de 1980 hasta 4 de mayo de 1983, con cotizaciones a Cajanal y el periodo laborado desde 5 de mayo de 1983 hasta 31 de diciembre de 1995, con cotizaciones al ISS.

.- Que los anteriores documentos, llenan los requisitos descritos en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y la sentencia SU 130 de 2013, porque tiene 15,15 años cotizados al 1º de abril de 1994 y 800,15 semanas y 15,56 años al 30 de junio de 1994, para los empleados públicos territoriales –Sic-.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. Competencia. El Tribunal es competente para conocer de la impugnación interpuesta en la presente Acción Constitucional, según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32.

2.2. Problemas jurídicos.-

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a esta Sala determinar; *¿si en el sub examine es procedente la acción de tutela para ordenar el traslado del actor, del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida?* Resuelto esto, se deberá verificar adicionalmente *¿si se cumplen los presupuestos jurisprudenciales, para disponer la orden de traslado entre regímenes?*

Para abordar el tema puesto a consideración de la Sala, se estudiarán los siguientes temas; **(i)** Generalidades de la acción de tutela; **(ii)** Generalidades de la seguridad social y aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993; **(iii)** Pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el traslado entre regímenes de pensiones y normas que regulan el tema; y **iv)** El caso concreto.

I. Generalidades sobre la acción de tutela.-

Conforme lo preceptúa el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que permite a cualquier persona reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera resulten vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, excepcionalmente, de particulares.

Su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes.

La doctrina fundada en diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional⁹, ha señalado que, *"la tutela no reemplaza a otros medios de defensa judicial, no los suprime o desplaza, ni compite o alterna con ellos. Basta que exista otro medio de defensa (eficaz e idóneo) para la protección del derecho fundamental, y la tutela es improcedente. La Corte ha dicho desde un comienzo que la acción de tutela no es un*

⁹ Ver entre otras, CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias C-543 de 1992, T-331 de 1997, T 106 de 1996 y T 119 de 1997.

mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre este y la acción de tutela porque siempre prevale, con la excepción dicha –la acción ordinaria.”¹⁰

En ese orden, se puede señalar que, la acción de tutela adquiere el carácter subsidiario, con el fin de convertirse en el último recurso orientado a reemplazar los vacíos de defensa que en determinadas circunstancias se presentan y que afectan derechos fundamentales.

Ahora bien, la naturaleza residual no va ligada a la simple existencia del mecanismo judicial ordinario como tal, sino a la eficacia e idoneidad del mismo ante la vulneración o afrenta de los derechos constitucionales, siendo necesario entonces entrar a analizar, si el mecanismo es eficaz para restablecer el derecho y la necesidad de protegerlo de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Para verificar la viabilidad del mecanismo de amparo, en torno a su carácter transitorio, se deben tener en cuenta, tanto los requisitos constitucionales, como los trazados por la línea jurisprudencial, **(i)** que no exista mecanismo ordinario para resolver el conflicto relacionado con un derecho fundamental, **(ii)** el mecanismo existente no resulta eficaz o idóneo para la protección de tales derechos por las circunstancias específicas del caso, o **(iii)** aun existiendo acciones ordinarias, su interposición es necesaria, por la inminencia de un perjuicio irremediable.

En desarrollo de los anteriores presupuestos, se puede mencionar:

¹⁰ CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Derecho procesal de la acción de tutela*. Editorial, ediciones jurídicas Ibáñez, Tercera edición 2009. Pág. 84.

a. La existencia de otros mecanismos ordinarios para dirimir el conflicto: Para la Sala, se debe partir de la idea que dado el carácter excepcional de la tutela, ésta no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, no obstante corresponderá al Juez constitucional verificar, ante la existencia de un mecanismo ordinario de la defensa del derecho fundamental, si este resulta idóneo y eficaz para la protección del mismo, en cuyo caso, por regla general, resultaría inadmisibile acudir a la acción de amparo constitucional. Es así como la sola existencia de otro mecanismo judicial no basta para tornar improcedente la acción de tutela, sino que deberá analizarse la idoneidad de la acción ordinaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Sobre la eficacia e idoneidad del medio de defensa judicial, la Corte Constitucional, reiteró mediante Sentencia T-160 de 2010 con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA:

"Desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional ha intentado precisar cuáles (sic) son los requisitos que ha de reunir el otro medio de defensa judicial para que se le considere eficaz para la protección de los derechos fundamentales. Así, en la sentencia T-003 de 1992 sostuvo esta Corporación que el enunciado normativo del inciso tercero del artículo 86 constitucional debía interpretarse en el sentido que el otro medio de defensa judicial"(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Por otra parte, en la sentencia T-006 de 1992, se aseveró que correspondía al juez de tutela indagar si la "acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados".

Bajo estos preceptos jurisprudenciales, la acción de defensa judicial ordinaria deberá ser evaluada de manera suficiente, considerando las circunstancias fácticas del caso y aquellas invocadas

por el actor, para determinar si con ella se protege de manera oportuna y eficaz el derecho presuntamente vulnerado, esto es, se neutraliza el perjuicio que se cierne sobre el derecho fundamental.

b. De la concurrencia del perjuicio irremediable: Adicional a las consideraciones previas, existen circunstancias en que el Juez no necesita entrar a valorar la idoneidad de los mecanismos de defensa judicial existentes, porque la acción de tutela se interpone como instrumento para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Según los lineamientos Jurisprudenciales, se ha señalado que dicho perjuicio, como una de las circunstancias en que es procedente acudir al amparo constitucional aun existiendo acciones ordinarias, se configura cuando el peligro que recae sobre un derecho fundamental es de tal magnitud que afecta de manera grave e inminente su subsistencia, por lo cual las medidas tendientes a su protección resultan impostergables; así, la Corte Constitucional ha establecido un mínimo de supuestos que deben presentarse para considerar que determinado evento reviste carácter de perjuicio irremediable¹¹:

"(i) El perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia.

(ii) El perjuicio debe ser grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica.

(iii) El perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del

¹¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-225 de 1993. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA

perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso.

(iv) La medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.¹²
(Negrillas propias).

Como puede observarse, resulta necesario para la valoración a que está obligado el juez constitucional, que el carácter del perjuicio irremediable se encuentre alegado y probado siquiera de manera sumaria en el proceso, lo cual impone un mínimo despliegue probatorio por parte del accionante.

Corolario de lo expuesto, se puede mencionar entonces, que es en atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que se obliga al juez constitucional a determinar su procedencia, ya sea invocado como un mecanismo principal o de modo transitorio, valorando en todo caso la eficacia del otro medio de defensa judicial y la existencia de un perjuicio irremediable, que conlleve a la afectación del mínimo vital del reclamante, tal como lo consagran las normas pertinentes y la jurisprudencia creada respecto al caso.

II. Generalidades sobre la seguridad social:

La Constitución Política (artículo 48), en sentido amplio, consagra que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y en los términos que establezca la Ley.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- T-1003 de 2003. M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS

La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendida ésta como un "*servicio público de carácter obligatorio*" y "*un derecho irrenunciable*".

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

"Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia".

A su turno, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

"Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes".

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, define desde su preámbulo los alcances de la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida; mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollan para proporcionar la cobertura integral de los

habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

III. Aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993:

Como se anotó renglones atrás, a través de la Ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: El régimen solidario de prima media con prestación definida¹³ y el régimen de ahorro individual con solidaridad¹⁴. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993¹⁵.

Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el RPM es *"aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas"*. En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *"un fondo común de naturaleza pública"*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración

¹³ En adelante RPM.

¹⁴ En adelante RAIS.

¹⁵ "ARTICULO. 13.- Características del sistema general de pensiones. El sistema general de pensiones tendrá las siguientes características:

...

e) Modificado por el art. 2, Ley 797 de 2003 Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional;

..." Esta norma fue reglamentada por el Decreto 3800 del 2003, suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado como se explicará más adelante, y por el Decreto 3995 de 2008.

y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Las personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización. Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, mientras subsistan.

A su turno, de conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el RAIS *"es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados"*. En este régimen, los aportes no ingresan a un fondo común como en el RPM, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el RPM. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de RPM.

Así las cosas, el conjunto de cuentas de ahorro pensional conforma un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero (AFP), y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado.

A su vez, la Ley 100 de 1993, al crear un sistema de pensiones con pretensión de generalidad, derogó en su mayoría, los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición.

IV. Pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el traslado entre regímenes de pensiones y normas que regulan el tema.

Han existido múltiples pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, destacándose de la Sala Plena los siguientes, en sede de constitucionalidad:

- Definió la H. Corporación (sentencia C-1024 de 2004) , que siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido, no puede desconocerse la potestad reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4º y 5º 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, que al respecto sostuvo; las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo.
- Así pues, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-789 de 2002, reiterada por la sentencia C-1024 de

2004, indicó que las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el regreso al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Adicionalmente, la Corte señaló, en la parte resolutive, algunos requisitos para el evento en que tales personas decidieran regresar al régimen de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición.

- Con la Sentencia C-625 del 14 de agosto de 2007, la Alta Corte ratifica la tesis de la Sentencia C-1024 de 2004, al estarse a lo resuelto en dicha sentencia, cuando se declaró la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, significando con ello, la vigencia de lo ordenado en Sentencia C-789 de 2002.
- La H. Corte Constitucional en fallo de unificación, mediante la Sentencia SU-062 de 2010, dispuso que, la conservación de los derechos de transitoriedad se mantienen, siempre y cuando, quienes se hayan trasladado del RAIS y regresen al RPM, el fondo traslade el saldo en unidades de los aportes efectuados por el trabajador (afiliado) y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día que se efectuó el traslado. dicho sea de paso, que en virtud de esta tesis, la misma H. Corporación, por auto 009 de 2010, anuló la sentencia de tutela T-168 de 2009 explicando, que no existía razón para que la sentencia T-168 de 2009 hubiese sosteniendo la tesis de la sentencia T-818 de 2007, según la cual

es imposible observar el requisito de equivalencia del ahorro. Ello a juicio de la Alta Corte, constituyó una modificación de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena por parte de una Sala de Revisión y, por tanto, una violación al debido proceso por falta de competencia que daba lugar a nulidad por desconocimiento involuntario pero sin justificación, de la jurisprudencia sentada por la Sala Plena en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 (SIC).

Siguiendo el orden, en la SU-062 de 2010, se concluye, que los requisitos para el mencionado traslado entre regímenes, son:

- (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."¹⁶*

Bajo esta línea, el Gobierno Nacional *"armoniza efectos y alcances de las sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004"*, al consagrar en el artículo 12 del Decreto reglamentario 3995 de 2008, lo siguiente:

"Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión. Las personas vinculadas al RAIS a las que le falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del régimen de prima media, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las sentencias C-789 DE 2002 y la C-1024 DE 2004, recuperen el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentren vinculado el afiliado que presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado"

¹⁶ Sentencia SU-062 de 2010.

Posteriormente y ante estas inconsistencias, la CORTE CONSTITUCIONAL dicta la sentencia SU-130 de 2013, en donde retoma y unifica su concepto, concluyendo en esta providencia lo siguiente:

"10.5. En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a partir de la Sentencia C-1024 de 2004, se entendió que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, en el sentido que no podrán trasladarse quienes les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no aplica para los sujetos del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, quienes podrán hacerlo "en cualquier tiempo", conforme a los términos señalados en la Sentencia C-789 de 2002. La referencia hecha a este último fallo, por parte de la Sentencia C-1024 de 2004, no significa cosa distinta a que solo quienes cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados (15 años o más) pueden retornar sin límite temporal alguno al régimen de prima media, pues son los únicos afiliados que no pierden el derecho al régimen de transición por efecto del traslado.

10.6. No sucede lo mismo, en cambio, con quienes son beneficiarios del régimen de transición por edad, pues como quiera que el traslado genera en esta categoría de afiliados la pérdida automática del régimen de transición, en el evento de querer retornar nuevamente al régimen de prima media, por considerar que les resulta más favorable a sus expectativas de pensión, no podrán hacerlo si les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dada la exequibilidad condicionada del artículo 13 de la Ley 100/93, declarada en la Sentencia C-1024 de 2004.

10.7. Así las cosas, 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.

10.8. Ello, por cuanto, se reitera, 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.”¹⁷

Dando alcance a los criterios definidos en la sentencia SU-130 de 2013, han sido proferidas varias sentencias en sede de revisión, donde se han podido definir claramente unas reglas de obligatorio cumplimiento para los jueces de tutela, en tratándose de solicitudes de traslado de régimen, para tales efectos, pone de presente la Sala el siguiente pronunciamiento:

*“ En materia de traslado de régimen pensional, particularmente, respecto de los beneficiarios del régimen de transición, se han establecido las siguientes reglas de obligatorio cumplimiento para los jueces de tutela: **i)** Sólo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años o más de servicios al sistema para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición, caso en el cual, “deberán trasladar a él la totalidad del ahorro depositado en la respectiva cuenta individual, el cual no podrá ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media” . No obstante lo anterior, **ii)** los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, es decir, aquellos que para el momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 35 años en el caso de las mujeres y, 40 años en el caso de los hombres, podrán trasladarse de régimen pensional una vez cada 5 años, contados a partir de su selección inicial, sin embargo no podrán efectuar dicho traslado cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez. “En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición”. Por fuera de lo anterior, **iii)** en relación con los demás afiliados al Sistema General de Pensiones, igualmente podrán trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años pero no podrán hacerlo si le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder al derecho a la pensión, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003”¹⁸ (Destacado de la Sala).*

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-130 de 2013.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-211 de 2011. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Al punto de lo dicho, resalta la Sala las reglas a tener en cuenta, en relación con las solicitudes de traslado del RAIS al RPM:

- a.** Sólo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años o más de servicios al sistema para el 1 de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición.
- b.** Los beneficiarios del régimen de transición por cumplir el requisito de edad, es decir, aquellos que para el momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 35 años en el caso de las mujeres y, 40 años en el caso de los hombres, podrán trasladarse de régimen pensional una vez cada 5 años, contados a partir de su selección inicial, sin embargo no podrán efectuar dicho traslado cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez.
- c.** En relación con los demás afiliados al Sistema General de Pensiones, igualmente podrán trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años pero no podrán hacerlo si le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder al derecho a la pensión, lo anterior, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

También puede concluir este Tribunal de los puntos expuestos, que para trasladarse del RAIS al RPM, cuando el afiliado no posee régimen de transición, debe cumplir de manera estricta con la condición de tiempo consagrada en el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es decir, que le falte más de diez (10) años para cumplir la edad para obtener derecho a la pensión de vejez.

V. Solución al asunto.

El señor Jaime Rafael Otero Otero, interpone acción de tutela en contra Porvenir S.A. y Colpensiones, considerando que se le están violentando los derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna, al no autorizar su traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, siendo que cumple con los requisitos para acceder a ello, por ser beneficiario del régimen de transición al haber cotizado más de 15 años al Sistema General en Pensiones, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993.

Por su parte **Porvenir S.A.**, argumentó en el escrito de contestación de la demanda, que no es posible acceder a la solicitud de traslado por dos motivos; **(i)** Que el señor Jaime Rafael Otero Otero, se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen de qué trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, esto por cuanto está a menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión de vejez; y **(ii)** Porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 *-1 de abril de 1994-* no tenía 15 años o más cotizados al sistema.

A su turno **Colpensiones** contestó, que la acción de tutela es improcedente por cuanto el accionante cuenta con los medios ordinarios para ventilar el conflicto.

.-Para resolver, la Sala cuenta con el siguiente material probatorio:

- *Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía del señor Jaime Rafael Otero Otero (fl. 11).*
- *Certificado de Información Laboral, expedido por el Hospital Universitario de Sincelejo el 26 de julio de 2013 (fl. 12).*
- *Certificados de Salarios, expedidos por el Hospital Universitario de Sincelejo, 9 de agosto de 2013, y 26 de julio de 2013 (fls. 13-15)*
- *Certificado de Información Laboral, expedido por la Secretaría Administrativa de la Oficina de Recursos Humanos de la Gobernación de Sucre el 20 de agosto de 2013 (fl. 16).*
- *Certificado de Información Laboral, expedido por la Gobernación de Sucre el 2 de agosto de 2013 (fl. 17-19)*
- *Certificado de Información Laboral, expedido por la Gobernación de Sucre de fecha 1 de agosto de 2018 (fl. 20).*
- *Certificados de Salarios, expedidos por la Gobernación de Sucre.*
- *Certificado de Información Laboral, expedido por la Alcaldía de Sincelejo el 24 de noviembre de 2014 (fl. 21-23).*
- *Certificados de Salarios, expedidos por la Alcaldía de Sincelejo.*
- *Solicitud de Vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias dirigida a COLFONDOS-formato es ilegible- (fl. 24).*
- *Solicitud de vinculación en el Fondo de pensiones y cesantías Horizonte radicada por el actor el 3 de febrero de 2000 (fl. 25)*
- *Certificación expedida por la Gerente de la Oficina de BBVA Horizonte fechada 5 de diciembre de 2002, mediante la cual hacen constar que el accionante se encuentra afiliado a ese fondo de pensiones desde el 3 de febrero del 20002 (fl 26) ; de igual forma,*

posteriormente, consta certificación de la misma entidad en fecha 10 de octubre de 2003, indicando que el señor Otero Otero se encuentra afiliado a ese fondo desde el 26 de marzo del 2000.

- *Oficio del 2 de octubre de 2012, mediante la cual Horizonte da respuesta a la petición radicada el 24 de septiembre de 2012 (fl. 28)*
- *Oficio del 12 de noviembre de 2014 radicado con N° 0100222056884400, a través del cual Porvenir da respuesta a la petición radicada el 24 de septiembre de 2012, negando la solicitud de traslado de régimen pensional al tutelante (fl.29-32).*
- *Certificado de Porvenir S.A. donde manifiestan que el actor está afiliado a ese fondo de pensiones desde el 1 de abril del 2000, siendo la ESE Unidad de San Francisco la cual realizó su último aporte a pensión (fl. 33).*
- *Formulario de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones, radicada por el actor el 26 de julio de 2012 ante el Seguro Social (fl. 34).*
- *Copia de la certificación expedida por Colpensiones el 18 de octubre de 2012 donde indican que el señor Jaime Rafael Otero Otero se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 2 de mayo de 1983 y su estado es activo cotizante (fl. 35).*
- *Copia del Oficio BZ2013_7300926-2118569, del 10 de octubre de 2013, expedido por Colpensiones, donde se indica al tutelante que el traslado solicitado no es viable (fl. 36).*
- *Copia del Oficio No. BZ2016_136892271-3086998, del 24 de noviembre de 2016, por el cual Colpensiones informa que, que su solicitud de traslado fue dirigida a su AFP (fl. 37-39).*

- *Copia del Oficio BZ2016_13683371-3168644, de fecha 2 de diciembre de 2016, por el cual Colpensiones informa al actor que, la solicitud de traslado fue negada por su AFP (fls. 40-41).*
- *Copia de la Historia Clínica del actor, suscrita por la Clínica Santa María S.A.S (fl. 42).*
- *Copia de la Epicrisis del accionante, expedida por el Instituto de Cancerología de Sucre S.A.S, que da cuenta de su ingreso para sesión de quimioterapia (fl. 43-44).*
- *Certificado de Reporte de semanas cotizadas en pensiones por el actor, expedido por Colpensiones (fl. 45).*
- *Copia de certificado de la Historia Laboral del actor, expedido el 24 de agosto de 2018 (fl. 59-60).*
- *Copia del Oficio BZ_2018_10450050- 2018_10751667 del 30 de agosto de 2018, mediante el cual Colpensiones le da respuesta a la solicitud presentada por el actor el 24 de noviembre de 2016, - sin constancia de notificación- (fls. 69-72).*
- *Copia del Formato No.1-certificación de información-periodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones, expedido el 30 de agosto de 2018 (fl. 104)¹⁹.*
- *Copia del Formato No.2- Certificación de salario base, de fecha 31 de agosto de 2018 (fl. 105).*
- *Copia de formato No. 3 (B) certificación de salarios mes a mes, de fecha 30 de agosto de 2018 (fl. 106).*
- *Copia de Certificado Laboral, tiempo de servicios, salarios y afiliación a pensiones, expedido por la Oficina de Talento Humano del HUS, de fecha 6 de septiembre de 2018 (fl. 108).*
- *Copia de formato No. 3 (B) certificación de salarios mes a mes de fecha 24 de septiembre de 2018 (fl. 109).*

¹⁹ Folios 104 en adelante, contentivos de la documental aportada por el actor con el escrito de impugnación.

- *Copia formato No. 1, certificación de información laboral de fecha 6 de septiembre de 2018 (fl. 110).*
- *Copia de formato No. 2, certificación de salario base, de fecha 6 de septiembre de 2018 (fl. 111).*
- *Copia de formato No. 3, certificación de salarios mes a mes, de fecha 6 de septiembre de 2018 (fl. 112).*
- *Copia de certificados, información laboral, salario base y salarios mes a mes de fecha 24 de septiembre de 2018 (fls. 113-115).*

Examinado el asunto, concluye la Sala, que si bien en principio, lo pretendido por el accionante sería demandable por las vías ordinarias, según lo dispuesto en el artículo 2º del Código de Procedimiento Laboral²⁰⁻²¹, lo cierto es que en el *sub examine*, quien interpone la acción de tutela y busca la protección del amparo, es un sujeto de especial protección constitucional, dado que el señor Jaime Rafael Otero Otero, padece **"CÁNCER DE COLON"** diagnosticado con **"TUMOR MALIGNO DEL COLON-PARTE NO ESPECIFICADA"** y para su cuidado y manejo, se le programan sesiones de quimioterapia, tal como da cuenta la epicrisis de fecha 10 de agosto de 2018, y demás anexos de la historia clínica aportada al expediente (fl. 42 yss).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, el requisito de subsidiariedad respecto a los sujetos de especial protección constitucional se flexibiliza haciéndose menos exigente. Atendiendo a que, el artículo 86 Superior, debe interpretarse en concordancia con los artículos 13 y 47 constitucionales, ya que existen personas que por sus

²⁰ ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...).4. <Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos

²¹ A través de un proceso ordinario laboral -por controversia sobre la eficacia y/o validez del traslado de régimen pensional-

condiciones requieren una especial protección por parte del Estado. Luego, en relación con estas personas no es posible hacer el examen de subsidiariedad con la misma rigurosidad que para los demás²².

Igualmente, vale la pena mencionar, que con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades catastróficas o ruinosas -Cáncer- se le ha impuesto al Estado, la sociedad y, por supuesto, los jueces constitucionales, el deber de adoptar medidas que comporten efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser la medidas de defensa que se deberán adoptar²³

Bajo las anteriores premisas, considera la Sala, que los mecanismos ordinarios en el *sub judice*, no son los más idóneos o expeditos, para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales cuya protección se reclama, pues éstos están sometidos a términos procesales y por ende a que la resolución no sea tan célere como lo es este medio constitucional, razón que lleva a decantar, que la subsidiariedad en el caso de marras, está superada, dando lugar entonces a estudiar el fondo de asunto.

Así las cosas, superado como está el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, pasa la Magistratura a verificar, si en el *sub judice* se cumplen los presupuestos para ordenar el traslado entre regímenes solicitado, de lo que dependerá la confirmatoria o revocatoria de la sentencia impugnada.

²² Sentencia T-398 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

²³ Cfr. Sentencia T-081 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Como se explicó en precedencia, la H. Corte Constitucional dispuso unas reglas jurisprudenciales de obligatorio acatamiento por parte del juez constitucional a la hora de estudiar las solicitudes tendientes a ordenar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, así:

- (i) Que solo los beneficiarios del régimen de transición que hubieren cotizado 15 años o más de servicios al sistema para a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, pueden trasladarse del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando los beneficios del régimen de transición.
- (ii) Que los beneficiarios del régimen de transición por cumplir la edad, es decir, quiere decir, los que para el momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 35 años, caso de las mujeres y, 40 años en cuanto a los hombres, podrán trasladarse de régimen pensional una vez cada 5 años, contados a partir de su selección inicial. Sin que ello implique recuperar el régimen de transición. Sin embargo éstos, no podrán efectuar dicho traslado cuando le faltaren 10 años o menos para acceder a la pensión de vejez.
- (iii) Los demás afiliados dijo la Corte, podrán trasladarse de régimen pensional por una sola vez cada 5 años. *Empero*, no podrán hacerlo si le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad exigida para acceder al derecho a la

pensión, (literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,
modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003)

A la luz de las anteriores premisas y analizados los elementos de juicio que obran dentro del referido expediente, la Sala encuentra acreditada la siguiente información:

.-El señor Jaime Rafael Otero Otero, nació el 22 de enero de 1956, y desde el 5 de febrero de 1979 ha prestado su fuerza de trabajo a distintas entidades del sector público²⁴, por lo que al 1º de abril de 1994, fecha para la cual entró en aplicación el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, contaba con un poco más de 15 años de servicios contribuidos, esto es, 778.14 semanas cotizadas aproximadamente, (al 30 de junio de 1995, empleados territoriales, contaba con 16.38 años, equivalentes a 842,14 semanas aproximadamente) los cuales se hicieron a la Caja de Previsión Municipal de Sincelejo, a la extinta Cajanal, actualmente UGPP y al extinto ISS, hoy Colpensiones, según se desprende de la historia laboral (fls. 104-115).

.-Acorde con lo anterior, se advierte que el actor, registra 15 años o de servicios cotizados, lo que se traduce en más de 750 semanas, para ser beneficiario del régimen de transición. En ese contexto, y bajo los parámetros fijados por la jurisprudencia, su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, manteniendo los beneficios del régimen de transición, sí es procedente, aun cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, pues como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, a quienes

²⁴ Se verifica de los certificados aportados, que prestó sus servicios al Hospital Regional de Sincelejo y a la alcaldía municipal de Sincelejo. Desempeñado los cargos de mensajero y vacunador.

cumplen con el requisito de tiempo de servicios cotizados, no aplica la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100/93, es decir, que su traslado puede efectuarse **"en cualquier tiempo"**.

.-Bajo esa óptica, es evidente que Porvenir S.A., no efectuó el debido estudio de la solicitud de traslado de régimen pensional del accionante, dado que no tuvo en cuenta para su resolución, los parámetros fijados por la Corte Constitucional respecto de esa temática, lo cual es violatorio del derecho a la seguridad social y potencialmente de otros derechos fundamentales como el mínimo vital, en la medida que las autoridades encargadas de resolver este tipo de solicitudes no pueden soslayar la relevancia que una diligente solución tiene para la protección de los derechos consagrados en la Constitución. Escenario que justifica, entonces, la intervención del Juez de tutela en aras de restablecer las garantías superiores conculcadas.

- . Conclusiones.-

A la luz del criterio jurisprudencial transcrito con antelación y la realidad antes acreditada, para la Sala no cabe duda que el señor Jaime Rafael Otero Otero, tiene derecho a trasladarse del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAI) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), en tanto que éste, sí está dentro del grupo de personas a los que se les permite el cambio de régimen pensional en cualquier tiempo, en la medida en que, como se dejó explicado, para el 1º de abril de 1994 tenía más de 15 años de servicios cotizados, circunstancia que no fue analizada por Porvenir S.A., en la oportunidad debida, pues le negó al peticionario esa posibilidad bajo una premisa que no le era aplicable, actuación que a todas luces vulneró las prerrogativas *iusfundamentales* del tutelante enunciadas

precedentemente.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se amparará los derechos fundamentales a la seguridad social y vida digna del accionante, por lo que se ordenará a Porvenir S.A. y a Colpensiones, para que de consuno, autoricen el traslado del señor Jaime Rafael Otero Otero del RAIS al RPM, de acuerdo a la solicitud que realizara este el 24 de septiembre de 2012. Ello, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 201, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia se **CONCEDE** el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones y dignidad humana del actor.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE **ORDENA** a Porvenir S.A. y a Colpensiones, para que de consuno, autoricen el traslado del señor Jaime Rafael Otero Otero del RAIS al RPM, de acuerdo a la solicitud que realizara este el 24 de septiembre de 2012. Ello, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente o por cualquier medio efectivo, a los interesados en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de ésta providencia.

QUINTO: De manera oficiosa, por conducto de la Secretaría de este Tribunal, **ENVIAR** copia de la presente decisión al Juzgado de origen.

SEXTO: En firme este fallo, **CANCELAR** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia, fue discutido y aprobado por la Sala en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en el acta N°.163

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
(Ausente con permiso)

ANDRÉS MEDINA PINEDA