



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Tutela
Radicado. 19001333300920160003601
Demandante. Gerardo Bolaños Gómez
Demandado. COLPENSIONES
Fecha de la sentencia. Junio 17 de 2016
Magistrado ponente. DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO.
Descriptor 1. Régimen de transición.
Descriptor 2. Pensión de vejez
Restrictor 1. Requisitos para su reconocimiento y pago.
Restrictor 2. Improcedencia de la acción de tutela para asuntos pensionales.
Resumen del caso. Persona de 71 años que padece cáncer y a quien se le ha negado pensión de vejez por cuanto la Entidad considera que no reúne los requisitos de semanas cotizadas.
Tesis. Los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al de Ahorro Individual con solidaridad perdieron dicho beneficio; salvo si a la vigencia de la Ley 100 de 1993 ya contaban con los quince (15) años de servicios cotizados al sistema de seguridad social en pensiones.
Problemas jurídicos. ¿Para este caso, la acción de tutela es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez? En caso afirmativo, ¿La Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES vulnera los derechos invocados por el actor, al no reconocer la pensión de vejez establecida en la Ley 71 de 1988?
Decisión. Confirma negativa pero por las razones expuestas por el Tribunal.
Razón de la decisión. <i>En el caso de autos, si bien el accionante no cuenta con 74 años de edad para ser considerado integrante del grupo generacional de la tercera edad, lo cierto es que se trata de un adulto mayor que padece de cáncer, enfermedad catastrófica que ha causado gran detrimento en su estado de salud al punto de haber sido hospitalizado –fl. 66 y ss. Actualmente por su patología está siendo tratado por las especialidades de oncología y cardiología –fl. 99 y ss.</i> <i>De otra parte, es dable indicar que de conformidad con la experiencia recogida en el sistema oral, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en los asuntos pensionales tiene en la actualidad una duración promedio de dos (2) años entre las dos instancias, derivando en insubstancial una medida cautelar de suspensión de los actos administrativos que niegan la prestación.</i> <i>De ahí que, la avanzada edad (71 años) del accionante y su condición de salud permitieran en principio analizar el fondo del asunto con efectos transitorios para proteger sus</i>

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

*derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud; empero de la documentación obrante en el expediente se desprende que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y aunque regresó al sistema de prima media el 1° de septiembre de 2002, a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no había cotizado **15 años de servicio** para conservar el régimen de transición en los términos de la jurisprudencia ut supra.*

*En conclusión, teniendo en cuenta que no existe un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud pensional a la luz de la Ley 71 de 1988, ni se evidencia que los actos administrativos que negaron la prestación revistan alguna ilegalidad o que COLPENSIONES haya desplegado alguna actuación caprichosa o arbitraria, **no se reúnen las exigencias legales para decidir las pretensiones del escrito de tutela; esto es: "(iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social, (iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud, y (v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria"**.*

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia con las precisiones aquí efectuadas.

Nota de Relatoría: Caso paradigmático en la medida que, en principio, la avanzada edad del actor y su grave enfermedad, permitió a la Sala considerar la procedencia de la tutela para protección de sus derechos fundamentales en forma transitoria, sin embargo, al probarse la insuficiencia de tiempo para ser beneficiario del régimen de transición, ello se constituyó en una circunstancia que obstaculizó las posibilidades de la acción constitucional en la medida que el juez no podría operar por fuera del ordenamiento jurídico que está obligado a respetar, ni tampoco se cumplieron los parámetros jurisprudenciales por vía de precedente para procedencia de la tutela en casos pensionales.

En conclusión, con la decisión de la Sala se respeta el principio de legalidad, el debido proceso y el acatamiento del precedente vertical.

Sobre improcedencia de la acción de tutela para temas pensionales por no haberse utilizado la vía ordinaria y porque el accionante no es persona de tercera edad. Ver también: Sentencia del 13 de febrero de 2014, 1900133310052013004240, actor Jesús Enrique Valencia Correa contra Departamento del Cauca, M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.

Sobre improcedencia de tutela para obtener cambio de régimen pensional al de prima media con prestación definida, ver también sentencia del 26 de enero de 2015. Expediente 19001333100820140039101. Demandante MARIA ESTHER CUORVO CARVAJAL vs PORVENIR y COLPENSIONES. M.P. Naún Mirawal Muñoz Muñoz.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES



Libertad y Orden

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, diecisiete de junio de dos mil dieciséis

Magistrado Ponente: David Fernando Ramírez Fajardo

EXPEDIENTE: 19001333300920160003601
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

SENTENCIA N° 117.

I.- OBJETO A DECIDIR.

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el señor Gerardo Bolaños Gómez, contra la Sentencia N° 064 del 05 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán.

II.- ANTECEDENTES.

2.1.- La demanda¹.

En el escrito de tutela se expuso en síntesis lo siguiente:

Que el señor BOLAÑOS GÓMEZ el 22 de agosto de 2013 (sic) presentó ante la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- los documentos exigidos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

En respuesta, el 27 de mayo de 2013 mediante acto administrativo se le informó que no reunía el número de semanas necesarias para adquirir la pensión, y el 14 de enero de 2014 la administradora de pensiones niega el reconocimiento de la prestación por no cumplir con los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

En una segunda oportunidad, el 20 de mayo de 2014 solicita el actor se estudie nuevamente la documentación a efecto de obtener la pensión; frente

¹ Folios 1 a 11.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

a lo cual se emitió la Resolución N° GNR 422395 despachando negativamente el reconocimiento prestacional.

Al decidir la apelación interpuesta en contra de dicho acto administrativo, COLPENSIONES reitera la negativa a través de la Resolución N° VPB 11761 del 12 de febrero de 2015.

Nuevamente, solicita el reconocimiento de la pensión de vejez, provocando de la Administradora la Resolución N° GNR 285021 del 17 de septiembre de 2015, que niega el derecho con sustento en que solo reúne 1.044 semanas de cotización.

Manifiesta el accionante que laboró en el sector público y en el sector privado, por lo cual tiene derecho a que se le reconozca la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988; sin embargo COLPENSIONES analizó la procedencia de la prestación a la luz de la Ley 100 de 1993 con la reforma de la Ley 797 de 2003, norma que le es favorable.

Pone de presente que padece cáncer y cuenta con 71 años de edad, situación que permite que en sede de tutela se ordene el reconocimiento pensional, al considerar que la entidad vulnera sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, mínimo vital, debido proceso, petición, seguridad social, acceso a la administración de justicia e igualdad.

2.2.- El informe de COLPENSIONES².

El Vicepresidente Jurídico y Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones afirmó que la acción de tutela es de carácter residual y en este caso el asunto debe ser dilucidado por la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral.

Resaltó que tal como lo asiente el accionante, mediante Resolución GNR 285021 de 17 de septiembre de 2015 se resolvió la petición de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo cual ante cualquier desavenencia con la decisión deben agotarse los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin.

Adjuntó copia del acto administrativo mencionado, en el que se lee lo siguiente:

"Que en la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es 1 de abril de 1994, el señor BOLAÑOS GÓMEZ GERARDO, tenía 49 años 3 meses y 4 días de edad cumplidos y 2.854 días cotizados, los cuales equivalen a 7 años, 9 meses y 29 días, por lo cual, al cumplir los requisitos del artículo 36 de la misma ley, es posible estudiar la prestación solicitada a la luz del régimen de transición allí establecido.

Que al observar la historia laboral del afiliado, se evidencia un traslado del RAIS al RPM el día 1 de septiembre de 2002.

² Folios 128 y ss.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

Que de conformidad con lo anterior y aunado a lo preceptuado en la circular 8 de 2014 emitida por Colpensiones, en su numeral 1.3 que indica los parámetros que debe cumplir el afiliado (a) para la CONSERVACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN CASO DE TRASLADO AL RAIS, al respecto dice "... Para los afiliados que se trasladaron entre el 01 de abril de 1994 (nivel nacional), 30 de junio de 1995 (departamentos y municipios) y 01 de enero de 1996 (distrito), o la fecha en que haya entrado en vigencia el sistema general de pensiones en el respectivo nivel territorial, y el 23 de septiembre de 2002 (un día antes de la fecha de la sentencia C-789 de 2002) por principio de favorabilidad, Si procede la exigencia de cálculo de rentabilidad, para recuperar el régimen de transición y los 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993..."

Que como ya se indicó en párrafos anteriores, el señor BOLAÑOS GÓMEZ GERARDO para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 7 años, 9 meses y 29 días de servicios, motivo por el cual no es procedente estudiar la prestación económica a la luz del régimen de transición, toda vez que el afiliado perdió dicho régimen.

Que, por las razones anteriores, se procederá a hacer el estudio de la prestación de acuerdo a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003,..."

III.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA³.

Se trata de la Sentencia N° 064 del 05 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, que negó por improcedente la acción la tutela.

Manifestó la *A quo* que de conformidad con las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la T- 086 de 2015, la acción de tutela resulta improcedente cuando se cuenta con una vía ordinaria para decidir el caso. Procede excepcionalmente cuando el interesado no tenga otro mecanismo judicial o teniéndolo no es idóneo o resulta ineficaz para la protección de sus derechos o se evidencie la posible configuración de un perjuicio irremediable.

Que asimismo, en la T- 047 de 2015 se fijó la edad de 74 años como criterio para determinar la tercera edad, flexibilizándose para estas personas el estudio de la procedencia de la acción constitucional.

Sostuvo que en el caso particular es improcedente la acción de tutela, por las siguientes razones:

- El señor BOLAÑOS GÓMEZ cuenta con un mecanismo ordinario de defensa, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del cual puede hacer uso de las medidas cautelares dispuestas en el capítulo X de la Ley 1437 de 2011.
- No demostró que el medio judicial ordinario fuera ineficaz ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues a pesar que tiene 71 años de edad aún no pertenece a la tercera edad y de acuerdo con la historia clínica en la actualidad solo refiere controles o seguimientos de su enfermedad, por lo cual no se advierte la necesidad de adoptar una medida urgente.

³ Folios 133 a 143.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

Concluyó que ante la falta de acreditación de la inminencia de un perjuicio irremediable y la ineficacia del medio de control, era del caso declarar la improcedencia de la acción de tutela.

IV.- LA IMPUGNACIÓN⁴.

El accionante impugnó la decisión de primera instancia solicitando que se aplique en su caso el precedente plasmado en la sentencia proferida el 18 de junio de 2010 por la Magistrada Hilda Calvache Rojas dentro del expediente 20100053801, tutelándole los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital y vida digna. Indicó que en esa oportunidad la Corporación halló procedente la acción de tutela al constatar que un proceso ordinario demoraba en promedio cinco años, descartando de plano la rapidez del camino procesal ordinario.

Argumenta que la juez desconoció la penosa enfermedad de cáncer que padece, por la cual estuvo hospitalizado tres meses en un centro médico en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, de ahí que deba hacerse controles médicos cada tres meses.

Que la edad de 74 años referida en la T- 047 de 2015 va en contravía de lo señalado por la misma Corte Constitucional en la T- 138 de 2010 en la que se estableció la edad de 72.1 años para determinar la tercera edad. Adicionalmente el artículo 7 de la Ley 1276 de 2009 señala que adulto mayor es aquella persona que cuenta con 60 años de edad o más, la Organización Mundial de la Salud ha clasificado a las personas como de avanzada edad entre los 60 y 74 años, viejas o ancianas entre los 75 y 90 años y grandes viejos o grandes longevos a quienes sobrepasan los 90 años. A todo individuo mayor de 60 años se le llamará indistintamente persona de la tercera edad.

Que la providencia impugnada no abordó las normas mencionadas en el escrito de tutela, tales como: Ley 71 de 1988, artículos 46 y 53 de la Carta, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y el Acto Legislativo 01 de 2005, vulnerándolas e incurriendo en vía de hecho.

Afirma que no puede obligarse a una persona de escasos recursos económicos a tramitar un proceso ordinario que puede tardar entre 4 y 6 años, lo cual sí causaría un perjuicio irremediable. Que en su caso, en aplicación del principio de favorabilidad, debe observarse la Ley 71 de 1988 al estudiar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, norma que está desconociendo COLPENSIONES.

V.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

1.- La competencia.

⁴ Folios 146 a 156.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, conforme lo establece el Decreto Ley 2591 de 1991, artículo 32.

2.- Lo probado en el proceso.

- El accionante nació el 07 de marzo de 1945 –fl. 34-.
- De conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1994 se encontraba como beneficiario del régimen de transición por edad (hombre mayor de 40 años).
- Al 1° de abril de 1994 había cotizado 07, años, 09 meses y 29 días para pensión –fl. 62 reverso-.
- Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, regresando al Régimen de Prima Media el 1° de septiembre de 2002 –fl. 49-.
- Tiene diagnóstico de LINFOMA NO HODGKIN B DE ALTO GRADO DE ORIGEN CENTROGERMINAL y se halla en seguimiento por medicina especializada –fl. 66 y ss-.
- En múltiples ocasiones ha solicitado el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, obteniendo una negativa por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-.

3.- Problema jurídico.

A manera de interrogantes, la Sala se formula:

¿Es procedente en el *sub examine* la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de vejez?

En caso afirmativo, **¿La Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES vulnera los derechos invocados por el señor GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ al no reconocer la pensión de vejez establecida en la Ley 71 de 1988?**

¿Hay lugar a confirmar la sentencia de tutela de primera instancia?

Para resolver abordaremos los siguientes contenidos (i) la conservación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, (ii) la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988 y, (iii) procedencia de la acción de Tutela en materia de prestaciones económicas.

3.1.- La pensión de jubilación por aportes.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

El legislador creó en la Ley 71 de 1988⁵ una pensión de jubilación por aportes para aquellos trabajadores que acreditaran 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo en los fondos o cajas de previsión social de cualquier orden y en el Instituto de Seguros Sociales.

Dicha norma fue reglamentada por el artículo 20 del Decreto 1160 de 1989; requería contar con 60 años en el caso de los hombres y 55 años de edad las mujeres:

"ARTÍCULO 20. La pensión a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes.

<Inciso 2o. NULO> Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si se es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional"

Básicamente, podemos decir que, no es en estricto sentido un régimen pensional, se trata de la posibilidad legal de adquirir la pensión de jubilación por acumulación de aportes para aquellos trabajadores que hubiesen laborado en el sector público y también en el privado, sumando las cotizaciones hechas al ISS y a cualquier otra entidad de previsión (aportes sector público + aportes sector privado).

Lo anterior, por cuanto no todos los trabajadores podían acreditar 20 años al servicio exclusivo del Estado (Ley 33 de 1985), ni el número de semanas que exigía el ISS (Acuerdo 049 de 1990), quedando desprotegidos en materia pensional.

3.2.- Conservación del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

El legislador a través de la Ley 100 de 1993 creó un Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, estableciendo dos regímenes que son excluyentes pero que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida (RPM) y el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

De acuerdo con el artículo 13 *ejusdem* para el trabajador es obligatoria la afiliación a cualquiera de estos regímenes, y aunque su opción es libre, una vez realizada la selección solo podrá trasladarse de sistema al cumplir las condiciones señaladas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Esta ley aumentó los requisitos para adquirir la pensión de vejez, razón por la cual en el artículo 36 se dispuso un mecanismo de protección para aquellas personas que a su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir las

⁵ "Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones".

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

exigencias para obtener la prestación, consistente en la posibilidad de adquirirla bajo las normas anteriores:

"ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

*<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> **Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.***

<Inciso CONDICIONALMENTE exequible> Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

(...)". (Destacamos).

Como puede leerse en la norma trascrita, fueron tres grupos de trabajadores los favorecidos con el régimen de transición: **(1°)** los hombres que tuvieran 40 o más años de edad, **(2°)** las mujeres que contaran con 35 o más años de edad, y **(3°)** los hombres y mujeres que independientemente de su edad tuvieran 15 o más años de servicios cotizados.

También se desprende que era posible perder el derecho al régimen de transición quedando cobijado por la Ley 100 de 1993 si el afiliado se trasladaba del sistema de prima media al de ahorro individual, situación que causó un sinnúmero de traumatismos que hizo necesaria la intervención de la Corte Constitucional, Corporación que de conformidad con sus competencias constitucionales fijó el alcance de la disposición.

En efecto, en la SU-062 de 2010 se recogieron los pronunciamientos más relevantes hechos hasta ese momento. Respecto de la C- 789 de 2002, destacó:

"Es decir, aunque la Corte consideró acordes con la Constitución las disposiciones que prescriben que la protección de régimen de transición se extingue cuando la persona escoge el régimen de ahorro individual o se traslada a él, aclaró que las normas

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

expresamente circunscriben tal consecuencia a sólo dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición: (i) mujeres mayores de treinta y cinco y (ii) los hombres mayores de cuarenta.

Por tanto, (iii) 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 traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993.

Ahora bien, la Corte reconoce que resulta necesario señalar algunos requisitos para el evento en que las personas pertenecientes al grupo (iii) decidan trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición. Exigencias que también quedaron contenidas en la parte resolutive de la sentencia en comento”.

En cuanto a la C- 1024 de 2004, precisó:

"20.- La segunda oportunidad en la cual la Corte Constitucional abordó el tema del traslado entre regímenes pensionales en el caso de las personas beneficiadas con el régimen de transición fue en la sentencia C-1024 de 2004, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Originalmente, esta última norma prescribía que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. El artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición mencionada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

Como se puede ver, la modificación no se refiere específicamente al caso de las personas cobijadas por el régimen de transición pero, indirectamente, regula su situación pues ni ellos ni los demás afiliados podrán trasladarse de régimen cuando les falten 10 años o menos para cumplir edad que requieren para adquirir la pensión de vejez. En el caso de las personas del grupo (iii) el cambio normativo se traduciría en que no podrían trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para hacer uso de los beneficios del régimen de transición, en los términos de la sentencia C-789 de 2002, cuando les falten 10 años o menos para llegar a la edad exigida para la pensión de vejez.

(...) esta Corte indicó que siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido la norma demandada no podía desconocer a las personas del grupo (iii) la posibilidad 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", con el cumplimiento de los requisitos que en la sentencia C-789 de 2002 había mencionado" (Destacamos).

Frente a la T- 818 de 2007, señaló que fue la tercera ocasión en que se abordó el tema de traslado entre regímenes pensionales:

"21.- En la sentencia T-818 de 2007, la Corte abordó, por tercera vez, el tema que se ha venido tratando.

Como se vio, la sentencia C-789 de 2002 señaló que al cambiarse al régimen de prima media, las personas debían trasladar todo el ahorro que habían efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que dicho ahorro "no podía ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media". Precisamente en el cumplimiento de éste último requisito reside uno de los

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

problemas jurídicos de la sentencia T-818 de 2007, pues en ella se sostuvo que debido a un cambio de legislación tal exigencia devino en imposible de cumplir.

(...)

Ante esta situación, la Corte afirmó, en la sentencia T-818 de 2007, que "la exigencia de condiciones imposibles (...) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aun faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio". Con base en esta argumentación, se reconoció, en el caso concreto, el derecho del peticionario a trasladarse de régimen, aun en ausencia del cumplimiento de uno de los requisitos que había señalado la sentencia C-789 de 2002.

(...)

22.- Observa la Sala que el problema detectado en la sentencia T-818 de 2007, consistente en la imposibilidad de cumplir con el requisito de la equivalencia del ahorro impuesto por la Sala Plena en la sentencia C-789 de 2002 a raíz de la reforma introducida por la ley 797 de 2003, ha sido solucionado por el decreto reglamentario 3995 expedido el 16 de octubre de 2008. En otras palabras, con posterioridad a la sentencia T-818 de 2007, se introdujo una norma que hizo que la distribución del aporte contenida en la ley 797 de 2003 no sea un impedimento para satisfacer la exigencia mencionada".

Y finalmente, iteró las condiciones para recuperar el régimen de transición cuando el afiliado se hubiere trasladado de prima media al de ahorro individual, haciendo una precisión frente a la equivalencia del aporte:

"Por lo anterior, resulta imperativo ajustar la jurisprudencia constitucional a la normatividad vigente y reiterar lo indicado por esta Corporación en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004: 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. 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.

23.- Ahora bien, es factible que la imposibilidad de satisfacer la exigencia de la equivalencia del ahorro no provenga, hoy en día, de las reglas sobre la distribución del aporte contenidas en la ley 797 de 2003, sino que se derive de la diferencia en la rentabilidad que producen los dos regímenes pensionales sobre los dineros aportados, factor que está asociado a circunstancias aleatorias propias del mercado y al hecho de que en el régimen de prima media existe un fondo común y en el de ahorro individual uno personal.

Se pregunta la Sala si, ante esta situación, se debe negar de plano a los beneficiarios del régimen de transición el traspaso del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por incumplimiento de uno de los requisitos impuestos en las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004. Para solucionar el interrogante planteado, es necesario acudir a lo expresado en la sentencia C-030 de 2009 a propósito de un problema jurídico similar.

(...)

En este orden de ideas, no se puede negar el traspaso a los beneficiarios del régimen de transición del régimen de ahorro individual al régimen de prima media por el incumplimiento del requisito de la equivalencia del ahorro sin antes ofrecerles la posibilidad de que aporten, en un plazo razonable, el dinero correspondiente a la diferencia entre lo ahorrado en el régimen de ahorro individual y el monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media."

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

De la jurisprudencia constitucional aquí traída, resulta claro que los beneficiarios del régimen de transición que se trasladaron al de Ahorro Individual con solidaridad perdieron dicho beneficio; **SALVO** si a la vigencia de la Ley 100 de 1993 ya contaban con los **quince (15) años de servicios** cotizados al sistema de seguridad social en pensiones.

Por supuesto, al tenor de lo señalado en el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, aunque lo mantendrían quienes a la vigencia del acto legislativo (25 de julio de 2005) hubieren cotizado 750 semanas y cumplieran los requisitos (causaran el derecho pensional) hasta el 31 de diciembre de 2014.

3.3.- Procedencia de la acción de Tutela.

De conformidad con el artículo 86 Superior, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública e incluso de los particulares, en determinados casos.

Sin embargo, esta acción es de carácter **residual y subsidiaria**, sólo procede en aquellos eventos en los que **no exista un instrumento diferente** que le permita al interesado solicitar ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Respecto de los asuntos relacionados con derechos prestacionales, la jurisprudencia constitucional ha señalado la improcedencia de la tutela, porque tales pretensiones económicas son asuntos de competencia del juez ordinario. No obstante, ha fijado las reglas que deben observarse para determinar si procede de manera excepcional, así lo recordó en la **T- 543 de 2015**:

"la jurisprudencia ha aceptado que, en situaciones excepcionales, el juez de tutela puede conocer de fondo estos casos, siempre y cuando se cumpla con las siguientes reglas:

"(i) Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que 'la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per sé que ella deba ser denegada'. La idoneidad debe ser verificada por el juez constitucional en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, ya sea como mecanismo transitorio o no.

(ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y/o una inminente afectación a derechos fundamentales.

(iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

(iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud.

(v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria”⁶.

En los casos que ocupan la atención de la Sala en esta oportunidad, los accionantes manifiestan que requieren la pensión de vejez para garantizar su derecho al mínimo vital; afirmación que sustentan basados en sus edades, 64 y 69 años que, de acuerdo a ambos escritos de tutela, los hacen merecedores de una especial protección constitucional. En el caso del expediente T-4.885.843 el actor manifiesta que se encuentra en una grave situación de indefensión, toda vez que por su avanzada edad no le es posible conseguir un trabajo y actualmente no cuenta con los medios para subsistir, en consecuencia alega la posible configuración de un perjuicio irremediable.

En el caso del expediente T-4.902.168, existe un alto grado de certeza sobre la existencia del derecho pensional en cabeza del actor y una negativa aparentemente injustificada por parte de Colpensiones.

De acuerdo a estas consideraciones se evidencia que en ambos casos tiene cabida el estudio de fondo de la acción para efectos de determinar si Colpensiones ha vulnerado los derechos de dos sujetos que requieren del reconocimiento de su pensión de vejez para garantizar su derecho al mínimo vital y a quienes, de acuerdo a sus condiciones particulares, les puede asistir una especial protección constitucional.” (Destacamos).

VI.- CASO CONCRETO.

Se contrae a determinar si en el presente asunto COLPENSIONES se ha sustraído de aplicar la Ley 71 de 1988 al estudiar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ. Sin embargo, antes debe verificar esta autoridad judicial el cumplimiento de las condiciones para la procedencia de la acción de tutela.

La *A Quo* negó el amparo al considerarlo improcedente por cuanto el señor Bolaños Gómez tiene una edad de 71 años que no le permite tenerlo como persona de la tercera edad y su padecimiento de cáncer no reviste en la actualidad una recaída que amerite una medida urgente.

En la impugnación el actor solicita que se aplique el precedente establecido en una sentencia proferida por este Tribunal en el año **2010**, lo cual no es posible toda vez que los argumentos allí expuestos para desvirtuar el requisito de inmediatez se efectuó bajo el gobierno del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), siendo que el proceso ordinario se rige en la actualidad por lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), norma ésta que consagra unas fases y términos procesales distintos. Igualmente han variado las reglas construidas por la Corte Constitucional para la procedencia de la acción de tutela en materia de reconocimiento pensional, de obligatoria observancia en sede constitucional.

⁶ Sentencia T-334 de 2011.

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

Ahora, la Constitución Política de Colombia en relación con el derecho a la seguridad social en pensiones protege a las personas que se hallan en condiciones de vulnerabilidad física o mental que le impida proveerse los medios de subsistencia para llevar una vida digna a causa de la vejez. Ello por cuanto la ancianidad, como riesgo o contingencia, trae consigo una disminución de la fuerza laboral imposibilitando la obtención de los recursos económicos necesarios para la manutención.

En el caso de autos, si bien el accionante no cuenta con 74 años de edad para ser considerado integrante del grupo generacional de la tercera edad, lo cierto es que se trata de un adulto mayor que padece de cáncer, enfermedad catastrófica que ha causado gran detrimento en su estado de salud al punto de haber sido hospitalizado –fl. 66 y ss. Actualmente por su patología está siendo tratado por las especialidades de oncología y cardiología –fl. 99 y ss.

De otra parte, es dable indicar que de conformidad con la experiencia recogida en el sistema oral, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en los asuntos pensionales tiene en la actualidad una duración promedio de dos (2) años entre las dos instancias, derivando en insubstancial una medida cautelar de suspensión de los actos administrativos que niegan la prestación.

De ahí que, la avanzada edad (71 años) del accionante y su condición de salud permitieran en principio analizar el fondo del asunto con efectos transitorios para proteger sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la salud; empero de la documentación obrante en el expediente se desprende que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y aunque regresó al sistema de prima media el 1° de septiembre de 2002, a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no había cotizado **15 años de servicio** para conservar el régimen de transición en los términos de la jurisprudencia *ut supra*.

En conclusión, teniendo en cuenta que no existe un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud pensional a la luz de la Ley 71 de 1988, ni se evidencia que los actos administrativos que negaron la prestación revistan alguna ilegalidad o que COLPENSIONES haya desplegado alguna actuación caprichosa o arbitraria, **no** se reúnen las exigencias legales para decidir las pretensiones del escrito de tutela; esto es: *“(iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social, (iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia*

EXPEDIENTE: 19001-33-33-009-2016-00036-01
ACCIÓN: TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACTOR: GERARDO BOLAÑOS GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

de la solicitud, y (v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria”.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia con las precisiones aquí efectuadas.

VII.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia N° 064 del 05 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE personalmente, o por cualquier medio expedito a los interesados, en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión y acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

CARLOS H. JARAMILLO DELGADO NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ