

T-191-14

Sentencia T-191/14

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES- Procedencia excepcional aun cuando exista otro medio de defensa judicial o para evitar un perjuicio irremediable

La acción de tutela procede, excepcionalmente, para perseguir el reconocimiento y pago de una pensión cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial para el efecto o, cuando existiendo, no es eficaz para obtener la protección, siempre que de ella se derive la vulneración de derechos fundamentales. En tales circunstancias, la acción de tutela se instituye como el instrumento judicial principal para perseguir una protección real y concreta.

SEGURIDAD SOCIAL Y SU CONNOTACION COMO SERVICIO PUBLICO Y DERECHO FUNDAMENTAL

La seguridad social goza de una doble connotación jurídica. Por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo al Sistema General de Pensiones.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO FUNDAMENTAL IRRENUNCIABLE- Reiteración de jurisprudencia

Conforme con su configuración constitucional, y dado su carácter de derecho irrenunciable, la seguridad social se inscribe en la categoría de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, o de contenido prestacional, los cuales han sido entendidos por la jurisprudencia constitucional, como aquellos cuya realización efectiva exige un desarrollo

legal, la implementación de políticas encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización y la provisión de una estructura organizacional, que conlleva la realización de prestaciones positivas, principalmente en materia social, para asegurar unas condiciones materiales mínimas de exigibilidad.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCION POR MEDIO DE ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha evolucionado en el sentido de sostener que el derecho a la seguridad social, dada su vinculación directa con el principio de dignidad humana, tiene en realidad el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela.

REGIMENES PENSIONALES CREADOS POR LA LEY 100 DE 1993-Aspectos generales

Se establecieron dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: (i) el régimen solidario de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es libre y voluntaria, solo se podrá elegir entre uno u otro y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre que cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993

Debido al tránsito legislativo ocurrido con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el artículo 36 ibídem estableció, con el fin de no vulnerar una expectativa, de un grupo de personas que tenían la legítima expectativa de pensionarse conforme a los requisitos establecidos en la norma anterior, el régimen de transición en favor de cierta categorías de trabajadores. El régimen de transición prevé como beneficio para acceder a la pensión de vejez, que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la misma, sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador. El legislador contempló que al régimen de transición pertenecen tres categorías de trabajadores a saber: (i) mujeres con treinta y cinco (35) años de edad; (ii) hombres con cuarenta (40) años de edad y (iii) hombre y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados,

todos los requisitos debían cumplirse al 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993. Para ser beneficiario del régimen de transición pensional, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA EN EL CASO DE BENEFICIARIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION

TRASLADO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA- Improcedencia al no ser el actor beneficiario de régimen de transición, toda vez que a la fecha de entrada en vigencia el Sistema General de Pensión no contaba con la edad o el tiempo cotizado

Referencia: Expediente T-4.128.723

Demandante:

José María Botero Gómez

Demandado:

Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., primero (1º) de abril de dos mil catorce (2014)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Veintiocho (28) Civil Municipal de Bogotá y, en segunda, por el Juzgado Trece (13) Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela impetrada por el ciudadano José María Botero Gómez contra el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A..

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección número Once de la Corte Constitucional, mediante auto del catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013), decidió seleccionar para revisión el expediente relacionado, el cual fue repartido a la Sala Cuarta para su eventual revisión.

1. La solicitud

El señor José María Botero Gómez presentó acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, con el propósito de que le fuera protegido su derecho a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, los cuales considera vulnerados por la entidad accionada al tramitar el traslado de sus aportes a pensión sin haber obtenido autorización para ello.

2. Hechos

El demandante, de 60 años de edad, los narra, en síntesis, así:

2.1. Desde 1973 cotizó sus aportes a pensión en el Instituto de Seguro Social ISS, hoy Colpensiones. El 21 de marzo de 2000, autorizó, mediante formulario de vinculación o traslado No. 01347454, su afiliación a Porvenir para cotizar en dicha entidad lo referente única y exclusivamente a sus cesantías.

2.2. Sostiene que la entidad acostumbra usar el mismo formulario para realizar afiliaciones tanto a pensiones como a cesantías, pero advierte que solo dio su consentimiento para que se realizara el cambio de fondo de estas últimas y que, en efecto se aseguró de que dicha afiliación tuviera el sello que especificara su intención.

2.3. El 31 de octubre de 2012, presentó ante Porvenir S.A. una petición en la que manifestó su inconformidad con el traslado no autorizado y solicitó ser devuelto a Colpensiones para poder tramitar lo referente a su reconocimiento pensional, ante lo cual la entidad contestó

que se había vencido el término para presentar el desistimiento de la afiliación.

2.4. Frente a la negativa de la entidad, presentó acción de tutela solicitando al juez constitucional que ordene a Porvenir S.A. realizar, de manera inmediata, el traslado de sus aportes a pensión a Colpensiones.

3. Pretensiones

El demandante pretende que por medio de la acción de tutela le sean amparados sus derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital y, como consecuencia de ello, se ordene al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. autorizar el traslado de sus aportes a pensión a Colpensiones, para poder tramitar lo referente a su pensión de vejez.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

-Copia de la solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir S.A., identificado con el No. 01347454 (folio 1 - cuaderno 2).

-Copia de la petición presentada por el actor ante el Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir S.A., en la que solicita el traslado de sus cotizaciones pensionales a Colpensiones (folios 2 al 4 - cuaderno 2).

-Copia de la historia laboral del señor José María Botero Gómez, en el que se evidencia un registro laboral ininterrumpido desde 1973 a 1992, para un total de 705.57 semanas cotizadas hasta 1994 (folio 24 - cuaderno 2)

5. Respuesta de la entidad accionada

El Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir S.A. a través de apoderado judicial, en el término otorgado para ello, contestó la acción de tutela y en su escrito señaló que, efectivamente, se encuentra vigente la afiliación del señor José María Botero Gómez y desde el 1 de mayo de 2000 la entidad es la encargada de administrar sus fondos de pensión.

No obstante, precisó que, de conformidad con la información reportada, al accionante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad que se exige para el reconocimiento de la pensión de vejez y al 1° de abril de 1994 no tenía los 15 años de servicios cotizados al Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, por lo que no le es permitido trasladarse en cualquier tiempo.

Respecto al traslado de cesantías indicó que, revisados los formatos de afiliación, encontró que el accionante suscribió el formulario para trasladar únicamente sus aportes a pensiones y nunca para cesantía. Afirmación que corroboró con la afiliación al encontrar firmado solo la casilla que autoriza el traslado pensional.

Así las cosas, de conformidad con las razones expuestas, concluyó que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del 6 de agosto de 2013, el Juzgado Veintiocho (28) Civil Municipal de Bogotá, declaró improcedente la acción de tutela al considerar que existen otros mecanismos de defensa en los que el accionante puede hacer valer sus pretensiones, toda vez que no se evidenció el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

2. Impugnación

El accionante, mediante escrito del 16 de agosto de 2013, reiterando los argumentos expuestos en la acción de tutela impugnó la providencia del juez de primera instancia y, respecto al perjuicio irremediable, indicó que con el traslado de régimen se puso en riesgo su derecho a acceder a la pensión, ocasionándosele una afectación de sus derechos fundamentales a la vida y al mínimo vital, pues es padre cabeza de familia y, actualmente, se encuentra desempleado por lo que no cuenta con ningún sustento.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 12 de septiembre de 2013, el Juzgado Trece (13) Civil del Circuito de

Bogotá, confirmó el fallo proferido por el juez de primera instancia al considerar que la acción de tutela no es procedente toda vez que el actor no demostró la existencia de un perjuicio irremediable por lo que, consideró que existen otros mecanismos judiciales para controvertir el asunto.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus garantías fundamentales. En esta oportunidad, el señor José María Botero Gómez, actúa en defensa de sus derechos, razón por la cual se encuentra legitimado para promover esta causa.

2.2. Legitimación pasiva

El Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A., es una entidad privada encargada de prestar la función pública de la seguridad social (numeral 8º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991), por lo cual, está legitimada como parte pasiva en el proceso de tutela bajo estudio, en la medida en que se le atribuye el quebrantamiento de los derechos fundamentales reclamados.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte de la entidad demandada, trasgresión de las garantías fundamentales a la seguridad social, a la vida y al

mínimo vital del peticionario, al negarle el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, bajo el argumento de que le faltan menos de 10 años para pensionarse y que, para el 1° de abril de 1994 no contaba con los 15 años de servicio, por lo que consideró que no le es posible acceder al cambio de régimen en cualquier tiempo.

Antes de abordar el caso concreto se realizará un análisis jurisprudencial de temas como (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, (ii) regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, (iii) el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media para los beneficiarios del régimen de transición; para finalmente abordar (iv) el caso concreto.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política dispone, en su artículo 86, que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario[1], diseñado para la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando no se cuenta con alguna otra vía judicial de protección, o cuando existiendo esta, se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[2].

En razón a ello, la procedibilidad de este mecanismo debe ser valorada por el juez constitucional en consideración a cada caso concreto y no en abstracto, pues la naturaleza jurídica de esta acción conlleva la protección efectiva de derechos fundamentales, lo cual demanda realizar un examen de conformidad con las circunstancias específicas.

Partiendo del principio de subsidiariedad que caracteriza a la acción de tutela, se deduce que la procedencia de esta vía judicial está supeditada al agotamiento previo de las otras vías judiciales ordinarias con que cuente el interesado[3], y que solo ante la inexistencia o inoperancia de estas, es posible acudir a la acción constitucional.

Así las cosas, se tiene que los mecanismos ordinarios de defensa constituyen el medio preferente e idóneo para que las personas puedan invocar la protección de los derechos fundamentales que resulten vulnerados o amenazados por acciones u omisiones de las autoridades públicas o de los particulares[4]. Bajo ese entendido, la Corte ha sostenido

que la tutela es procedente si la persona perjudicada no cuenta con otro medio de defensa mediante el cual pueda solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, respecto de las prestaciones que llevan implícitos el pago de obligaciones económicas que se encuentran sometidas a litigio, la Corte ha sido enfática en sostener que, si bien es cierto que en algunos casos se ha admitido la procedencia de la acción, ellos han sido excepcionalmente sustentados en la falta de idoneidad del medio ordinario, lo anterior dependiendo de las circunstancias fácticas de cada situación, lo cual excluye de plano que pueda concederse el amparo judicial para dichos fines de forma masiva e indiscriminada[5]. De igual manera, en la Sentencia T-528 de 1998, la Corte señaló que: “[...]ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación al indicar que los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen la virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aún cuando de estos se predica su carácter legal.”

En reiteradas ocasiones se ha insistido en que la acción de tutela no puede converger con diversas vías judiciales por cuanto no es un mecanismo que pueda ser elegido a discreción del interesado pues, ante todo, debe agotarse el modo específico regulado en ley toda vez que, por regla general, no existe concurrencia entre este y la acción de tutela[6].

A su vez, se ha indicado que bien puede suceder que la acción de tutela se instaure con el único propósito de evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual se convierte en el mecanismo idóneo y se concederá como mecanismo transitorio, aún cuando exista un medio ordinario de defensa.

Al respecto, la Corte ha sostenido que debe entenderse por perjuicio irremediable aquel que, en razón a la gravedad de los hechos, requiere de medidas urgentes para garantizar la protección de los derechos fundamentales. En sentencia T-225 de 1993[7] la Corte indicó:

“(...)la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa

para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”[8]

Así las cosas, cuando se tiene la concurrencia de los elementos que determinan la existencia de un perjuicio irremediable, se permite acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio y a solicitar medidas preventivas a través de las cuales se garantice la protección de los derechos fundamentales que se encuentran amenazados o vulnerados.

En síntesis, se puede indicar, como regla general, que en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento de obligaciones económicas que estén supeditadas a litigio. Sin embargo, de manera excepcional y como mecanismo transitorio, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dichas prestaciones económicas, si: (i) el interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; (ii) teniendo medio judicial este resulte ineficaz para la protección de los derechos y (iii) en los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela.

Manifestado lo anterior, se concluye que la acción de tutela procede, excepcionalmente, para perseguir el reconocimiento y pago de una pensión cuando no existe otro mecanismo de defensa judicial para el efecto o, cuando existiendo, no es eficaz para obtener la protección, siempre que de ella se derive la vulneración de derechos fundamentales. En tales circunstancias, la acción de tutela se instituye como el instrumento judicial principal para perseguir una protección real y concreta.

5. La seguridad social y su carácter de derecho fundamental. Reiteración de jurisprudencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica. Por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe

ser garantizado a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo al Sistema General de Pensiones.

De acuerdo con lo anterior, en varios de sus pronunciamientos, la Corte se ha ocupado de delimitar el alcance de la seguridad social como bien jurídico objeto de protección constitucional. En consecuencia, la ha definido “como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”[9].

También se ha sostenido que la seguridad social, en su doble connotación jurídica -derecho y servicio público-, tiene como objetivo, propiciar la prosperidad de los asociados, con apoyo en los programas que desarrollen los distintos gobiernos, los cuales deben estar dirigidos a permitir que el individuo y su familia pueda afrontar adecuadamente las contingencias derivadas de las enfermedades, la incapacidad laboral, el desempleo, el sub-empleo y las consecuencias de la muerte; a brindarle una adecuada protección a ciertos estados propios de la naturaleza humana como la maternidad y la vejez; y a ofrecerle unas condiciones mínimas de existencia y recreación social que le permitan desarrollarse física y psicológicamente en forma libre y adecuada, facilitando de este modo su total integración a la sociedad.[10]

Así las cosas, siendo la seguridad social uno de los ejes centrales de la política social del Estado, exige por parte de este, en primer lugar, el diseño de una estructura básica que establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y que determine los procedimientos bajo los cuales el mismo debe discurrir y, en segundo lugar, definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garantice su buen funcionamiento.[11]

Ahora bien, conforme con su configuración constitucional, y dado su carácter de derecho irrenunciable, la seguridad social se inscribe en la categoría de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, o de contenido prestacional, los cuales han sido entendidos por la jurisprudencia constitucional, como aquellos cuya realización efectiva

exige un desarrollo legal, la implementación de políticas encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización y la provisión de una estructura organizacional, que conlleva la realización de prestaciones positivas, principalmente en materia social, para asegurar unas condiciones materiales mínimas de exigibilidad. [12]

En ese contexto, se ha establecido que la posibilidad de acudir a la acción de tutela para demandar la protección de los derechos prestacionales, tiene lugar cuando se ha expedido la regulación legal que les da contenido, presupuesto que permite su defensa judicial en forma directa, bajo el entendido de que tales contenidos prestacionales constituyen por sí mismos un derecho fundamental autónomo en cabeza de sus beneficiarios. Sin embargo, excepcionalmente, es posible solicitar su protección por vía de tutela, aun cuando no se hayan implementado medidas de desarrollo, siempre que la ausencia de dichos contenidos afecte la dignidad humana y la calidad de vida de las personas, especialmente, de aquellas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta[13].

Finalmente, esta Corporación ha evolucionado en el sentido de sostener que el derecho a la seguridad social, dada su vinculación directa con el principio de dignidad humana, tiene en realidad el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela.

6. Regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993. Reiteración de jurisprudencia. Reiteración de jurisprudencia

Mediante la Ley 100 de 1993 el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, cuya dirección, coordinación y control le corresponde al Estado, orientado a procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. Bajo esas directrices, se desarrolló el sistema de seguridad social, el cual se estructuró a partir de cuatro pilares: (i) el sistema general de pensiones, (ii) el sistema general de salud, (iii) el sistema general de riesgos profesionales y (iv) los servicios sociales complementarios definidos en la misma ley.

En lo que respecta al Sistema General de Pensiones, que interesa a esta causa, se encuentra que el mismo está regulado en la citada ley, la cual define y desarrolla su estructura, y en la Ley 797 de 2003, que le introdujo modificaciones sustanciales, específicamente, en cuanto a la regulación de la pensión de vejez[14].

Con fundamento en esos presupuestos, se tiene que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en el artículo 10º de la Ley 100 de 1993, tiene como objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que dicha ley determina, así como propender hacia la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos poblacionales no cubiertos con un sistema de pensiones.

Para tal efecto, se establecieron dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten: (i) el régimen solidario de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es libre y voluntaria, solo se podrá elegir entre uno u otro y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre que cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993[15].

En lo atinente al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, cabe destacar que su administración se encuentra a cargo del Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) y de las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, bien sean del sector público o del sector privado.

En cuanto a los aportes efectuados por los afiliados a este régimen pensional y sus rendimientos, es de mencionar que estos integran un fondo común de naturaleza pública, el cual es de carácter parafiscal y, por ende, dichos aportes no tienen la categoría de dineros pertenecientes a la Nación. La finalidad del fondo en comento es garantizar el pago de las prestaciones y pensiones de vejez, invalidez, o de sobrevivientes, o una indemnización sustitutiva de la pensión. Así mismo, los afiliados a este, obtienen el derecho pensional siempre y cuando cumplan los requisitos legales de edad y semanas cotizadas.

Por otro lado, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 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. Está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, que se consignan en la cuenta individual de cada afiliado, la cual es completamente personal y tiene como finalidad garantizar el reconocimiento y pago de

las pensiones o de las indemnizaciones especiales. Es decir, “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 régimen de prima media. 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 prima media con prestación definida”. [16]

Finalmente, cabe anotar que el conjunto de cuentas de ahorro pensional integran un fondo de pensiones administrado por entidades privadas especializadas que forman parte del sistema financiero, sobre las cuales el Estado ejerce únicamente inspección y vigilancia.

A manera de conclusión, puede afirmarse que el sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, y en las correspondientes disposiciones que la modifican o adicionan, se estructura y organiza bajo dos regímenes solidarios:

(i) el régimen de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad, cada de uno de los cuales presenta particulares características. El primero de ellos, hace referencia al sistema de financiación de pensiones administrado por el ISS, en el que los aportes de cada afiliado integran un fondo común con el cual se financian todas las pensiones. En este régimen el derecho a la pensión se obtiene únicamente cuando el afiliado cumple los requisitos de edad y tiempo de cotizaciones previsto en la ley. El segundo, a diferencia del anterior, corresponde a un sistema en el que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual, administrada por la AFP a la cual se encuentre afiliado el usuario, y el derecho a dicha prestación se obtiene con base en el capital depositado en la respectiva cuenta, sin que para ello sea exigible el requisito de edad o determinado número de semanas de cotización. Cabe destacar que, hecha la selección inicial a cualquiera de estos regímenes, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de uno a otro, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

7. El régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Recuento jurisprudencial sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima

media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición. Reiteración de jurisprudencia

Debido al tránsito legislativo ocurrido con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el artículo 36 ibídem estableció, con el fin de no vulnerar una expectativa, de un grupo de personas que tenían la legítima expectativa de pensionarse conforme a los requisitos establecidos en la norma anterior, el régimen de transición en favor de cierta categorías de trabajadores.

En cuanto al alcance del régimen de transición, esta Corporación señaló que “la consagración de tales regímenes, le permite al legislador ir más allá de la protección de los derechos adquiridos de las personas, para salvaguardar incluso ‘las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 [de la Carta] que ordena dar especial protección al trabajo.[17]’

Así pues, el artículo 36 de la mencionada ley al regular lo concerniente al régimen de la transición establece que (i) los beneficios que el régimen otorga; (ii) señala qué categoría de trabajadores pueden acceder a dicho régimen, y (iii) define bajo qué circunstancias el mismo se pierde. Acorde con ello, el régimen de transición allí consagrado prevé como beneficio para acceder a la pensión de vejez, que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la misma, sea la establecida en el régimen anterior al cual se encuentre afiliado el trabajador.

Para tal efecto, el legislador contempló que al régimen de transición pertenecen tres categorías de trabajadores a saber: (i) mujeres con treinta y cinco (35) años de edad; (ii) hombres con cuarenta (40) años de edad y (iii) hombre y mujeres que, independientemente de la edad, acrediten quince (15) años o más de servicios cotizados, todos los requisitos debían cumplirse al 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Conforme con lo anterior, para ser beneficiario del régimen de transición pensional, no se requiere cumplir paralelamente el requisito de edad y el de tiempo de servicios cotizados, sino tan solo uno de ellos, pues la redacción disyuntiva de la norma así lo sugiere.

Ahora bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 también regula lo referente a la pérdida del régimen de transición, circunstancia que no se predica respecto de todos los trabajadores beneficiarios de dicho régimen, sino tan solo de dos categorías de ellos, concretamente, de mujeres y hombres que, a 1° de abril de 1994, cumplen con el requisito de edad en los términos de la referida norma.

Así, el inciso 4° de la citada norma señala que “[l]o 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. (Negrilla y subraya fuera del texto original).

De conformidad con los mencionados preceptos, los trabajadores que tengan más de treinta y cinco (35) años si son mujeres y cuarenta (40) años si son hombres, pierden los beneficios del régimen de transición cuando, inicialmente y de manera voluntaria, decide acogerse al régimen de ahorro individual con solidaridad o cuando habiendo escogido el régimen de ahorro individual decide trasladarse al de prima media con prestación definida, pues en estos casos los afiliados deberán necesariamente cumplir los requisitos pensionales exigidos en la Ley 100 de 1993 .

Así las cosas, los sujetos del régimen de transición, tanto por edad como por tiempo de servicios cotizados, pueden elegir libremente el régimen pensional al cual desean afiliarse, pero la elección del régimen de ahorro individual o el trasladado que hagan al mismo, trae como consecuencia ineludible, para el caso de quienes cumplen el requisito de edad, la pérdida de los beneficios del régimen de transición.

Al respecto, la Corte Constitucional sostuvo que, al estudiar una demanda de inconstitucional presentada contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la exclusión de los beneficios del régimen de transición únicamente para las personas que cumpliendo el requisito de edad se acogieron al régimen de ahorro individual o se trasladaron a él, no vulnera la Constitución Política, en la medida en que existe una clara diferencia entre dichos sujetos y quienes tenían 15 años o más de servicios cotizados a 1° de abril de 1994, lo cual justifica y hace razonable un trato diferencial[18].

En efecto, la Corte consideró justificado el hecho de que los afiliados que cumplieran 15 años o más de servicios cotizados mantuvieran las condiciones favorables con las que aspiraban a pensionarse, toda vez que cotizaron el 75% o más de tiempo de trabajo al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993. Así las cosas, encontró razonable que dichos trabajadores no perdieran sus prerrogativas por la circunstancia de haberse trasladado de régimen pensional, pues cuentan con un nivel alto de contribución al sistema.

Bajo esa orientación, se declaró la exequibilidad condicionada de los incisos 4° y 5° de la Ley 100 de 1993, en cuanto se entienda que su contenido no aplica para las personas que tenían 15 años o más de servicios cotizados para la fecha en que entró en vigencia en Sistema General de Pensiones. Es decir, que únicamente esta categoría de trabajadores no pierde el régimen de transición por el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual, pudiendo hacerlo efectivo una vez retornen al régimen de prima media con prestación definida. Para tal efecto, se fijaron dos importantes condiciones, a saber: (i) que al regresar nuevamente al régimen de prima media se traslade a él todo el ahorro efectuado en el régimen de ahorro individual y (ii) que dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En cuanto a la oportunidad para realizar el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se entendió que la prohibición contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, 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”. Así pues, solo quienes cumplen el requisito de tiempo de servicio cotizado pueden retornar sin límite temporal al régimen de prima media[19].

Finalmente, es importante mencionar que, en virtud de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 superior, la aplicación del régimen de transición no es indefinida. En efecto, a través de dicho acto legislativo, el Congreso de la República fijó un límite temporal, en el sentido de señalar que, “el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no

podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014. Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen”.

8. Caso concreto

En el presente asunto, el señor José María Botero Gómez solicita la protección de sus garantías constitucionales a la seguridad social, a la vida y al mínimo vital, las cuales considera vulneradas por el Fondo de Pensiones y Cesantía Provenir S.A., al negarle el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, a pesar de que el cambio de régimen inicial se efectuó sin la debida autorización que para ello se requiere.

El accionante manifiesta que realizó aportes a pensión en el Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, desde el año 1973 y que, en el año 2000, mediante formulario No. 01347451, autorizó el traslado de sus cesantías a Porvenir S.A., entidad que a su vez reubicó, sin su autorización, los aportes a pensiones.

Al respecto, sostiene que en efecto en el formulario quedó explícita su voluntad de cambiar, única y exclusivamente, sus cesantías de administradora, toda vez que el representante de Porvenir así lo especificó al colocar en la casilla inferior derecha, la cual hace alusión a la voluntad del afiliado, el sello de “cesantías”. Bajo ese entendido, considera que el actuar de la entidad vulnera sus derechos fundamentales, pues se efectuó un traslado no autorizado que le ocasiona un perjuicio grave e inminente a su derecho de acceder al reconocimiento pensional.

Informa que solicitó ante la entidad accionada el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida para hacer efectivo sus beneficios pensionales, sin embargo la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones no accedió a su petición bajo el argumento que le falta menos de diez (10) años para cumplir con la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que, además, no tenía los quince (15) años de servicios cotizados al 1° de abril de 1994.

Ante la negativa del traslado por parte de la AFP Porvenir S.A., presentó acción de tutela en aras de obtener el cambio de régimen, la cual fue negada en primera y segunda instancia al considerar que el mecanismo de amparo no cumple con los presupuestos jurisprudenciales de procedencia de la acción, toda vez que en ella no se demostró el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

En primer lugar, es importante destacar que, tal y como se advirtió en las consideraciones generales, la existencia de recursos o medios de defensa judiciales hacen, en principio, improcedente la acción de tutela a menos que se presente la acción como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En esos casos, se debe demostrar que el perjuicio que se pretende evitar con el mecanismo de amparo afecta o coloca en inminente y grave riesgo derechos fundamentales como la vida, la seguridad social, y el mínimo vital lo que hace imperiosa la intervención del juez constitucional.

Bajo ese supuesto, se tiene que la acción de tutela sometida a estudio resulta ser procedente toda vez que, constituye el medio eficaz para que el señor José María Botero Gómez mantenga vigente, en caso de que los supuestos jurisprudenciales se cumplan, su afiliación a Colpensiones y pueda acceder a los beneficios pensionales. Es de precisar, que esta Sala evidenció que el accionante es una persona de especial protección constitucional por su edad y que, al no tener reconocida su pensión y no contar con alguna fuente de ingresos, tiene desprotegido su mínimo vital y el de su núcleo familiar, por lo que la acción de tutela constituye el medio idóneo para obtener el amparo y pueda resolver su solicitud de afiliación.

Una vez determinada la procedencia de la acción de tutela, entra la Sala Cuarta de Revisión a establecer si el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales del accionante al negarle la prestación reclamada.

Así mismo, de la historia laboral allegada al expediente se infiere que tampoco es beneficiario del régimen de transición por el tiempo cotizado, pues para el 1° de abril de 1994 no contaba con 15 años o más de servicio cotizado, pues el actor tenía tan solo 705.57 semanas cotizadas.

Adicionalmente, ha de señalarse que para la fecha en la que solicitó el traslado de régimen al actor le faltaban menos de diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a la

pensión de vejez, razón por la cual no es posible su traslado de régimen, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con las modificaciones legales que posteriormente le fueron introducidas.

Así las cosas, con fundamento en el criterio jurisprudencial reseñado en esta sentencia, ha de concluirse que el señor José María Botero Gómez, no cumple los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que sea procedente su traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, razón por la cual deberá permanecer en su administradora de pensiones hasta reunir el capital suficiente que financie su pensión de vejez o, en su defecto, obtener la devolución de saldos.

Ahora bien, respecto al aparente traslado involuntario efectuado por la Administradora Provenir S.A. de los aportes a pensión del accionante, precisa la Sala que al observarse con detenimiento el formulario de traslado de aportes, se evidencia que, contrario a lo afirmado en el escrito de demanda, el señor José María Botero Gómez autorizó el traslado de sus cotizaciones a pensión, toda vez que el recuadro que expresa la voluntad del afiliado de escoger de forma libre y espontánea el régimen de ahorro individual con solidaridad y que, a su vez indica que se escoge a Provenir S.A. para que sea la única que administre los aportes pensionales, fue suscrito por el demandante, de lo que infiere que dio su pleno consentimiento para que sus aportes fueran trasladados desde Colpensiones hacia la entidad accionada.

La Sala precisa que si el actor hubiera dado, tal y como lo afirma, su consentimiento para reubicar en Provenir S.A. única y exclusivamente sus cesantías, la casilla del formulario que expresa dicha voluntad debería estar suscrita por el tutelante, sin embargo, en ella solo se encuentra un sello de la administradora.

En conclusión, no podría esta Sala inferir que la mencionada estampilla tenía como único propósito inducir al error al accionante en el entendido de que con la solicitud solo se trasladarían las cesantías, toda vez que el recuadro firmado por el actor expresa, en letra impresa y legible, su voluntad de reubicar los aportes a pensión en dicha entidad, la cual, seguramente, debió ser leída por el actor antes de firmar.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que, según lo que se evidencia, el actor optó por

trasladarse voluntariamente del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, la Sala procederá, por esa circunstancia y al verificarse que no cumple los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, a negar el amparo invocado.

De conformidad con todo lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión revocará el fallo proferido el 12 de septiembre de 2013 por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, el cual confirmó el dictado, el 6 de agosto de 2013, por el Juzgado Veintiocho Civil Municipal de Bogotá que declaró la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, negará la protección solicitada en el mecanismo de defensa.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Veintiocho (28) Civil Municipal de Bogotá, el 6 de agosto de 2013, en primera instancia, y por el Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, el 12 de septiembre de 2013, en segunda instancia, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por José María Botero Gómez contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Provenir S.A. y en su lugar NEGAR la pretensión elevada por el accionante.

Segundo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003; T-648 de 2005; T-1089 de 2005; T-691 de 2005 y T-015 de 2006.

[2] Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004; SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000; T-698 de 2004 y T-827 de 2003.

[3] Sentencia T-983 de 2001.

[4] Decreto 2591 de 1991.

[5] Ver T-332/97.

[6] Ver entre otras, sentencia C-543 de 1° de octubre de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-340 de 21 de julio de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[7] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[8] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[9] Sentencia T-1040 de 2008.

[10] Sentencia C-655 de 2003.

[11] Sentencia T-176 de 2011.

[12] Consultar, entre otras, las sentencias T-628 de 2007, T-1040 de 2008, T-777 de 2009, T-880 de 2009 y T-176 de 2011.

[13] Sentencia T-431 de 2009.

[14] La Ley 979 de 2003 modificó las disposiciones originales de la Ley 100 de 1993 relativas al campo de aplicación del sistema general de pensiones, sus características, los afiliados obligatorios al sistema de pensiones, las normas sobre cotizaciones, los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media y el monto de la misma, las reglas del régimen de transición, los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros aspectos relevantes.

[15] “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

[16] Corte Constitucional, Sentencia SU-062 de 3 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[17] En la sentencia C-613 de 1996 se dijo expresamente que: “...el régimen de transición no constituye un derecho adquirido o algo parecido, sino la expectativa legítima que tiene una persona de acceder a una pensión de vejez con los requisitos previstos en él, sin que ello implique renuncia del legislador a modificar las condiciones y requisitos en la forma como se otorga una pensión, en razón a que el legislador con fundamento en su libertad de configuración normativa frente al tema de los requisitos pensionales, no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado...”.

[18] Ver Sentencia C-789 de 2000.

[19] Sentencia C-1024 de 2004.