

Sentencia T-318/20

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA EN PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento y pago mientras justicia ordinaria se pronuncia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Requisitos

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE VEJEZ-Concepto, naturaleza y protección constitucional

REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA Y REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Características según la ley 100 de 1993

PENSION MINIMA DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Requisito

DERECHO A LA PENSION MINIMA DE VEJEZ-Orden a Fondo de Pensiones, reconocer y pagar de forma transitoria la pensión mínima, por cuanto accionante cumple requisitos

Referencia: Expediente T-7.638.470

Acción de tutela instaurada por José Roberto Díaz Sarmiento en contra de la AFP Porvenir S.A.

Magistrada Ponente:

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veinte (2020)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alberto Rojas Ríos, José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales proferidas en primera instancia por el Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. el quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019) y en segunda instancia por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá D.C. el veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019), en el proceso de tutela de la referencia.

La acción de amparo fue seleccionada para revisión por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez de la Corte Constitucional<sup>1</sup> mediante Auto proferido el treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019), notificado por estado el trece (13) de noviembre de la misma anualidad.

## I. ANTECEDENTES

El señor José Roberto Díaz Sarmiento, mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital y a la “Protección de la Tercera Edad”, por cuanto la AFP Porvenir S.A. se niega a realizar el estudio de fondo de la solicitud de reconocimiento transitorio de la pensión de vejez a la que considera tiene derecho al argumentar que actualmente se encuentra en trámite un recurso extraordinario de casación mediante el cual se debe definir la validez del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se efectuó en el año 2000.

### 1. La demanda

1.1. El accionante afirma que tiene 63 años y sufre de “Paraparesia espástica”, enfermedad que indica es “degenerativa de la médula espinal caracterizada por paraplejía o paraparesia, y rigidez o espasticidad, con un excesivo tono muscular o hipertoniá, que debilita principalmente las 2 piernas”<sup>2</sup> .

1.2. El actor manifiesta que actualmente se encuentra desempleado, no cuenta con ningún ingreso económico, por su estado de salud depende de un bastón canadiense para poder movilizarse y su enfermedad “no tiene cura”.

1.3. El señor José Roberto Díaz Sarmiento indica que a la fecha cuenta con más de mil quinientas semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en pensiones. Por lo anterior, solicitó a la AFP Porvenir S.A. el reconocimiento transitorio y pago de su pensión de vejez<sup>3</sup>.

No obstante, el fondo accionado se niega a tramitar la solicitud impetrada por el actor al argumentar que actualmente se encuentra en curso un recurso extraordinario de casación mediante el cual se debe definir la validez del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad<sup>4</sup>, que hiciera el accionante en el año 2000.

1.4. Sobre lo anterior, el demandante informa que inició un proceso ordinario laboral con la pretensión principal de que se declare la nulidad de su traslado al RAIS y así “poder retornar a COLPENSIONES en donde obtendría un valor de pensión al menos tres veces mayor al que le ofrece la AFP PORVENIR”<sup>5</sup>.

El proceso ordinario fue conocido en primera instancia por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., autoridad judicial que declaró la nulidad del traslado y ordenó que para todos los efectos se tuviera al accionante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES<sup>6</sup>.

En segunda instancia, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. revocó la anterior decisión y resolvió que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad era válido<sup>7</sup>. Contra el anterior fallo el actor formuló recurso extraordinario de casación y a la fecha de la formulación de la acción de tutela de la referencia se encontraba pendiente de ser concedido por el juez competente y, posteriormente, enviado a la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup>.

Por lo anterior, el señor José Roberto Díaz Sarmiento, por medio de su apoderado judicial, requirió el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital y a la “Protección de la Tercera Edad”. En esa medida, solicitó: i) “Ordenar en forma transitoria a la AFP PORVENIR, que reconozca y pague el derecho adquirido a la PENSIÓN DE VEJEZ, incluyendo en nómina de pensionados al accionante, mientras que el Tribunal Superior de Bogotá D.C., concede el recurso extraordinario de casación y, en caso de ser concedido, mientras lo resuelve la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, recurso que va encaminado EXCLUSIVAMENTE a decidir si es nulo el traslado de régimen hecho hacia la AFP PORVENIR”<sup>9</sup>.

## 2. Contestación de la demanda

Mediante Auto del cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019) el Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó correr traslado a la AFP Porvenir S.A. para que se pronunciara sobre los hechos y pretensiones de la demanda. Asimismo, decidió vincular al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., al Hospital Universitario Clínica San Rafael, a la Fundación Instituto Neurológico de Colombia y a COMPENSAR EPS.

### 2.1. Hospital Universitario Clínica San Rafael

El Hospital Universitario Clínica San Rafael, mediante escrito del diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019)<sup>10</sup>, se refirió a los hechos y pretensiones de la acción de tutela y solicitó su desvinculación del proceso objeto de revisión por falta de legitimación en la causa por pasiva.

El representante legal de la clínica vinculada afirmó que, según el informe del área de salud, el último servicio prestado por esa entidad al accionante fue el de “consulta externa de otorrinolaringología”, el 5 de octubre de 2010.

El Hospital Universitario indicó que en esa oportunidad se registró en la historia clínica del actor la siguiente información: “paciente con diagnóstico de mielopatía (sic), asiste a control, paciente estable sin nuevo deterioro, ni nuevos síntomas en tratamiento por rehabilitación con baclofen y toxina botulínica, última hace 2 meses sin complicaciones aplicada en la Clínica del Bosque, no hay otras alteraciones neurológicas, se dan recomendaciones y orden para cita de control por fisiatría. Después de esta fecha el paciente no registra más atenciones en nuestra institución”<sup>11</sup>.

El interviniente adujo que esa entidad brinda los servicios en salud siempre y cuando: (i) formen parte de la red de prestadores de salud de la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente por medio de un contrato vigente; (ii) cuenten con el servicio requerido habilitado; y (iii) se expidan las autorizaciones respectivas dirigidas a esa entidad.

En esa medida, el Hospital Universitario Clínica San Rafael aseguró que es la EPS a la que se encuentra afiliado el accionante quien debe garantizar la prestación del servicio médico. Por lo anterior, solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y se le desvincule de la presente acción de tutela.

## 2.2. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. indicó que la decisión

proferida en segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral fue adoptada con base en los presupuestos probatorios, legales y jurisprudenciales que rigieron el caso, sin que en ningún momento se le haya desconocido derecho fundamental alguno al peticionario<sup>12</sup>.

Asimismo, la referida Sala Laboral afirmó que no incurrió en ninguna vía de hecho y, por lo mismo, no es posible enmarcar el presente asunto dentro de las causales de procedibilidad señaladas para tal efecto por la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-590 de 2005<sup>13</sup>.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. informó que el 28 de junio de 2019 se concedió el recurso extraordinario de casación en el proceso ordinario laboral, decisión que se notificó por estado el 4 de julio de 2019, por tanto, el expediente se encuentra en turno para ser remitido a la Corte Suprema de Justicia para ese efecto.

Finalmente, la autoridad judicial informó que, el 10 de julio de 2019, la Secretaría Judicial de esa corporación remitió al Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. el listado de las actuaciones que arroja el Sistema de Información Siglo XXI del proceso ordinario laboral No. 007-2017-00447-01 de José Roberto Díaz Sarmiento contra COLPENSIONES y otros, incluidas las copias de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia en ese proceso y del auto que concedió el recurso extraordinario de casación.

### 2.3. Caja de Compensación Familiar COMPENSAR

El diez (10) de julio de dos mil diecinueve (2019)<sup>14</sup> la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR, autorizada legalmente para funcionar como Compensar EPS presentó

contestación a la acción de amparo objeto de revisión y solicitó al juez de instancia su desvinculación de la tutela al no encontrarse legitimada en la causa por pasiva para tramitar las pretensiones del accionante.

Respecto de los hechos y pretensiones de la tutela, la autoridad interviniente manifestó que no era responsable de la vulneración de los derechos fundamentales que alega el accionante pues no ha incurrido en ninguna acción u omisión en relación con la circunstancia fáctica descrita en esta oportunidad.

La interviniente indicó que el peticionario recibe los servicios de salud por parte de esa entidad en calidad de beneficiario. Asimismo, Compensar EPS informó que el actor padece de “PARAPLEJIA ESPÁSTICA” y se encuentra recibiendo tratamiento por especialidad de Fisiatría.

El representante legal de Compensar EPS señaló que al señor José Roberto Díaz Sarmiento se le ha brindado el tratamiento adecuado que requiere para el manejo de sus patologías; sin embargo, aclaró que la competencia para emitir un informe pormenorizado del estado de salud del accionante recae sobre la IPS adscrita a esa entidad.

Por lo anterior, Compensar EPS solicitó su desvinculación del presente tramite tutelar al no existir legitimación en la causa por pasiva.

#### 2.4. Porvenir S.A.

En escrito dirigido al juez de primera instancia<sup>15</sup>, la representante del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. informó que actualmente se encuentra en curso un proceso ordinario mediante el cual el extremo activo propende por la nulidad de su afiliación. Asimismo,



Porvenir S.A. indicó que dentro de dicho proceso el accionante formuló recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido el 28 de junio de 2019.

El fondo de pensiones y cesantías accionando argumentó que de efectuarse el eventual reconocimiento pensional solicitado por el actor se afectaría el cumplimiento de la orden judicial a proferirse por el juez de instancia, si luego se accede a la solicitud de nulidad de la afiliación al desatar el recurso extraordinario de casación.

La representante de Porvenir S.A. precisó que al conceder las pretensiones del actor se desconocerían los presupuestos para obtener la pensión de vejez dentro del RAIS, el cual como único requisito exige contar con el capital suficiente para financiar dicha prestación.

Aunado a lo anterior, el accionado arguyó que reconocer la pensión de vejez al peticionario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pues, de proceder la casación, el señor José Roberto Díaz Sarmiento tendría derecho a trasladarse a COLPENSIONES y a acceder en dicho régimen a un beneficio pensional; sin embargo, la cuenta estaría notoriamente descapitalizada; circunstancia esta que iría en contravía de los principios del Estado Social de Derecho, a saber, primacía del interés general sobre el particular.

Porvenir S.A. afirmó que la presente acción de tutela es improcedente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que existe otro medio judicial (proceso ordinario laboral) a través del cual el actor puede obtener lo pretendido en esta oportunidad y que actualmente se encuentra siendo objeto del recurso extraordinario de casación formulado con anterioridad, sin que a la fecha se haya proferido sentencia que resuelva la controversia planteada.

Así las cosas, el fondo demandado insistió en que el actor debe esperar a que mediante recurso extraordinario de casación se resuelva si le asiste el derecho de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; y en consecuencia, acceder al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES.

Finalmente, la representante del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. indicó que el actor no cuenta con el capital suficiente para financiar una pensión de vejez. Por todo lo anterior, solicitó “declarar improcedente la presente acción de tutela, toda vez que se contraría frente a lo dispuesto en el Proceso Ordinario (sic)”<sup>16</sup>.

#### 2.4. Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES

Mediante escrito del dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)<sup>17</sup> la Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la tutela y solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

COLPENSIONES afirmó que legalmente solo puede conocer de asuntos relativos a la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional. En esa medida, manifestó que no tiene competencia administrativa ni funcional para resolver lo pretendido por el accionante al estar válidamente afiliado a la AFP Porvenir S.A.

La Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES concluyó que no tiene responsabilidad en la vulneración alegada por el actor. Por lo anterior, solicitó que se “Disponga expresamente en el fallo de tutela la DESVINCULACIÓN POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la entidad que represento, en los términos

señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012”.

### 3. Sentencias objeto de revisión

Mediante providencia del quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019) el Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. resolvió “NEGAR el amparo constitucional de los derechos invocados por JOSÉ ROBERTO DÍAZ SARMIENTO identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.265.857, conforme lo motivado en la parte supra de esta decisión constitucional”.

No obstante lo anterior, el juez de primera instancia desarrolló argumentos sobre el incumplimiento del principio de subsidiariedad al manifestar que no es posible estudiar de fondo lo debatido en esta oportunidad, ni anticipar una posición al respecto, pues el reconocimiento pensional que invoca el accionante aun es objeto de estudio por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, autoridad que se encuentra pendiente de pronunciarse como órgano de clausura de la jurisdicción ordinaria laboral.

El a quo advirtió que un análisis del caso concreto en sede constitucional supliría el debate probatorio que debe surtirse en las instancias propicias pues la acción de tutela no se puede ejercer como una tercera instancia o recurso paralelo a los procesos cuyo conocimiento exclusivo corresponde a los funcionarios competentes.

Para el Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. el accionante no demostró la existencia de un riesgo próximo que resulte irremediable y que,

efectivamente lesione sus derechos fundamentales. Lo anterior, al argumentar que “no es suficiente con lo expresado en el escrito de tutela para considerarse la presencia de una amenaza cierta, que permita establecer la configuración de un perjuicio irremediable y a su vez amerite el amparo constitucional y la imposición de medidas urgentes, pues si bien el trámite contemplado en la jurisdicción ordinario-laboral, puede resultar dispendioso o engorroso, no por ello, debe inferirse, como pretende el tutelante, que se está ante una amenaza de un derecho de rango constitucional”<sup>18</sup>.

### 3.2. Impugnación

El señor José Roberto Díaz Sarmiento, mediante apoderado judicial, presentó escrito de impugnación contra la sentencia del quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. al considerar que la referida decisión vulnera sus derechos fundamentales.

El accionante afirmó que el recurso extraordinario de casación, concedido el 28 de junio de 2019 y que se encuentra en turno para ser resuelto por la Corte Suprema de Justicia, no es idóneo para garantizar su derecho fundamental al mínimo vital, pues padece de una enfermedad degenerativa que le ocasiona una situación de discapacidad al afectar sus miembros inferiores y comprometer su movilidad.

El actor indicó que ser beneficiario del sistema de salud prueba la ausencia de recursos económicos propios para cubrir sus necesidades y proveerse el sustento diario en condiciones dignas. En ese sentido, el peticionario aseguró que “someterlo a una espera de más de 5 años privado de su mesada pensional, mientras le definen la entidad responsable del pago de la pensión, claramente vulnera su derecho fundamental al MÍNIMO VITAL”<sup>19</sup>.

El señor José Roberto Díaz Sarmiento manifestó que en el proceso ordinario laboral no se discute su derecho pensional pues está probado que tiene 63 años y cuenta con mil quinientas noventa y cinco semanas cotizadas. En esa medida, la Corte Suprema de Justicia, en al menos cinco (5) años, se debe pronunciar frente a la validez del traslado al RAIS y no sobre su pensión de vejez.

El accionante afirmó que Porvenir S.A. debe reconocer y pagar su pensión pues es la responsable de los seguros de invalidez, vejez y muerte. Por lo anterior, solicitó que de forma transitoria se proteja su derecho al mínimo vital y se ordene al fondo accionado incluirlo en nómina de pensionados hasta que se resuelva el recurso extraordinario de casación.

### 3.3. Segunda instancia

El Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia del veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019) resolvió confirmar el fallo impugnado al argumentar que la acción de tutela no procede para ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez, pues este tipo de controversia debe ser resuelta ante la jurisdicción ordinaria laboral o contenciosa administrativa según el caso.

El juez de segunda instancia afirmó que en el presente caso no se han agotado todos los mecanismos legales pues actualmente se encuentra en trámite el recurso extraordinario de casación laboral interpuesto en contra de la sentencia dictada el 20 de febrero de 2019. En esa medida, el asunto inexorablemente cae en la hipótesis de improcedencia de que trata el inciso 3 del artículo 86 superior.

El ad quem recordó que el juez de tutela no está facultado para anticipar el contenido de

aquellas decisiones que, por mandato legal, son de competencia exclusiva de los jueces colegiados.

Por lo anterior, el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá D.C., resolvió “CONFIRMAR el fallo de 15 de julio de 2019, proferido por el Juzgado 68 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá”.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

Esta Sala Séptima de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Asunto objeto de revisión y problemas jurídicos a resolver

El señor José Roberto Díaz Sarmiento, mediante apoderado judicial, formuló acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital y a la “Protección de la Tercera Edad”, por cuanto la AFP Porvenir S.A. se niega a tramitar una solicitud impetrada ante esa entidad para el reconocimiento de la pensión de vejez a la que considera tiene derecho al argumentar que actualmente se encuentra en trámite un recurso extraordinario de casación mediante el cual se debe definir la validez del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En particular, el actor señaló que su derecho a la pensión no está en discusión pues tiene 63 años y un total de mil quinientas noventa y cinco semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en pensiones. Por lo anterior, sostuvo que cumple con todos los requisitos para acceder a su pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, respecto a la demanda ordinaria laboral adelantada por el accionante en contra de COLPENSIONES y otros, se tiene que este proceso fue iniciado en julio del 2017<sup>20</sup>, y solo hasta el 11 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de juzgamiento en primera instancia, en la que se declaró la nulidad de la afiliación y del traslado del señor José Roberto Díaz Sarmiento del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Dicha decisión fue revocada en sentencia del 20 de febrero de 2019. El apoderado de la parte demandante interpuso recurso extraordinario de casación el cual se concedió el 28 de junio de 2019<sup>21</sup>, por lo tanto el expediente se encuentra en turno para ser remitido a la Corte Suprema de Justicia para ese efecto.

Al estudiar el caso, los jueces de tutela negaron el amparo al considerar que la acción no procedía por no cumplir con el requisito de subsidiariedad. Lo anterior, al estimar que era un asunto que debía ser resuelto por la jurisdicción laboral. En esa medida, el accionante debe esperar a que se surta el referido recurso extraordinario de casación. Asimismo, Porvenir S.A. informó en la contestación de la tutela que con el capital existente en la cuenta individual del accionante no es posible financiar una pensión de vejez.

Así las cosas, a continuación la Sala determinará si procede la tutela de forma transitoria o definitiva para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos planteados por el accionante y en atención a las situaciones fácticas esbozadas. En caso de ser procedente la acción de amparo de la referencia, se planteará el problema jurídico a resolverse para analizar de fondo el asunto.

### 3. Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

#### 3.1. Legitimación en la causa por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es el mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

A su vez, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 indica que el recurso de amparo podrá ser ejercido por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien podrá actuar (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso.

En el caso objeto de revisión, a partir del poder especial otorgado por el ciudadano José Roberto Díaz Sarmiento a su abogado que obra en el expediente<sup>22</sup>, se acredita que este último se encuentra legitimado para actuar en nombre del peticionario en la acción de tutela de la referencia. La Sala también encuentra que el actor está legitimado para ejercer el amparo deprecado por cuanto es el titular de los derechos presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

#### 3.2. Legitimación en la causa por pasiva.

Los artículos 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991 consagran contra quiénes se puede dirigir la



acción de amparo. Así, la tutela se puede invocar contra una autoridad pública o, en ciertos casos, un particular, que haya vulnerado o amenazado algún derecho de rango constitucional fundamental.

Para la Sala, Porvenir S.A. se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción de tutela, dada su calidad de ente privado respecto del cual el accionante se encuentra en estado de indefensión al ser el fondo pensional encargado del reconocimiento de las prestaciones que hacen parte del derecho a la seguridad social, y a quien se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión, al negarse a tramitar la solicitud de reconocimiento transitorio de la pensión de vejez a su afiliado.

Respecto del Juzgado Séptimo Laboral de Circuito Judicial de Bogotá D.C., el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, el Hospital Universitario Clínica San Rafael, la Fundación Instituto Neurológico de Colombia y COMPENSAR EPS, vinculadas mediante Auto del 4 de julio de 2019 por el juez de primera instancia, la Sala advierte que no están legitimados por pasiva para actuar en este proceso pues dentro de sus funciones y competencias no se encuentra la de reconocer la pensión de vejez solicitada en esta oportunidad, ni el accionante se halla en estado de indefensión frente a las mismas. Por lo anterior, no se puede predicar la vulneración de los derechos fundamentales del actor por acción u omisión de dichas entidades.

Finalmente, la Sala concluye que de la certificación expedida por Porvenir S.A., el 3 de septiembre de 2018, se verifica que el señor José Roberto Díaz Sarmiento se encuentra afiliado al referido fondo de pensiones (antes Horizonte S.A.) desde el año 2000. En esa medida, no le asiste a COLPENSIONES el deber legal de reconocer la pensión de vejez a nombre del accionante al no encontrarse afiliado a esa entidad, careciendo de legitimación en la causa por pasiva en la presente acción de tutela.

### 3.3. Subsidiariedad.

El artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo judicial subsidiario y residual<sup>23</sup>, que procederá “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”.

En esa medida, la tutela “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”<sup>24</sup>. Así las cosas, se debe entender que este mecanismo constitucional no fue diseñado para suplir los procesos ordinarios dispuestos por el legislador para dar solución a las controversias de los ciudadanos<sup>25</sup>.

A partir de lo anterior, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece de manera clara que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela ocurre “[cuando] existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

En todo caso, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias específicas del caso objeto de análisis para determinar si los medios o recursos de defensa judicial existentes son idóneos para solucionar la situación del accionante.

La jurisprudencia de esta Corporación, en atención a lo dispuesto en el referido artículo 6, ha establecido dos excepciones a la improcedencia del recurso de amparo por subsidiariedad.

Así, en la Sentencia T-387 de 2018 esta Corte reiteró que:

“i) Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable”. En estos casos, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para discernir el caso o esta resuelve definitivamente el asunto y, momentáneamente resguarda sus intereses, y

ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva. En este evento, la Corte ha indicado que el análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinada por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante”<sup>26</sup>.

En síntesis, la acción de tutela procederá, así existan medios ordinarios de defensa judicial que se encuentren disponibles, cuando (i) los mecanismos ordinarios no tengan la virtualidad de conjurar el perjuicio irremediable al que se enfrenta el accionante, caso en que el amparo se concederá de manera transitoria y (ii) los medios de defensa judicial no tengan la capacidad de proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona<sup>27</sup> (ineficaces), para lo cual procederá el amparo de manera definitiva<sup>28</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que, con fundamento en el principio de subsidiariedad, la tutela no procede frente a reclamaciones de tipo laboral o pensional pues dichos asuntos se deben ventilar en la jurisdicción ordinaria, escenario idóneo en esos casos<sup>29</sup>.

No obstante, esta Corporación ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección de derechos de contenido prestacional, como son las acreencias pensionales, cuando se evidencia que el caso analizado se ajusta a alguna de las siguientes reglas:

“(i) como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario<sup>30</sup>;

(ii) como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia<sup>31</sup> y,

(iii) cuando la tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos<sup>32</sup>”.

Aunado a lo anterior, esta Corporación ha indicado que, en materia pensional, para que la tutela sea procedente cuando quien solicita el amparo es una persona en situación de vulnerabilidad o sujeto de especial protección constitucional, se deben acreditar las siguientes condiciones al momento de estudiar pretensiones que impliquen el otorgamiento de una pensión por vía de tutela<sup>33</sup>. A saber:

“a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.

b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.

c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.

d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”<sup>34</sup>.

Así las cosas, a partir de las anteriores reglas jurisprudenciales, la Sala Séptima de Revisión procederá a realizar la valoración de las circunstancias particulares del presente caso, a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la acción constitucional de cara al principio de subsidiariedad.

i) En primera medida, se destaca que, en el caso objeto de revisión, se pretende la protección de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional. En efecto, con fundamento en los hechos relatados en el acápite de antecedentes, se tiene que el señor José Roberto Díaz Sarmiento es un adulto mayor que, si bien no ha sobrepasado la expectativa de vida establecida por el DANE<sup>35</sup> para ser calificado dentro del grupo poblacional de la tercera edad, es una persona de 63 años desempleada que padece de una enfermedad degenerativa “PARAPLEJIA ESPÁTICA”, patología que le genera serios problemas de movilidad, y se encuentra recibiendo tratamiento por especialidad de Fisiatría<sup>36</sup>, lo cual lo ubica en una situación de vulnerabilidad que debe ser reconocida por el juez constitucional.

ii) En segundo lugar, se advierte que la ausencia del reconocimiento de la pensión de vejez implica la afectación de las garantías fundamentales del accionante y, en este caso en particular, del derecho al mínimo vital. Lo anterior por cuanto, dada la negativa de Porvenir S.A. de tramitar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, actualmente el accionante no percibe ningún ingreso para procurar su sostenimiento pues se encuentra desempleado debido a sus quebrantos de salud.

iii) Asimismo, estima la Sala que, a partir de los elementos de prueba, se evidencia que el accionante, a través de su apoderado, ha llevado a cabo todas las actividades administrativas ante el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado, con el propósito de ver reconocida en su favor la pensión de vejez. De hecho, a partir de las pruebas documentales aportadas en el proceso, la Sala encuentra que, desde el año 2017, el actor ha presentado diferentes y sucesivas solicitudes a Porvenir S.A. con el fin de lograr el reconocimiento y pago del referido derecho pensional.

No obstante, la administradora accionada se niega a dar trámite a la petición de reconocimiento y pago de su mesada pensional al argumentar que el accionante debe esperar la culminación de una demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y otros, mediante la cual se pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado por el señor José Roberto Díaz Sarmiento al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el año 2000.

A la fecha de la selección del presente proceso para su revisión, el accionante no ha tenido solución respecto de su proceso judicial, pues dentro del mismo se formuló un recurso extraordinario casación, por lo que el expediente se encuentra en turno para ser enviado a la Corte Suprema de Justicia para su respectivo trámite<sup>37</sup>.

Esto demuestra que el actor no sólo ha gestionado el reconocimiento de su pensión ante la administradora de pensiones correspondiente, sino que ha desplegado las acciones ordinarias pertinentes para obtener una solución sobre la nulidad del traslado de régimen alegada y, de esta manera, Porvenir S.A. proceda al estudio de la acreencia pensional solicitada, sin obtener respuestas eficaces.

iv) Por último, se advierte que en el caso concreto, la acción de tutela resulta ser el mecanismo más eficaz para lograr la protección de las garantías constitucionales del peticionario. Lo anterior, teniendo en cuenta que, si bien existen los mecanismos judiciales para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, lo cierto es que éstos no resultan lo suficientemente idóneos y expeditos para dar una solución pronta que garantice la protección de los derechos al mínimo vital y la seguridad social del accionante.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el reconocimiento de su derecho pensional se ha visto suspendido en el tiempo por una demanda ordinaria laboral que tiene como pretensión que se declare la nulidad de un traslado de régimen; circunstancia esta que alega Porvenir S.A. para no dar el trámite administrativo correspondiente a la petición del accionante.

En el presente asunto, Porvenir S.A. se niega a iniciar el trámite administrativo de reconocimiento pensional, y en el proceso judicial iniciado en julio de 2017 se formuló un recurso extraordinario de casación, el cual se encuentra en turno para ser enviado a la Corte Suprema de Justicia, y cuya resolución puede tardarse hasta cinco años, dada la congestión judicial que atraviesa esa Corporación<sup>38</sup>.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los antecedentes fijados en esta providencia, es evidente que el proceso judicial adelantado ante la justicia ordinaria laboral, cuyas pretensiones son completamente diferentes al pretendido reconocimiento de la pensión de vejez, ha demostrado ser mecanismo idóneo para la protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales del accionante en este caso particular.

En suma, se acredita que el accionante cumple con las reglas jurisprudenciales enunciadas anteriormente para entender cumplido el requisito de subsidiariedad, pues (i) los medios de defensa judiciales a disposición del actor para garantizar su derecho a la pensión de vejez no se muestran idóneo ni eficaz frente a sus circunstancias específicas; (ii) el derecho a la pensión de vejez del accionante no es objeto de discusión dentro del proceso ordinario laboral; y (iii) pese a que la pretensión del recurso extraordinario de casación en curso es que se declare la nulidad de un traslado de régimen efectuado en el año 2000, se ha configurado en una barrera para que Porvenir S.A. realice el estudio de fondo sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante.

Teniendo en cuenta las circunstancias del caso, para la Sala Séptima de Revisión la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio y excepcional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, específicamente al tratarse de una persona de 63 años, en circunstancias económicas precarias y graves problemas de salud, que además, ha efectuado todos los trámites a su disposición para lograr que Porvenir S.A. realice el estudio de su solicitud de pensión de vejez.

Así las cosas, en el asunto objeto de revisión se evidencia el cumplimiento de los presupuestos jurisprudenciales para la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio en tanto: (i) existe una afectación inminente y actual de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social como elemento temporal respecto del daño-; (ii) las circunstancias especiales del actor requieren tomar medidas urgentes para prevenir un perjuicio irremediable o restablecer sus garantías fundamentales; (iii) la gravedad del perjuicio es tal que repercute en las condiciones materiales de existencia del accionante como sujeto de especial protección constitucional; y (iv) el carácter impostergable de las medidas hace necesaria y urgente la intervención excepcional del juez de tutela para la efectiva protección de los derechos en riesgo, teniendo en cuenta la edad del tutelante y sus problemas de salud.



### 3.4. Inmediatez

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, esta Corporación ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la acción de tutela se puede interponer “en todo momento y lugar” y, por ende, no tiene término de caducidad<sup>39</sup>. No obstante lo anterior, dada su naturaleza como mecanismo para la “protección inmediata”<sup>40</sup> de los derechos fundamentales, se entiende que su finalidad es la de dar una solución de carácter urgente a las situaciones que tengan la potencialidad de generar una vulneración o amenaza a garantías fundamentales.

Así, el juez constitucional debe analizar las circunstancias del caso para establecer si existe un plazo razonable entre la formulación de la tutela y el momento en el que se generó el hecho o la omisión que vulnera los derechos fundamentales para determinar si se cumple con el requisito de inmediatez.

La Corte ha establecido en su jurisprudencia ciertos elementos para establecer la razonabilidad del término en el que fue interpuesta la acción<sup>41</sup>, tales como (i) la existencia de razones válidas para la inactividad, (ii) la permanencia del daño causado a los derechos fundamentales y (iii) cuando la carga de interposición de la tutela en un plazo razonable resulta desproporcionado, dada la situación de debilidad manifiesta del accionante<sup>42</sup>.

Aplicadas estas reglas al caso bajo estudio, encuentra la Sala que el accionante radicó solicitud de liquidación y proyección de su mesada pensional ante Porvenir S.A. en febrero de 2017, posteriormente solicitó al fondo accionado el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, petición que no fue resuelta de fondo según oficio proferido por la entidad accionada en marzo de 2018.

Así las cosas, se tiene que hasta la fecha de formulación de la presente acción de tutela (julio 2019), el actor no ha podido acceder a la prestación pretendida pues el trámite administrativo que ha debido efectuar Porvenir S.A. para el reconocimiento y pago de su pensión de vejez ha quedado suspendido en el tiempo por más de dos años debido a un proceso ordinario laboral en curso, mediante el cual no se discute el derecho pensional sino la validez de un traslado de régimen.

Como quiera que Porvenir S.A. no ha adelantado el trámite administrativo para el reconocimiento de la pensión de vejez del accionante, así como tampoco ha recibido una respuesta oportuna de parte de la jurisdicción ordinaria con respecto a su pretensión, requisito impuesto por Porvenir S.A. para estudiar de fondo la solicitud de reconocimiento y pago de su derecho, es evidente que el daño causado al accionante permanece en el tiempo, en la medida en que no se ha dado solución a su estatus pensional.

Adicionalmente, se tiene que el señor José Roberto Díaz Sarmiento es un adulto mayor<sup>43</sup> que sufre de graves padecimientos de salud. En esa medida, es claro que el actor es un sujeto de especial protección constitucional. Por lo anterior, ha de concluirse que la acción de tutela satisface el presupuesto de inmediatez.

#### 4. Planteamiento del problema jurídico

4.1. Le corresponde a la Sala Séptima de Revisión resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional al mínimo vital y a la

seguridad social, que cumple con los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en los términos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, al condicionar el estudio de su petición de reconocimiento pensional a la resolución de un recurso extraordinario de casación mediante el cual no se discute el derecho pensional?

4.2. Para resolver el problema jurídico, la Sala examinará (i) el derecho a la seguridad social en materia pensional, pensión de vejez y (ii) los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, para finalmente entrar a la solución del caso concreto.

4.2.1. El derecho a la seguridad social en materia pensional, pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 48 de la Carta Política el derecho a la seguridad social se instituyó como un servicio público de carácter obligatorio que debe ser suministrado por el Estado, bajo los términos establecidos por la ley y en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Asimismo, la seguridad social se configura como una garantía de carácter irrenunciable e imprescriptible<sup>44</sup>.

En desarrollo del artículo 48 superior, se expidió la Ley 100 de 1993 mediante la cual se establece el Sistema de Seguridad Social Integral con el fin de garantizar los derechos irrenunciables de toda persona que le permitan obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través del cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, así como la prestación de servicios sociales complementarios<sup>45</sup>.

La referida norma consagra la estructura para ejercer el derecho<sup>46</sup> a la seguridad social,

cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado<sup>47</sup> para la protección de las eventualidades que puedan afectarla. Así, la Ley 100 de 1993 regula las contingencias aseguradas, las instituciones que integran el sistema y los requisitos establecidos para acceder a derechos prestacionales.

Esta Corporación ha definido la pensión de vejez como una prestación económica que garantiza la subsistencia digna de las personas que durante toda su vida laboral cotizaron al Sistema de Seguridad Social<sup>50</sup>. Al respecto, ha señalado:

“En la actualidad la pensión de vejez se define como “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años -, es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”<sup>51</sup>.

Este derecho pensional se concede a quienes cumplen con los requisitos legales establecidos según el régimen aplicable al caso.

El sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios, coexistentes y excluyentes, a saber:

#### a. Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RSMP

Es un régimen solidario donde las cotizaciones y rendimientos de los afiliados van a un fondo

común de naturaleza pública. En ese orden, la administradora está en la obligación de garantizar la pensión, una vez se cumplan los requisitos legales, con el respaldo estatal que garantiza el pago de los beneficios a que se hacen acreedores los afiliados<sup>52</sup>.

El régimen se define como de prestación definida en razón a las condiciones y requisitos para acceder a la pensión. Así, se establece el valor de la pensión según el promedio de los últimos diez años del salario y a una tasa de retorno variable teniendo en cuenta las semanas cotizadas. En caso de que no se cumplan los requisitos para acceder a la pensión el cotizante tiene derecho a una indemnización sustitutiva como compensación<sup>53</sup>.

Inicialmente, la Ley 100 de 1993 en su artículo 31 establecía que para acceder a la pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el afiliado debía acreditar 1000 semanas cotizadas y haber cumplido cincuenta y cinco y sesenta años de edad, las mujeres y los hombres, respectivamente. No obstante, la Ley 797 de 2003 lo modificó estableciendo que a partir del año 2014 la edad se incrementaría a cincuenta y siete y sesenta y dos años, para las mujeres y hombres, respectivamente. En cuanto al número de semanas cotizadas, a partir del año 2005 se aumentó en 50 y a partir del 2006 aumentó en 25 cada año hasta llegar a las 1300 semanas en el año 2015<sup>54</sup>.

#### a. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS

El artículo 59 de la Ley 100 de 1993 lo define como “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”.

Este régimen comprende el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos

rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad que realicen sus afiliados.

Así, el afiliado es titular de una cuenta individual de ahorro manejada por una administradora de fondos de pensiones que centra su efectividad en la acumulación del capital.

Dichas cotizaciones se dividen en (i) los aportes a la cuenta de ahorro individual; (ii) el pago de las primas de seguro para cubrir las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia; (iii) la financiación del Fondo de Solidaridad Pensional; y (iv) el cubrimiento del costo de la administración del fondo<sup>55</sup>.

El conjunto de las cuentas de ahorro individual pasan a formar parte del patrimonio de los afiliados y el fondo tiene la obligación de garantizar una rentabilidad mínima. En todo caso, las actividades desplegadas por las administradoras de los fondos están sujetas a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera<sup>56</sup>.

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la pensión se causa cuando el afiliado cumple con la condición de reunir en la cuenta individual de ahorro el capital requerido para financiar la mesada en una cuantía proporcional a los valores acumulados. En esa medida, este régimen se separa del requisito de la edad y del tiempo de cotizaciones ya que lo determinante es la cantidad cotizada por el trabajador.

Asimismo, la Ley 100 de 1993 establece que en el RAIS los afiliados tienen derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, así como de las indemnizaciones, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ellos hubiere lugar.

En caso de no tener el capital suficiente para obtener la pensión, el sistema prevé un mecanismo de devolución de la totalidad de los saldos. En todo caso, los recursos de las cuentas individuales estarán invertidos en Fondos de Pensiones y el patrimonio de las entidades administradoras debe garantizar el pago de la rentabilidad mínima y el desarrollo del negocio de administración del fondo de pensiones.

El artículo 64 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la referida norma, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Seguidamente, el precepto aclara que en los casos en que el trabajador decida continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre.

En todo caso, el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 le asigna al Estado la obligación de otorgar una garantía de pensión mínima de vejez a quienes después de cumplir con la edad legalmente estipulada y de haber cotizado 1.150 semanas no han alcanzado a generar la pensión mínima correspondiente a un SMLMV.

4.2.2. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993

Ley 100 de 1993 establece la garantía de pensión mínima, en desarrollo del principio de solidaridad<sup>57</sup>, a la cual pueden acceder los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que hayan alcanzado la edad de jubilación pero sus cotizaciones o el monto de las mismas no les permitan obtener la pensión mínima de que trata el artículo 35 de esa norma.

Esta Corporación en la Sentencia T-009 de 2019 citó la definición dada por la Superintendencia Financiera de Colombia, a la pensión mínima contemplada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Así, en esa oportunidad se indicó que “esta garantía se puede definir como el beneficio económico que reconoce el Estado a través de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para aquellos afiliados que a pesar de contar con la edad para pensionarse ( 62 años de edad, en el caso de los hombres y, 57 si son mujeres), no cuentan con el capital necesario para generar una pensión mínima, habiendo cotizado por lo menos 1150 semanas (para lo cual deberán contabilizarse las semanas incluidas en el cálculo del Bono Pensional), caso en el cual el afiliado tendrá derecho a que el Estado le complete la parte que haga falta para obtener una pensión mínima”<sup>58</sup>.

Así las cosas, los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 tendrán derecho al reconocimiento y pago de una pensión mínima de vejez, equivalente al monto de un salario mínimo legal mensual vigente<sup>59</sup>.

Los referidos requisitos para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima consisten en: (i) haber cumplido 62 años de edad si son hombres y 57 años si son mujeres y (ii) tener cotizadas por lo menos 1.150 semanas.

Una vez verificado el cumplimiento de lo establecido en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993,



el Estado debe completar la parte que haga falta para que las personas puedan obtener la pensión mínima<sup>60</sup>, siempre y cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado no sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima<sup>61</sup>.

Por su parte, el artículo 2.2.5.4.2 del Decreto 1833 2016<sup>62</sup> establece que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad la garantía de la pensión mínima se financiará con los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los aportes voluntarios si los hubiere, con el valor de los bonos y/o títulos pensionales cuando a ello hubiere lugar y, cuando éstos se agotaren, con las sumas mensuales adicionales a cargo de la Nación.

Para el pago de las garantías de pensión mínima la administradora de pensiones o la aseguradora que tenga a su cargo las pensiones debe realizar los trámites necesarios en nombre del afiliado ante la Oficina de Bonos Pensionales<sup>63</sup>. En todo caso, el fondo de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la citada Oficina de Bonos Pensionales del derecho a la garantía de pensión mínima, que se deberá efectuar en un plazo no superior a cuatro meses contados a partir del recibo de la solicitud de la pensión<sup>64</sup>.

Sobre el pago de la referida mesada pensional el citado decreto indica que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público establecerá mediante resolución, y previa consulta con la Superintendencia Financiera de Colombia, las fórmulas para el cálculo del saldo de una cuenta individual suficiente para cubrir vitaliciamente una pensión mínima. Lo anterior, en desarrollo del artículo 83 de la Ley 100 de 1993<sup>65</sup>, una vez verificado por parte de la AFP el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 65 de ese cuerpo normativo.

Análisis del caso concreto

En el presente caso, el accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales al considerar que estos fueron vulnerados por la entidad accionada al negarse a tramitar el reconocimiento de su pensión de vejez al argumentar que actualmente se encuentra en curso un recurso extraordinario de casación (proceso ordinario laboral) mediante el cual se cuestiona la validez del traslado efectuado por el actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el año 2000.

A partir del acervo probatorio aportado al expediente original de la acción de tutela, es posible para la Sala establecer lo siguiente:

(i) El accionante cumplió 63 años de edad el 20 de julio de 201966.

(ii) De acuerdo con la historia laboral expedida por Porvenir S.A. el 3 de septiembre de 2018, el actor cuenta actualmente con un total de mil quinientas noventa y cinco semanas de cotización para pensiones en el Sistema de Seguridad Social. Discriminadas de la siguiente manera: a COLPENSIONES (ISS) 738 semanas, a otras administradoras 70 semanas, y a Porvenir S.A. 787 semanas67.

(iii) Porvenir S.A. le informó al accionante que no era posible tramitar la solicitud de pensión de vejez formulada toda vez que existía un recurso extraordinario de casación en curso; circunstancia esta que impedía realizar el estudio pertinente para determinar si el actor cumplía con los requisitos para acceder a la prestación solicitada.

(iv) Al dar contestación a la acción de tutela de la referencia, Porvenir S.A. le manifestó al Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. que con el capital existente en la cuenta de ahorro individual del actor no era posible financiar una

pensión de vejez<sup>68</sup> en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993.

La Sala reitera que el artículo 65 de la Ley 100 de 1993<sup>69</sup> establece que el afiliado (hombre) al Sistema General de Pensiones, indistintamente del régimen, tendrá derecho a una pensión mínima de vejez cuando cumpla los 62 años de edad y hubiese cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150).

Para esta Corporación no es de recibo que la entidad accionada manifieste su imposibilidad para gestionar la solicitud de pensión de vejez de su afiliado hasta que no se surta el trámite del recurso extraordinario de casación en contra de la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. el 20 de febrero de 2019; toda vez que, es incierto el plazo que le puede tomar a la Corte Suprema de Justicia para resolver el referido asunto; circunstancia esta que generaría una vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del actor por causas no atribuibles a este.

La Sala considera que al actor se le vulneró el derecho de petición y, en particular, el derecho a obtener una respuesta clara, precisa y congruente. En efecto, su solicitud se dirigía puntualmente al reconocimiento de su pensión de vejez, por lo que el fondo de pensiones accionado, en ejercicio de sus funciones, ha debido contestar de fondo, en lugar de ello, presentó una respuesta general en la que se limita a indicar que no era procedente tramitar su petición puesto que se encontraba en curso un proceso extraordinario de casación. Ello implicó la ausencia de una respuesta específica frente al contenido de la pretensión ante referida.

Dadas las dilaciones que ha tenido que soportar el demandante dentro del proceso judicial

adelantado ante la jurisdicción ordinaria laboral y teniendo en cuenta que en dicho asunto no se discute su derecho pensional, sino la validez de su traslado al RAIS, encuentra esta Sala que es completamente desproporcionado frente a los derechos fundamentales del accionante exigirle que debe esperar hasta que se resuelva el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia, trámite que podría tardar hasta cinco años dada la congestión judicial que atraviesa esa Corporación, debido a los problemas estructurales de la administración de justicia<sup>70</sup>.

La Sala observa que, desde el espectro de los derechos fundamentales, resulta excesivo que el actor tenga que esperar a que se resuelva el recurso extraordinario de casación para que Porvenir S.A. inicie los trámites administrativos sobre el reconocimiento pensional solicitado en el presente caso, pues desconoce las condiciones de vulnerabilidad del peticionario, tales como, la edad, su estado de salud y la incapacidad de soportar la resolución del recurso extraordinario de casación sin medios de subsistencia, las cuales requieren una atención urgente por parte de la entidad accionada, más aun cuando en dicha instancia la Corte Suprema de Justicia no se pronunciará sobre su derecho a la pensión de vejez. Adicional al hecho de que se pudo demostrar la acreditación de los requisitos legales para acceder a una pensión mínima.

Por todo lo anterior, la Sala considera que en el presente caso la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio por cuanto las vías ordinarias de defensa judicial no impiden la ocurrencia del perjuicio irremediable que enfrenta el actor, conforme a las especiales circunstancias que quedaron demostradas en el presente trámite de revisión. Así, exigirle que aguarde a que la jurisdicción ordinaria resuelva el recurso extraordinario de casación para proceder a realizar el análisis de reconocimiento y pago de su mesada pensional sería demasiado gravoso y generaría la desprotección de sus derechos fundamentales.

En conclusión, existe certeza de que el actor cuenta con 63 años de edad y mil quinientas

noventa y cinco semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en pensiones, por tanto cumple con los presupuestos para el reconocimiento transitorio de la garantía de pensión mínima de vejez, de conformidad con lo normado por el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, con lo cual se resguardan sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y, en adición, se evita la ocurrencia de un perjuicio irremediable por la falta de la prestación social.

Por lo anterior, el señor José Roberto Díaz Sarmiento deberá aportar la declaración juramentada de que trata el artículo 2.2.5.4.3 del Decreto 1833 de 2016. A saber: “(...) el afiliado manifestará bajo la gravedad del juramento que los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima.”, con el fin de que la entidad accionada inicie los trámites de reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima de vejez.

Esta Corporación precisa que la anterior determinación tendrá efectos hasta tanto el juez natural, es decir, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronuncie de manera definitiva frente al recurso extraordinario de casación, como quiera que en la actualidad la sentencia que decidió sobre la validez del traslado del accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se encuentra en firme.

Asimismo, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional aclara que en el evento en que la Corte Suprema de Justicia decida decretar la nulidad del traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordene que para todos los efectos legales se tenga al señor José Roberto Díaz Sarmiento como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, será el juez ordinario laboral la autoridad judicial competente para pronunciarse sobre los valores que por concepto de capital acumulado se deban trasladar al nuevo fondo. Así como, sobre las compensaciones y otras sumas de dineros que se hayan podido causar desde el momento en que el actor cumplió con los requisitos legales para el reconocimiento de su pensión de

vejez.

En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá D.C. el veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019), que confirmó el fallo dictado por el Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. el quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019), mediante el cual se negó el amparo constitucional deprecado por el accionante.

En su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales de petición, al mínimo vital y a la seguridad social del accionante. Por lo tanto, se ordenará a Porvenir S.A. que una vez el accionante aporte a esa entidad la declaración juramentada de que trata el artículo 2.2.5.4.3 del Decreto 1833 de 2016, inicie las gestiones pertinentes ante la Oficina de Bonos Pensionales para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima a nombre del señor José Roberto Díaz Sarmiento. En todo caso, el fondo de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual del accionante, previo reconocimiento del derecho a la garantía de pensión mínima, dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la recepción de la referida declaración juramentada. Lo anterior, en atención a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el accionante.

El reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima a nombre del señor José Roberto Díaz Sarmiento se efectuará de manera transitoria hasta que la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- se pronuncie definitivamente frente al recurso extraordinario de casación correspondiente al proceso ordinario laboral No. 007-2017-00447-01, con fundamento en lo expuesto en esta sentencia y en atención a que el actor cumple con los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

### III. DECISIÓN

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

## RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá D.C. el veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019), que confirmó la decisión del Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C. el quince (15) de julio de dos mil diecinueve (2019), que negó el amparo de los derechos deprecados en la acción de tutela de la referencia. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de petición, al mínimo vital y a la seguridad social del señor José Roberto Díaz Sarmiento.

SEGUNDO.- INSTAR al señor José Roberto Díaz Sarmiento para que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, allegue a Porvenir S.A. la declaración juramentada de que trata el artículo 2.2.5.4.3 del Decreto 1833 de 2016.

TERCERO.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que una vez el accionante aporte a esa entidad la declaración juramentada referida en el ordinal segundo de esta sentencia, inicie las gestiones pertinentes ante la Oficina de Bonos Pensionales para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima a nombre del señor José Roberto Díaz Sarmiento. En todo caso, el fondo de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual del accionante, previo reconocimiento del derecho a la garantía de pensión mínima, dentro del

término de treinta (30) días contados a partir de la recepción de la referida declaración juramentada.

El reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima a nombre del señor José Roberto Díaz Sarmiento se efectuará de manera transitoria hasta que la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- se pronuncie definitivamente frente al recurso extraordinario de casación correspondiente al proceso ordinario laboral No. 007-2017-00447-01, con fundamento en lo expuesto en esta sentencia y en atención a que el actor cumple con los requisitos exigidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese, notifíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado



Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-318/20

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES PENSIONALES-Fue inadecuado el estudio de los requisitos de procedencia (inmediatez y subsidiariedad), para determinar la procedencia del amparo como mecanismo transitorio o definitivo (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE LA GARANTIA DE PENSION MINIMA-No es exigible que el accionante presente la declaración de que trata el artículo 84 de la Ley 100 de 1993 (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES PENSIONALES-No se debió condicionar el amparo transitorio a la resolución del recurso extraordinario de casación (Salvamento de voto)

En el momento en el que la Sala de Casación Laboral emita su decisión perderá efectos el amparo concedido en esta ocasión, y como allí no se debate nada relacionado con el reconocimiento pensional, perderá el derecho y se podría ver expuesto a una situación similar a la que se encontraba.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento salvamento de voto a la providencia proferida en el asunto de la referencia.

1. En esta ocasión, la Sala se ocupó de resolver la acción de tutela que presentó el señor José Roberto Díaz Sarmiento contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al considerar que se vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social, al mínimo vital y a la “Protección de la Tercera Edad”. En este sentido, reprochó que esa entidad no le reconoció de forma transitoria la pensión de vejez a la que considera tiene derecho debido a que se encuentra en trámite un proceso ordinario laboral encaminado a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que efectuó el 22 de julio de 1999.

1. El Juzgado Sesenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá declaró improcedente la acción de tutela al considerar que no se encontraba satisfecho el requisito de subsidiariedad. El Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá confirmó la decisión del a quo, por el mismo motivo que aquel.

1. La Sala Octava de Revisión, por medio de la sentencia T-318 de 2020, revocó las decisiones de instancia y, en su lugar, concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales de petición, al mínimo vital y a la seguridad social del accionante. En consecuencia, le ordenó a Porvenir S.A. que, una vez el peticionario aporte la declaración juramentada de que trata el artículo 2.2.5.4.3 del Decreto 1833 de 2016, inicie las gestiones pertinentes ante la Oficina de Bonos Pensionales para el reconocimiento de su garantía de pensión mínima. En todo caso, aclaró que el fondo de pensiones debía pagar la pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual del accionante dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la declaración juramentada, y que el reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima se efectuará de manera transitoria hasta que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie definitivamente frente al recurso extraordinario de casación que se encuentra en curso.

1. Si bien comparto la conclusión a la que llegó la decisión en torno al cumplimiento de los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima, me veo precisado a salvar mi voto por cuanto considero que existían dudas en relación con la superación de los requisitos de procedibilidad formal de la acción de tutela y que el remedio judicial, tal como quedó presentado, adolece de falencias. A continuación, profundizo acerca de cada uno de estos aspectos:

El análisis de subsidiariedad e inmediatez

1. Como fundamento de su decisión, la Sala consideró que en el presente caso la acción de

tutela era procedente como mecanismo transitorio por cuanto las vías ordinarias de defensa judicial no impedían la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Esto en concordancia con las circunstancias en las que se encuentra el actor. Por ello, explicó que exigirle que espere a que la jurisdicción ordinaria resuelva el recurso extraordinario de casación para proceder a realizar el análisis de reconocimiento y pago de su mesada pensional sería demasiado gravoso y generaría la desprotección de sus derechos fundamentales. En cuanto al fondo del asunto, explicó que existe certeza de que el actor tiene 63 años y 1595 semanas de cotización, por lo que cumple los requisitos para acceder transitoriamente a la garantía de pensión mínima de vejez.

1. De igual modo, es importante tener en cuenta que la sentencia explicó que la acción de tutela procede como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario de defensa carece de idoneidad y eficacia. Más adelante, sin embargo, expresó que en el asunto de la referencia “(i) los medios de defensa judiciales y administrativos a disposición del actor para garantizar su derecho a la pensión de vejez no se muestran idóneo (sic) ni eficaces frente a sus circunstancias específicas”. A pesar de ello, resolvió que en este caso el amparo se debe conceder de forma transitoria, para lo cual efectúa un análisis de los parámetros que ha establecido la Corte sobre ese tema.

1. En mi criterio, la conclusión que presenta la providencia resulta incoherente. Tal como lo menciona la decisión, esta Corporación ha reconocido que una persona puede recurrir a la acción de tutela para obtener una solución definitiva a la problemática en la que se encuentra cuando no existen mecanismos judiciales ordinarios de defensa o cuando, en su defecto, estos no poseen la idoneidad o eficacia necesaria para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados<sup>71</sup>. Asimismo, ha indicado que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio de protección cuando se persigue evitar la consumación un perjuicio irremediable. Esto ocurre cuando la amenaza de lesión es (i) inminente, (ii) requiere de medidas urgentes para ser conjurada, (iii) se trata de un perjuicio grave, y (iv) solamente puede ser evitada a partir de la implementación de acciones impostergables<sup>72</sup>.

1. En esa medida, la Sala no puede sostener, por un lado, que el medio ordinario de defensa no es idóneo y eficaz, con lo cual procedería el reconocimiento de una protección definitiva; y, por el otro, decidir que el amparo debe ser transitorio. Aunado a lo anterior, considero que el análisis que llevó a cabo el fallo en punto de subsidiariedad e inmediatez es inadecuado, debido a que, entre otras cosas, presenta aseveraciones sin un fuerte apoyo probatorio. Sostiene, por ejemplo, que la falta de reconocimiento de la pensión de vejez afecta el mínimo vital del accionante. A pesar de ello, por ejemplo, no existe información acerca de la situación socioeconómica de su núcleo familiar.

1. La sentencia también refirió que desde 2017 “el actor ha presentado diferentes y sucesivas solicitudes a Porvenir S.A. con el fin de lograr el reconocimiento y pago del referido derecho pensional”. No obstante, a partir de la información que obra en el expediente solamente se tiene noticia acerca de tres requerimientos, de los cuales únicamente uno estaba encaminado al reconocimiento de la pensión de vejez. Sobre la petición del 2017 solamente se tiene información en el hecho 7 de la demanda, donde menciona que solicitó la liquidación y proyección de su mesada pensional, sin hacer mención al reconocimiento. En relación con la solicitud que respondió Porvenir S.A. en marzo de 2018, se concluye que la misma exclusivamente estaba relacionada con el traslado de régimen. Finalmente, la respuesta que obra a folios 23 y 24 del cuaderno de instancia sí tiene que ver con el reconocimiento de la mesada pensional. No obstante, la misma no tiene fecha.

1. En suma, además de la enfermedad que padece el accionante no encuentro que exista algún motivo que habilite la procedencia de la acción de tutela. Lo anterior, sin embargo, no implica que en este caso se haya debido simplemente declarar improcedente la acción de tutela. En mi criterio, ante la existencia de esta serie de inquietudes y de vacíos la Corte ha debido recurrir a la facultad que le otorga el reglamento interno de la Corporación con la finalidad de solicitar elementos de juicio que le permitieran tener una comprensión más clara de la situación en la que se encontraba el actor y de las solicitudes que había efectuado con la finalidad de acceder a la prestación reclamada<sup>73</sup>.

## Los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima

1. En lo que respecta al remedio judicial presentado, encuentro que en el fallo se sostiene que una vez satisfechas las exigencias de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, el Estado debe completar la parte que haga falta para reconocer la garantía de pensión mínima, “(...) siempre y cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado no sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima”. Empero, el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 derogó esta última condición. En concordancia con ello, en esta ocasión no resultaba exigible que el señor José Roberto Díaz Sarmiento presentara la declaración de que trata el artículo 84 de la Ley 100 de 1993.

## El reconocimiento de un amparo transitorio

1. No considero acertado que la Corte haya condicionado el reconocimiento del amparo transitorio a la resolución del recurso extraordinario de casación, tal como paso a explicar:

1. De antaño, la Corte Constitucional ha admitido que el reconocimiento de un amparo transitorio está orientado a evitar la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, mientras la autoridad judicial competente profiere una decisión de fondo<sup>74</sup>. En esa medida, resulta acertado conceder este tipo de protección siempre y cuando se ordene al accionante que acuda el medio ordinario de defensa que tiene a su disposición o, cuando este proceso se encuentra en curso, hasta que se profiera la decisión definitiva.

1. La sentencia T-318 de 2020, en mi criterio, efectúa una aplicación equivocada de los parámetros que, como se explicó, condicionan la expedición de este tipo de determinaciones.

Ello por cuanto le ordena a Porvenir S.A. que reconozca y pague la garantía de pensión mínima hasta que se resuelva un recurso extraordinario de casación que, como la misma providencia lo admite, no tiene como finalidad asegurar el reconocimiento de la prestación que se reclama por vía de tutela. En tal sentido, resulta contradictorio que la sentencia refiera que “la Corte Suprema de Justicia no se pronunciará sobre su derecho a la pensión de vejez”, y más adelante afirme que la determinación “tendrá efectos hasta tanto el juez natural [...] se pronuncie de manera definitiva frente al recurso extraordinario de casación”.

1. Si la intención de la sentencia era indicar que para reconocer la pensión de vejez es necesario tener certeza acerca de la validez del traslado al régimen de ahorro individual debe señalar cuál es el fundamento legal o constitucional de esa conclusión, mas no recurrir al reconocimiento de un amparo transitorio tal como está planteado. A mi juicio, esto es importante no solamente porque desconoce el alcance del amparo transitorio, sino por cuanto puede comprometer en el futuro los derechos fundamentales del accionante. Ello es así debido a que en el momento en el que la Sala de Casación Laboral emita su decisión perderá efectos el amparo concedido en esta ocasión, y como allí no se debate nada relacionado con el reconocimiento pensional, perderá el derecho y se podría ver expuesto a una situación similar a la que se encontraba.

1. Por último, el fallo menciona que le corresponderá a la Corte Suprema de Justicia pronunciarse acerca del monto de la transferencia que deberá realizar a Colpensiones en caso de que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. En mi criterio, esa indicación tiene dos inconvenientes. El primero está relacionado con el hecho de que en el proceso ordinario laboral no se discute, reitérese, ningún aspecto relacionado con el reconocimiento de la pensión de vejez, lo cual, a pesar de las facultades ultra y extra petita del juez laboral, impide que en su sentencia la Corte Suprema emita un pronunciamiento sobre la materia. Además de esa imposibilidad, tampoco podría iniciarse ante esa Corporación un incidente de conformidad con el artículo 127 del Código General del Proceso, pues este no se trata de un escenario expresamente establecido por la ley<sup>75</sup>. De otro lado, menos aún podría ordenársele expresamente a la Sala de Casación Laboral que se pronuncie sobre este tema pues esa autoridad judicial no se

encuentra vinculada al trámite de tutela.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 Integrada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo.

2 Folio 29 del cuaderno principal (en adelante se deberá entender que todos los folios a los que se haga referencia hacen parte del cuaderno principal a menos que se indique lo contrario).

3 El accionante no informa sobre la fecha exacta en que formuló la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez ante Porvenir S.A. Asimismo, se advierte que el oficio mediante el cual la entidad accionada le indica que no es posible efectuar el estudio de su petición carece de fecha. No obstante, se puede inferir que tal requerimiento se efectuó luego de la interposición del recurso extraordinario de casación (el cual fue concedido el 28 de junio de 2019) pues ese fue el argumento alegado por Porvenir S.A. para no darle trámite



a la petición de su afiliado.

4 En adelante RAIS.

5 Folio 29.

6 Sentencia proferida el 11 de septiembre de 2018.

7 Sentencia del 20 de febrero de 2019.

8 Según oficio del 10 de julio de 2019 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. el recurso fue concedido el 28 de junio de 2019 y se encuentra en turno para ser remitido a la Corte Suprema de Justicia.

9 Ibídem,

10 Folios 60 y 61.

12 Folios 92 al 101.

13 Folio 103.

14 Folios 92 al 101.

15 Folios 115 al 124.

16 Folio 124.

17 Folios 133 y 134. Se aclara que el escrito de contestación de COLPENSIONES se allegó al proceso de tutela de forma extemporánea.

18 Folio 128.

19 Folio 135.

20 Folio 80.

21 Decisión que se notificó por estado el 4 de julio de 2019.

22 Poder especial otorgado al abogado Ricardo Antonio Buitrago Márquez. Folios 1 y 2.

23 Sentencias T-723 de 2010, T-063 de 2013, T-230 de 2013 y T-087 de 2018, entre otras.

24 Sentencia T-723 de 2010. Reiterada en la Sentencia T-063 de 2013.

25 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. Derecho Procesal Constitucional Colombiano. Acciones y procesos. Bogotá: 2015. P. 212.

26 Sentencia T-387 de 2018.

27 Sentencia T-087 de 2018.

28 Sentencia T-387 de 2018.

29 Sentencias T-315 de 2017, T-471 de 2017 y T-009 de 2019.

30 Sentencias T-859 de 2004, T-800 de 2012, y T-471 de 2017.

31 Sentencias T-436 de 2005, T-108 de 2007, T-800 de 2012 y T-471 de 2017, entre otras.

32 Sentencias T-789 de 2003, T-456 de 2004, T-328 de 2011, T-471 de 2017 y T-009 de 2019, entre otras.

33 Sentencia T-326 de 2013.

34 Ver Sentencias T-1069 de 2012, T-315 de 2017 y T-320 de 2017.

35 Según el DANE la esperanza de vida (que corresponde al número promedio de años que viviría una persona, siempre y cuando se mantengan las tendencias de mortalidad existentes en un determinado período), es de 74 años.

[https://www.dane.gov.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin=3om27vamm65hhkhrtgc8rrn2g4](https://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=853&Itemid=28&phpMyAdmin=3om27vamm65hhkhrtgc8rrn2g4)

36 Historia clínica del accionante expedida por Compensar EPS, folio 94.

37 Según informe de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. del 10 de julio de 2019.

38 Según consulta realizada el 17 de febrero de 2020, el proceso No. 11001-31-05-007-2017-00447-01 de José Roberto Díaz Sarmiento en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES ingresó a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia el 13 de noviembre de 2019 y se encuentra en espera para ser repartido al despacho que por sorteo corresponda, en el cual se deberá decidir sobre su admisión.

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=iKrQ9HJPCVfC93%2bGEqC0qjr7ZHc%3d>

39 Sentencia SU 961 de 1999.

40 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

41 Ibídem.

42 Sentencia T-1028 de 2010. Reiterada en las Sentencias SU - 168 de 2017, T - 038 de 2017 y T-009 de 2019.

43 En Sentencia T-252 de 2017, la Corte consideró que “es indispensable otorgar a los adultos mayores un trato preferente para evitar la posible vulneración de sus derechos fundamentales.”

44 T-222 de 2018.

45 Artículo 7º ibídem.

46 Art. 8º: “El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos laborales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley”.

47 Artículo 5º Ley 100 de 1993.

48 Sentencia T-397 de 2017.

49 Sentencia C-546 de 1992.

50 Sentencia T-429 de 2017.

51 Sentencia C-107 de 2002.

52 Artículo 32 de la Ley 100 de 1993.

53 Ley 100 de 1993. “Artículo 37. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

54 Ley 100 de 1993. “Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

55 Artículo 60 de la Ley 100 de 1993.

56 Artículo 52 de la Ley 100 de 1993.

57 “ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con

sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: // (...)

58 Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2009066014-001 del 22 de octubre de 2009.

59 Artículo 2.2.1.1.8 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

60 Artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

61 Artículo 84 de la Ley 100 de 1993. Con respecto a esto, el artículo 2.2.5.4.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 dispone que “las entidades administradoras y las aseguradoras verificarán con la información a su alcance, que el afiliado o los beneficiarios, según el caso, no se encuentren en los supuestos del presente artículo. En todo caso el afiliado manifestará bajo la gravedad del juramento que los ingresos que percibe mensualmente no superan el límite requerido para acceder a la garantía de pensión mínima.”.

62 Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.

63 Artículo 83 de la Ley 100 de 1993.

64 Artículo 2.2.5.5.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

65 ARTÍCULO 83. PAGO DE LA GARANTIA. Para las personas que tienen acceso a las garantías estatales de pensión mínima, tales garantías se pagarán a partir del momento en el cual la anualidad resultante del cálculo de retiro programado sea inferior a doce veces la pensión mínima vigente, o cuando la renta vitalicia a contratar con el capital disponible, sea inferior a la pensión mínima vigente.

La administradora o la compañía de seguros que tenga a su cargo las pensiones, cualquiera sea la modalidad de pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima.

66 Según la cédula de ciudadanía del accionante nació el 20 de julio de 1956.

67 Folios 4 al 12.

68 Oficio de respuesta de Porvenir S.A. dirigido al juez de primera instancia el 11 de julio de 2019. Folio 121.

69 ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. “Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

70 Según consulta realizada el 17 de febrero de 2020, el proceso No. 11001-31-05-007-2017-00447-01 de José Roberto Díaz Sarmiento en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES ingresó el 13 de noviembre de 2019 a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia y se encuentra en espera para ser repartido al despacho que por sorteo corresponda, en el cual se deberá decidir sobre su admisión.

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=iKrQ9HJPCVfC93%2bGEqC0qjr7ZHc%3d>

71 Sentencias T-151 de 2019, T-495 de 2018, T-472 de 2018, T-395 de 2018, T-548 de 2017, T-408 de 2016, T-040 de 2016, T-596 de 2015, SU-772 de 2014, T-677 de 2014, T-620 de 2014 y T-582 de 2010, entre otras.

72 Sentencias T-146 de 2019, T-495 de 2018, SU-498 de 2016, SU-355 de 2015, T-956 de 2013 y T-705 de 2012.

73 Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015, artículo 64: “Pruebas en revisión de tutelas. Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a

disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres (3) días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General. En el evento de decretar pruebas, la Sala respectiva podrá excepcionalmente ordenar que se suspendan los términos del proceso, cuando ello fuere necesario. En todo caso, la suspensión no se extenderá más allá de tres (3) meses contados a partir del momento en que se alleguen las pruebas, salvo que por la complejidad del asunto, el interés nacional o la trascendencia del caso, sea conveniente un término mayor, que no podrá exceder de seis (6) meses, el cual deberá ser aprobado por la Sala de Revisión, previa presentación de un informe por el magistrado ponente”.

74 Sentencia T-014 de 2015. En este sentido, a través de la sentencia T-098 de 1998, la Corte explicó: “cuando se configure la inminencia de un perjuicio irremediable para los derechos constitucionales afectados o amenazados, en términos tales que aun existiendo un medio judicial idóneo para protegerlos la decisión del juez ordinario podría resultar inútil o tardía, el de tutela está autorizado para conceder el amparo con un carácter transitorio, temporal, mientras aquél, culminado el proceso respectivo, resuelve de fondo. En tales casos, la tutela se aplica con el objeto exclusivo de impedir el daño irreparable de los derechos afectados, pero el juez constitucional no profiere fallo definitivo acerca de la específica controversia jurídica, la que está sujeta al del juez competente. Por eso, existiendo un proceso apto para la defensa de un determinado derecho, la tutela que se otorgue con el fin de evitar un perjuicio irremediable corresponde a una intervención extraordinaria, y apenas en lo indispensable, del juez constitucional en el proceso. De allí que deba ser, por mandato constitucional, transitoria. La transitoriedad de la sentencia respectiva es tan obligatoria como la protección misma. Cumplido su propósito -cuando el juez ordinario dicta su providencia, o cuando vence el término máximo de protección que el propio juez de tutela, considerando las circunstancias del caso, haya señalado-, la orden impartida, de suyo transitoria, pierde vigencia y deja de ser obligatoria. Se realiza en esa forma el propósito constitucional sobre defensa efectiva de los derechos fundamentales, sin que se dupliquen ni confundan las competencias de jueces y tribunales”.

75 Ley 1564 de 2012, artículo 127: “Solo se tramitarán como incidente los asuntos que la ley expresamente señale; los demás se resolverán de plano y si hubiere hechos que probar, a la

petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos”.