

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Formas previstas por ordenamiento jurídico

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública/ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargado de la prestación de un servicio público, cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación o indefensión.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

La Corte ha identificado una serie de circunstancias que debe verificar el juez constitucional para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en los eventos en los cuales se pretende el reconocimiento de derechos pensionales, como son las siguientes: “a. Que se trate de sujetos de especial de 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”.

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia

excepcional por tratarse de persona de la tercera edad en condiciones de debilidad manifiesta

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE BONO PENSIONAL-Procedencia excepcional

La acción de tutela resulta ser el mecanismo más eficaz para para lograr la protección de las garantías constitucionales de la señora Giraldo Franco. Lo anterior, teniendo en cuenta que, si bien existen los mecanismos judiciales y administrativos ordinarios para solicitar el pago del bono pensional, estos no resultan lo suficientemente idóneos y expeditos para dar una solución pronta que garantice la protección del derecho al mínimo vital y la seguridad social de la accionante, en razón a su delicado estado de salud y su avanzada edad.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Objeto

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Características

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Compuesto por dos regímenes solidarios coexistentes y excluyentes

REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Definición/REGIMEN SOLIDARIO DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA-Características

REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Definición/REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-Características

BONO PENSIONAL-Obligación de emisión nace en el momento de traslado/BONO PENSIONAL-Liquidación se produce con posterioridad al nacimiento de la obligación

BONO PENSIONAL-Se debe aplicar la norma que existía al momento en que el peticionario se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y DEVOLUCION DE SALDOS EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL-Reiteración de jurisprudencia

Tanto la devolución de saldos como la indemnización sustitutiva son figuras que pretenden brindar un auxilio a quien por diversos motivos, teniendo la edad para pensionarse (62 años si son hombres y 57 si son mujeres), no cuentan con el capital necesario o con el número de semanas mínimas requeridas para consolidar su derecho. Sin embargo, estas dos figuras difieren en que la primera asegura la devolución de todos los aportes que el trabajador efectuó más sus rendimientos, teniendo en cuenta que en el RAIS cada afiliado tiene una cuenta de ahorro individual, mientras que en la segunda, se entrega un porcentaje aproximado habida cuenta que en el RPMPD los dineros aportados pasan a hacer parte de un fondo común.

DEVOLUCION DE SALDOS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

Existiendo imposibilidad financiera del afiliado de continuar realizando sus aportes para adquirir su derecho pensional, “le corresponde a la administradora de fondos realizar la devolución de saldos como quiera que, no realizarlo, (i) transgrediría los derechos fundamentales del aportante, principalmente, el mínimo vital y la seguridad social e (ii) incurriría en un enriquecimiento sin causa habida cuenta que esos dineros, como se mencionó previamente, son un ahorro del trabajador y es a este al que le corresponde disfrutarlos máxime si se tiene en cuenta que son el fruto de su esfuerzo”.

LEY 100 de 1993-Interpretación constitucional del literal b del artículo 61/DERECHO A LA EMISION DE BONOS PENSIONALES-Se adquiere desde el momento del traslado al régimen de ahorro individual, y liquidación y emisión deberá realizarse conforme a la normatividad aplicable en ese momento

El artículo 61 de la Ley 100 de 1993, fue objeto de control de constitucionalidad por parte de esta Corporación a través de la Sentencia C-674 de 2001 a propósito de una demanda ciudadana formulada en su contra. En dicha oportunidad, la demandante consideraba que la mencionada disposición establece un trato discriminatorio en contra de las personas con discapacidad o de edad avanzada, que les impide acceder a un régimen de seguridad social,

cuyo ingreso, en concepto de la demandante, no debería estar limitado. Bajo ese contexto, respecto del literal b) del artículo demandado, la Corte consideró que tal restricción, se encontraba plenamente justificado toda vez que persigue unos propósitos constitucionales claros como es el de evitar traumatismos financieros al sistema pensional. Así entonces, la exigencia legal de 500 semanas a juicio de esta Corporación resultaba proporcionada en la medida en que el Sistema General de Pensiones le ofrece a quienes están excluidos del RAIS por edad, la posibilidad de acceder a una pensión de vejez en condiciones más favorables que los otros pensionados, en virtud de lo establecido en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, el literal b) del artículo 61 de la misma ley debe ser analizado dentro del marco de transición habida cuenta que con la adopción del sistema pensional con doble régimen, se permitió a los afiliados el traslado a cualquiera de los dos modelos, posibilidad que necesariamente implica la expedición de un bono pensional en favor de quienes efectúen dicho traslado, el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resulta endosable a la administradora a la que se pasa el trabajador, lo cual podrá llegar a afectar la sostenibilidad del sistema.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL DE ADULTO MAYOR-Orden a representante legal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconocer y pagar bono pensional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL DE ADULTO MAYOR-Orden a Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., reconocer y pagar devolución de saldos

Referencia: Expediente T-5.947.321

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Berta Libia Hernández en calidad de agente oficiosa de la señora María Aceneth Giraldo Franco, contra la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados,

Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido el 13 de julio de 2016, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, que a su vez revocó la sentencia del 27 de mayo de 2016 dictado por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. Lo anterior, con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Berta Libia Hernández, en calidad de agente oficiosa de la señora María Aceneth Giraldo Franco contra la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ANTECEDENTES:

La señora Berta Libia Hernández, en calidad de agente oficiosa de la señora María Aceneth Giraldo Franco promovió acción de tutela contra la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A, (en adelante Protección) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales considera vulnerados por las entidades accionadas, al haber negado el pago del bono pensional.

1. Hechos

1.1. La señora María Aceneth Giraldo Franco cuenta con 83 años de edad¹ y padece de “insuficiencia cardiaca, úlceras en miembros inferiores, safenectomía bilateral, osteosíntesis de cadera”².

1.2. De acuerdo con los certificados emitidos por sus empleadores, la señora Giraldo Franco trabajó en las siguientes entidades durante su vida laboral³:

Empleador

Periodo

Aportes a Seguridad Social

Hospital San Pedro-Pasto

Del 01/02/1974 al 1/06/1975.

ISS, hoy Colpensiones

Hospital de la Misericordia-Calarcá-Quindío.

Del 11/02/1976 al 11/03/1977.

La entidad asumió su propio pasivo pensional

Hospital de Caloto (Liquidado)- Popayán, Cauca

Del 1/08/1975 al 31/12/1985.

Cajanal, hoy UGPP

1.4. El 5 de diciembre de 2014, la accionante solicitó a Protección, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o la devolución de saldos⁸.

1.5. Mediante comunicación del 19 de junio de 2015, Protección informó a la accionante que, en la medida en que para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) esta contaba con más 50 años de edad por lo tanto, para que pudiera ser vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y acceder a la pensión de vejez, la afiliada debía haber cotizado un total de 500 semanas al sistema, según lo dispuesto en el artículo 61 de la citada ley; pero que ella solo había acreditado un total de 251.99 semanas. Por lo tanto, la entidad procedió a negar, tanto el reconocimiento de la mesada pensional como la devolución de saldos.

1.6. Con motivo de lo anterior, la señora Giraldo Franco presentó acción de tutela con el fin de ver reconocida su pensión, sin embargo, al no cumplir los requisitos de ley, los jueces de primera y segunda instancia, este último a través de fallo fechado el 26 de noviembre de

2015, ordenó a Protección proceder a realizar la devolución de saldos y los rendimientos en favor de la señora María Aceneth Giraldo Franco⁹.

1.7. En cumplimiento del fallo de tutela, la entidad procedió a la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora Giraldo Franco, los cuales fueron cancelados el 8 de marzo de 2016, sin embargo, la entidad no hizo la devolución del bono pensional.

1.8. El 26 de febrero de 2016 la accionante solicitó la devolución del bono pensional. Para tal fin, hizo entrega de los certificados de los diferentes hospitales públicos en los que laboró como auxiliar de enfermería por un periodo total de 12 años y nueve meses¹⁰.

1.9. Sin embargo, en respuesta del 14 de abril de 2016, Protección negó este último pago reclamado argumentando que, “según el sistema interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales, usted no tiene derecho a dicho título valor”¹¹. Lo anterior, toda vez que la accionante no había cotizado el mínimo de 500 semanas en el Régimen de Ahorro Individual, tal como lo exige el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003.

2 Fundamentos de la solicitud

2.1. Con fundamento en los anteriores hechos, el 16 de mayo de 2016¹², la señora Berta Libia Hernández, en calidad de agente oficiosa de la señora María Aceneth Giraldo Franco, presentó una segunda acción de tutela, pues considera que la decisión de Protección de negar la devolución del bono pensional, por una parte afecta gravemente los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad y a la seguridad social y, por otra, desconoce la condición de sujeto de especial protección constitucional de la agenciada dada su avanzada edad y su delicado estado de salud.

2.2. Para sustentar la solicitud de amparo, en la demanda sostiene que en la jurisprudencia de esta Corporación ya se han garantizado los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de las personas de la tercera edad, que debido a su avanzada edad, son acreedores de un tratamiento prevalente, precisamente en atención a su condición de sujetos de especial protección constitucional

2.3. La agente oficiosa manifiesta que debido al delicado estado de salud de la señora Giraldo Franco, esta se encuentra imposibilitada para realizar cualquier desplazamiento y, en consecuencia, acudir por sus propios medios para realizar las actuaciones administrativas y judiciales tendientes a lograr el pago de su bono pensional por padecer “ulceras en miembros inferiores, safetomía bilateral, osteosíntesis de cadera, trombosis venosa profunda, ecocardiograma severa dilatación de las 2 aurículas e hipertensión pulmonar, válvula aortica engrosada, fibrilación y aleteo auricular, y se moviliza con caminador [adicionalmente fue sometida a varias cirugías:] resección de quistes de seno izquierdo, osteosíntesis de cadera izquierda”¹³.

2.4. En virtud de tales consideraciones, solicita que, a través del mecanismo de amparo constitucional, se ordene a Protección y a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expedir y pagar en favor de la señora María Aceneth Giraldo Franco el bono pensional.

3. Actuaciones adelantadas dentro del trámite de tutela

3.1. Conoció de la acción de tutela en primera instancia la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, autoridad judicial que, mediante Auto del 17 de mayo de 2016¹⁴, procedió a correr traslado a las entidades accionadas para que presentaran sus consideraciones y ordenó vincular al trámite de la presente actuación, a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP y el Hospital de la Misericordia de Calarcá-Quindío.

3.2. Efectuada la vinculación de las entidades referidas, el Hospital de la Misericordia de Calarcá informó al Tribunal que, teniendo en cuenta que para la fecha en la que la actora prestó su servicio al referido hospital, este pertenecía a la Gobernación del Quindío y, por tanto, al no ser entonces una entidad descentralizada y autónoma, debía vincularse al proceso al Departamento del Quindío-Secretaría Administrativa¹⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, a través de Auto del 20 de mayo de 2016¹⁶, el ad quo ordenó la vinculación de Departamento del Quindío a fin de que este rindiera concepto sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela.

3.3. En el mismo sentido, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó la vinculación de la Gobernación del Cauca, a fin de que arrojara al proceso los soportes correspondientes al pago de aportes pensionales realizados a la extinta Cajanal, por el tiempo en que la accionante laboró en el Hospital Nivel I de Caloto. En virtud de lo anterior, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, a través de auto del 23 de mayo de 2016, efectivamente ordenó la vinculación del Departamento de Cauca¹⁷.

4. Contestación de las entidades accionadas y vinculadas

4.1. Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A.

El Fondo de Pensiones Protección S.A., a través de su representante judicial, solicitó que se negaran las pretensiones de la accionante por cuanto consideró que no ha habido vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados.

Sobre el caso concreto, manifiesta la entidad que, de conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, la accionante se encuentra excluida del régimen de Ahorro Individual porque para la entrada en vigencia de la citada ley, ya contaba con más de 50 años de edad y no había cotizado 500 semanas al sistema. En virtud de lo anterior, la información laboral aportada a través de las certificaciones emitidas por los empleadores de la accionante no ha podido ser ingresada en la medida en que el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público rechaza su historia laboral e indica que presenta diferentes errores por encontrarse excluida del Régimen de Ahorro Individual, “lo que imposibilita realizar la reconstrucción de su historia laboral, lo cual es determinante para saber si hay lugar o no al bono pensional y quienes serían los responsables de su reconocimiento y pago”¹⁸.

De conformidad con lo expuesto, la entidad asegura encontrarse en una imposibilidad jurídica de reconstruir la historia laboral de la accionante y por lo tanto, solicita la vinculación de todas las entidades que pueden tener a su cargo el pago del bono pensional, si el juez constitucional reconoce dicho el derecho del título valor.

4.2. Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones

El Vicepresidente Financiero e Inversiones de Colpensiones solicita al juez constitucional se

exima de responsabilidad a la entidad sobre la posible trasgresión de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, sea desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991.

En virtud de lo anterior, considera el representante de Colpensiones que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2011 de 2013 “por el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales ISS, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones” la entidad únicamente puede asumir los asuntos relativos a la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que no se encuentra legalmente facultado para ocuparse del reconocimiento y pago de prestaciones pensionales de afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En virtud de tales consideraciones, la entidad se abstiene de hacer cualquier pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la accionante y reitera su ausencia de legitimación por pasiva en el presente caso.

4.3. Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP

El Subdirector Jurídico Pensional de la UGPP solicita al juez constitucional se desvincule a la entidad del proceso por cuanto, en su concepto, esta no es competente para resolver las pretensiones de la acción de tutela y de expedir bonos pensionales, ya que no existe relación entre la entidad y la accionante.

Al respecto, sostiene el interviniente que de acuerdo con el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 por el cual se creó esa entidad, una de sus obligaciones principales es “(i) el reconocimiento de derechos pensionales tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación...”. Por lo que, en virtud de dicha norma, la facultad para expedir Bonos Pensionales recae en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de manera que la entidad que representa no está facultada para proceder a la emisión del bono y mucho menos para inhibirse de hacerlo. Tanto así que, si el juez constitucional le ordenara emitir dicho bono, esa orden sería de imposible cumplimiento para la entidad.

Por último, aduce que no existe nexo causal entre la presunta vulneración del derecho y la

entidad vinculada a la cual no se le puede endilgar la acción u omisión, respecto de la solicitud hecha por la accionante, pues es Protección y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público quienes tienen la obligación legal de atender dichas solicitudes.

4.4. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó su intervención en la presente causa, con el fin de manifestar que aquella no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la accionante.

En este sentido, alega la entidad que la accionante de manera libre y voluntaria decidió trasladar sus aportes del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través del Fondo de Pensiones Protección, cuando se encontraba excluida de trasladarse a dicho régimen pensional porque su nacimiento tuvo lugar el 8 de septiembre de 1932 y por consiguiente, para el 1º de abril de 1994 contaba con 61 años de edad. Por lo tanto, explicó que correspondía a esa entidad informarle a la señora Giraldo Franco que, de hacerse efectivo dicho traslado, tenía la obligación de cotizar 500 semanas adicionales de acuerdo con lo establecido en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993. En ese mismo orden de ideas, manifiesta que a la fecha, Protección no ha enviado certificación alguna de los aportes realizados por la accionante en donde se acredite que ella si cotizó el número de semanas señaladas en la citada norma.

De otra parte, sostiene que en el evento en que el juez constitucional ordenara el pago del bono pensional la entidad considera necesario señalar que los tiempos laborados en el Hospital Nivel I de Caloto y que certifica la Gobernación del Cauca “el ente territorial debe remitir a esta dependencia los soportes que demuestren el pago de aportes ante CAJANAL, entidad de previsión a la cual la Gobernación ASEGURA haber efectuado al empleador las cotizaciones por concepto de pensión CALOTO. Lo anterior, dado que la información certificada NO COINCIDE con la reportada por CAJANAL o la OBP, hecho que impide establecer la entidad que debería responder por este lapso de tiempo en un “hipotético” bono pensional a favor de la accionante”¹⁹.

Finalmente, expresó que en su concepto la acción de tutela no puede ser el mecanismo usado para pretermitir los procedimientos administrativos legalmente establecidos para dicho fin, más aún cuando en el presente caso se observa que, por un lado, no se cumplen

las exigencias previstas en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 (artículo que, indica, fue declarado exequible en la en la Sentencia C-674 de 200120) y, por otro lado sin que se haya determinado con claridad cuál debe ser la entidad que debe responder por los tiempos laborados en el Hospital Nivel I de Caloto.

4.5 Departamento de Quindío

A través del Secretario de Representación Judicial y Defensa, el Departamento del Quindío intervino como parte vinculada en el trámite de acción de tutela, también con el fin de solicitar al juez constitucional la desvinculación del ente territorial por ausencia de legitimación por pasiva.

Para sustentar lo anterior, sostiene que, revisado el sistema pertinente, se advirtió que la señora Giraldo Franco no cuenta con expediente laboral y, de acuerdo con el Certificado de Calidad de Beneficiarios del 26 de agosto de 1993, tampoco aparece como beneficiaria del Fondo Nacional del Pasivo Prestacional del Sector Salud, siendo ésta la entidad que reconoció la condición de beneficiarios a los trabajadores de la salud del Departamento que laboraron con anterioridad al 31 de diciembre de 1993.

En ese sentido, aclara que la información suministrada proviene de los informes presentados por las instituciones de salud al Departamento, es por esto que la accionante no aparece en los listados a pesar de que la misma E.S.E había realizado los formatos válidos para la expedición del Bono Pensional en la cual consta que la señora Giraldo Franco laboró para el Hospital la Misericordia del 11 de febrero de 1976 al 11 de marzo de 1977 siendo responsable de tal periodo el mencionado hospital.

Con base en las anteriores afirmaciones, el ente territorial vinculado concluye que no puede reconocer el pago de un bono pensional de una persona que no figura dentro de la certificación de beneficiarios, por cuanto es la institución hospitalaria quien en su condición de empleador debe pronunciarse y responsabilizarse de los pagos con posterior cruce de cuentas con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4.6. Departamento del Cauca

El apoderado judicial de la Gobernación del Departamento del Cauca considera que, de

acuerdo con el informe aportado por el Profesional Especializado de Talento Humano de la Gobernación vinculada, se tiene que la accionante se desempeñó como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Local Niña María de Caloto en el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1975 y el 31 de diciembre de 1975. Afirma que fue durante ese periodo laborado que se le realizaron los respectivos descuentos del 5% para salud y pensión, con destino a la Caja Nacional de Previsión, razón por la cual el ente territorial no puede asumir el pago correspondiente al Bono Pensional.

En virtud de tales consideraciones, advierte el interviniente que, respecto de la vinculación del Departamento del Cauca en el trámite de la presente actuación, existe ausencia de legitimación por pasiva.

5. Sentencia de Primera Instancia

Mediante fallo del 23 de mayo de 2016 la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, concedió el amparo de los derechos fundamentales de la señora María Aceneth Giraldo Franco y ordenó: (i) al jefe de la Oficina de Bonos Pensionales adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que procediera a relevar a la accionante del cumplimiento del requisito de las 500 semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con el fin de que se liquide y expida el bono pensional; y (ii) a Protección para que, una vez surtido el trámite anterior, proceda con la devolución de saldos a que haya lugar, teniendo en cuenta el bono pensional.

Como sustento de lo anterior, la nombrada Sala señaló que, de acuerdo con la línea jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional²¹, es posible pretermitir la exigencia del requisitos de las 500 semanas previsto en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 cuando se evidencia una situación de debilidad manifiesta del afiliado que lo imposibilita físicamente para continuar realizando aportes. Esto por cuanto la situación de mantener dicha exigencia resulta contraria a las garantías constitucionales invocadas y al principio de equidad consagrado en los artículos 13, 209 y 230 de la Constitución Política.

6. Impugnación

Dentro del término legal previsto para tal efecto, el Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público impugnó la decisión proferida por la Sala Tercera

de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cali, por considerar que, en cumplimiento del fallo objeto de apelación, se procedió a levantar el error que impedía liquidar el eventual bono pensional de la accionante, sin embargo, Protección no ha demostrado que la señora Giraldo Franco haya cotizado las 500 semana adicionales a las estipuladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 para poder considerar válida su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por otro lado, Protección presentó igualmente recurso de apelación contra el fallo de primera instancia en el cual reiteró los argumentos presentados en su escrito de intervención, según el cual, la accionante solo acredito 251 semanas cotizadas a ese fondo, pero para que pudiera tener derecho a la prestación reclamada, ella debía haber cotizado como mínimo las 500 semanas que exige el artículo 61 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente sostiene que no ha sido posible la reconstrucción de la historia laboral de la accionante debido a que se han solicitado las certificaciones laborales pero estas no se han podido cargar al sistema, por el rechazo que presenta la historia laboral de la citada señora.

7. Sentencia de Segunda Instancia.

7.1. Mediante fallo del 13 de julio de 2016, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo de primera instancia y declaró improcedente la acción de tutela tras considerar que, el mecanismo de amparo constitucional consagrado en el artículo 86 de la Constitución, no se creó para garantizar los derechos sociales y económicos de orden legal establecidos de manera general en la Constitución, aun cuando tenga una estrecha vinculación con los derechos inherentes a la persona humana, como todos los demás derechos de segunda, tercera o cuarta generación, pues aquellos tienen, en caso de haberse trasgredido, suficiente protección a través de los mecanismos judiciales y administrativos.

Así entonces, consideró que en la medida en que existen los medios judiciales idóneos para garantizar la protección del posible derecho al pago del bono pensional a favor de la accionante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo proferido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali y, en su lugar, negó el amparo de los derechos invocados por la accionante.

Ahora bien, aunque el fallo de segunda instancia contó con el voto favorable de la mayoría de los magistrados de la Sala, se destaca que tres de ellos presentaron salvamento de voto,

pues consideraron que, en el presente caso, la señora Giraldo Franco si tiene derecho a la devolución de saldos en subsidio de la pensión de vejez y con ello a la redención anticipada del bono pensional en los términos del artículo 11 del Decreto Ley 1299 de 1994. Lo anterior, puesto que la devolución de saldos implica no sólo el capital ahorrado y sus rendimientos, sino también el valor del bono pensional. En esa medida, concluyen que la negativa de redención del bono pensional implica la violación de entre otros, los derechos fundamentales invocados.

8. Pruebas relevantes que obran en el expediente

8.1. Pruebas aportadas por la accionante

8.1.1. Copia de la Cédula de Ciudadanía de María Aceneth Giraldo Franco²².

8.1.2. Copia de la solicitud de pago de Bono Pensional dirigido a Protección S.A.²³.

8.1.3. Copia de la respuesta del 14 de abril de 2016 dada por Protección S.A. a la señora María Aceneth Giraldo Franco²⁴.

8.1.4. Copia del Certificado de semanas cotizadas en Colpensiones durante el periodo laborado en el Hospital San Pedro de Pasto²⁵.

8.1.5. Copia del Certificado de Información Laboral de la señora María Aceneth Giraldo Franco del Hospital de la Misericordia de Calarcá Quindío²⁶.

8.1.6. Copia del Certificado de Información Laboral de la señora María Aceneth Giraldo Franco del Hospital Nivel I de Caloto Popayán²⁷.

8.1.7. Copia de la Historia Clínica de la señora María Aceneth Giraldo Franco emitido por la Clínica Palma Real²⁸.

8.1.8. Copia del poder conferido por la señora María Acenethe Giraldo Franco a la señora Berta Libia Hernández Monsalve para efectos de representación en el trámite administrativo para la devolución de saldos dirigido a Protección S.A.²⁹.

8.1.9. Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Berta Libia Hernández Monsalve³⁰.

8.2. Copias aportadas por Protección S.A.

8.2.1. Copia de la consulta llevada a cabo por Protección en el Sistema Interactivo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la historia laboral de la señora María Aceneth Giraldo Franco³¹.

8.2.2. Copia de la respuesta de solicitud de pago de bono pensional emitida por Protección el 19 de junio de 2015³².

8.2.3. Copia del acta de notificación del fallo del 26 de noviembre de 2015 proferida por el Juzgado 29 Civil Municipal de Oralidad de Cali en la acción de tutela promovida por la señora María Aceneth Giraldo Franco contra Protección el cual ordenó a la entidad a la devolución de saldos y sus rendimientos en favor de la accionante³³.

8.2.4. Copia del acta de notificación del fallo dictado por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali el cual confirmó la sentencia del Juzgado 29 Civil Municipal de Oralidad de Cali³⁴.

8.2.5. Copia de la respuesta dada por Protección a la señora María Aceneth Giraldo Franco el 24 de febrero de 2016 a través del cual se niega el reconocimiento de la pensión de vejez y se procede a la devolución de saldos³⁵.

8.2.6. Copia de la Certificación Laboral y Formato tipo Bono Pensional de la señora María Aceneth Giraldo Franco emitido por el Hospital de la Misericordia el 11 de octubre de 2012³⁶.

8.2.7. Copia de la certificación laboral de la señora María Aceneth Giraldo Franco expedida por la Gobernación del Cauca³⁷.

8.3. Pruebas aportadas por la Gobernación de Quindío

8.3.1. Copia del listado de certificación de calidad de beneficiarios del 26 de agosto de 1998³⁸.

8.4. Pruebas aportadas por la Gobernación del Cauca.

8.4.1. Copia del Kárdex de Personal de la Dirección Departamental de Salud del Cauca

Liquidada #166, donde constan los factores salariales pagados y los descuentos del 5% realizados a la señora María Aceneth Giraldo Franco³⁹.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política.

2. Cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

Teniendo en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente la acción de tutela por considerar que la misma no cumplía con el requisito de subsidiariedad, esta Sala considera necesario hacer una referencia previa sobre los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela y, posteriormente, se llevará a cabo un análisis para establecer si en el caso concreto, el mecanismo de amparo constitucional resulta ser el medio judicial procedente para lograr la protección de los derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y a la igualdad de la señora María Aceneth Giraldo Franco, a través del pago del bono pensional.

2.1. Legitimación por activa

2.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir “[t]oda” persona para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

2.1.2. En desarrollo de lo anterior y teniendo en cuenta lo consagrado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁴⁰, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela puede ser incoada (i) de manera directa, es decir, cuando quien interpone la acción de tutela es el titular de los derechos fundamentales que considera amenazados o vulnerados; (ii) a través de representante legal, en el caso de los menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y las personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial, caso en el cual el

apoderado debe ostentar la calidad de abogado titulado y al escrito de tutela se debe anexar el poder especial para el caso y, finalmente, (iv) por medio de agente oficioso, cuando el afectado en sus derechos no está en condiciones físicas o psicológicas de promover la acción de tutela por sus propios medios⁴¹.

2.1.3. En la actuación objeto de revisión, la señora Bertha Libia Hernández manifiesta actuar como agente oficioso de la señora María Aceneth Giraldo Franco quien cuenta con 83 años de edad y padece de “insuficiencia cardiaca, úlceras en miembros inferiores, safenectomía bilateral, osteosíntesis de cadera”⁴², debido a que, en razón de su avanzada edad y su delicado estado de salud, no ha podido actuar por cuenta propia, motivo por el cual, la señora Hernández es quien ha venido adelantando todas las actuaciones administrativas y judiciales tendientes al reconocimiento de sus derechos pensionales.

2.1.4. Teniendo en cuenta que las afirmaciones de la agente oficiosa se encuentran plenamente acreditadas en la historia clínica de la señora María Aceneth Giraldo Franco y en las peticiones dirigidas a Protección, considera esta Sala que se encuentran acreditados los requisitos que la ley y la jurisprudencia ha determinado para reconocer la legitimación por activa de la señora Bertha Libia Hernández como agente oficioso de la señora María Aceneth Giraldo Franco.

2.2. Legitimación por pasiva

2.2.1. De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargado de la prestación de un servicio público, cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación o indefensión.

Así entonces, la presente acción resulta procedente toda vez que ambas entidades son sujetos de ser demandados a través de este mecanismo de amparo, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991. Por un lado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al ser una autoridad pública encarga de la expedición del bono pensional a través de su Oficina de Bonos Pensionales y, por otro lado, Protección S.A. al ser entidad privada encargada de la prestación del servicio público de la seguridad social dentro del Sistema General de Pensiones⁴³.

2.3. Inmediatez

El artículo 86 de la Carta Política, dispone que la acción de tutela está prevista para la protección inmediata de los derechos fundamentales, “cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. De acuerdo con dicha regla, la jurisprudencia ha señalado que la procedencia de la acción de tutela está sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez, “[e]llo implica que es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales. El incumplimiento de la obligación ha llevado a que se concluya la improcedencia de la acción, impidiendo la protección de los derechos invocados”⁴⁴.

En el presente caso, el presupuesto de inmediatez se satisface, toda vez que la acción fue presentada el 16 de mayo de 2016⁴⁵ y se dirige a obtener la protección de los derechos al mínimo vital, a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora María Acenethe Giraldo Franco ante la respuesta rendida por Protección el 14 de abril de 2016 a través del cual, negó el pago del bono pensional en favor de la accionante. De lo anterior se colige que, desde el momento de la presunta vulneración del derecho a la presentación de la acción de tutela transcurrió menos de un mes, lo que demuestra que la accionante procedió a solicitar el amparo una vez consideró afectados los derechos fundamentales invocados.

2.4. Subsidiariedad. Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la existencia de otros medios de defensa judicial, en el caso de reclamaciones pensionales. Reiteración de jurisprudencia

Tal como fue argumentado por el juez de primera instancia, el artículo 86 de la Carta define la acción de tutela, como aquel mecanismo judicial de protección directa, inmediata y efectiva de derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o privada, en los casos definidos normativamente. Así mismo, el mencionado artículo consagra su carácter subsidiario, al establecer que la misma procederá cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Por razón de lo anterior, se ha estimado que, en principio, “en el caso del reconocimiento o restablecimiento de derechos pensionales, la acción de tutela no es vía apropiada para reclamar su protección, pues el tema es de competencia de la justicia ordinaria laboral o contencioso administrativa, según el caso, además en cuanto se requiere la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal, que usualmente escapan a la órbita de acción del juez de tutela”⁴⁶.

No obstante lo anterior, es del caso recordar que, la jurisprudencia constitucional ha estructurado dos eventos en los cuales, si bien existiendo otros medios judiciales en el ordenamiento jurídico, la acción de tutela sí resulta procedente para el reconocimiento de derechos prestacionales, dichos eventos se dan cuando: “(i) los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados, y (ii) aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales”.

Así, respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando el medio de defensa ordinario no resulta lo suficientemente idóneo o eficaz para la protección de los derechos fundamentales, esta Corporación también ha señalado que, con fundamento en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, para determinar la idoneidad y la eficacia del medio judicial ordinario el juez de tutela en todo caso debe realizar una valoración “en concreto” de las circunstancias particulares en las que se encuentra el solicitante para, de esta manera, identificar si las pretensiones formuladas trascienden del nivel legal, haciendo, por tanto, que la acción de tutela pase a ser el medio más eficaz para la protección de las garantías constitucionales.

En ese orden de ideas, la Corte ha identificado una serie de circunstancias que debe verificar el juez constitucional para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en los eventos en los cuales se pretende el reconocimiento de derechos pensionales, como son las siguientes:

“a. Que se trate de sujetos de especial de 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”⁴⁷

Por lo tanto, será a partir de las anteriores reglas constitucionales y legales, así como de las subreglas jurisprudenciales antes señaladas, que esta Sala procederá a realizar una valoración “en concreto” de las circunstancias particulares del presente caso a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad excepcional de la acción de tutela, advirtiendo que se pretende a través de la acción constitucional es el reconocimiento del derecho al pago del bono pensional.

i) En primera medida, debe destacarse que, en el caso objeto de revisión, se pretende la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de un sujeto de especial protección constitucional. En efecto, con fundamento en lo que consta en la cédula de ciudadanía de la señora María Aceneth Giraldo Franco, se tiene que la accionante, para el momento de la presentación de la acción de tutela, cuenta con 83 años de edad⁴⁸ y, de acuerdo con su historia clínica, padece de “insuficiencia cardiaca, úlceras en miembros inferiores, safenectomía bilateral, osteosíntesis de cadera”⁴⁹.

ii) En segundo lugar, debe advertirse que, en efecto, la falta de pago del bono pensional, implica un alto riesgo de afectación de sus derechos fundamentales, y en este caso en particular, del derecho a su mínimo vital, toda vez que, al no cumplir con los requisitos legalmente exigidos para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, actualmente la señora Giraldo Franco no percibe ningún ingreso para procurar su sostenimiento.

iii) Así mismo, encuentra la Sala que, a partir de los elementos de prueba, se desprende que la accionante, a través de su agente oficiosa ha llevado a cabo todas las actividades administrativas ante la Administradora de Pensiones a la que se encuentra afiliada con el fin de ver reconocido en su favor la devolución de los saldos aportados al sistema y el pago del bono pensional al cual considera, tiene derecho. Con lo cual se evidencia que, desde el año 2015 la señora María Aceneth Giraldo Franco ha presentado diferentes solicitudes a Protección S.A. con el fin de lograr el pago del bono pensional y la devolución de saldos de su

cuenta de ahorro individual sin lograr mayores resultados.

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 de la señora Giraldo Franco. Lo anterior, teniendo en cuenta que, si bien existen los mecanismos judiciales y administrativos ordinarios para solicitar el pago del bono pensional, estos no resultan lo suficientemente idóneos y expeditos para dar una solución pronta que garantice la protección del derecho al mínimo vital y la seguridad social de la accionante, en razón a su delicado estado de salud y su avanzada edad.

En ese orden de ideas, esta Corporación ha considerado que, “aun cuando por regla general los conflictos jurídicos en materia de reconocimiento prestacional o pensional deben ser tramitados a través de los mecanismos judiciales ordinarios, como el proceso laboral o la acción contencioso administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho según el caso, el amparo constitucional de tutela procede cuando quien reclama el amparo es una persona que forma parte de un grupo poblacional considerado en estado de debilidad manifiesta, ya sea por su condición económica, física o mental, en la medida en que el derecho a la seguridad social se torna fundamental, al estar ‘contenido dentro de valores tutelables como son el derecho a la vida, el mínimo vital (...)’⁵⁰, lo que torna indispensable la intervención del juez constitucional para el restablecimiento de los derechos vulnerados o amenazados”⁵¹.

Así mismo considera la Sala que, si bien a la accionante le fue reconocido la devolución de saldo a través de fallo de tutela, se desconoce si dentro de la orden, el juez constitucional ordenó la expedición y pago del bono pensional, así mismo para esta Sala, declarar la improcedencia de la acción y ordenar el cumplimiento de la primera sentencia, conllevaría a un perjuicio mayor en las garantías constitucionales de una persona que, dada su especial condición de debilidad manifiesta es sujeto de especial protección y requiere una solución eficaz y oportuna de su derecho prestacional.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala considera que, contrario a los sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para la protección de los derechos a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, cuando se evidencie que las entidades que tienen a su cargo el pago del bono pensional exigen de manera desproporcionada el cumplimiento de las 500 semanas

contenido en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, a una persona que debido a su situación de debilidad manifiesta se encuentra en incapacidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones.

3. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica antes descrita, corresponde a esta Sala establecer si, las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital, de la señora María Aceneth Giraldo Franco quien cuenta con 83 años de edad, al negarle el reconocimiento de la expedición del bono pensional, argumentando que la accionante no cumple con el requisito de aportar quinientas (500) establecido en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, sin considerar que, como consecuencia de su avanzada edad y su delicado estado de salud, le es imposible continuar realizando aportes para cumplir ese requisito.

Para resolver el problema jurídico planteado, se llevará a cabo un análisis constitucional sobre (i) el derecho a la seguridad social y la devolución de aportes, posteriormente se estudiará (ii) la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la interpretación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y, finalmente, se llevará a cabo un (iii) análisis del caso concreto.

4. El derecho a la seguridad social y la devolución de aportes

4.1. La seguridad social se encuentra consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual le reconoce la doble condición de: (i) “derecho irrenunciable”, que se debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional; y (ii) “servicio público de carácter obligatorio”, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por entidades públicas o privadas, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

El legislador, en desarrollo del deber constitucional de diseñar una sistema de seguridad social integral, orientado en los principios antes mencionados, expidió la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Dicho sistema se encuentra estructurado con el objetivo de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante la protección de las

principales contingencias que los afectan a partir de cuatro componentes básicos: i) el sistema general de pensiones, ii) el sistema general de salud, iii), el sistema general de riesgos laborales y iv) y los servicios sociales complementarios.⁵²

En lo que respecta al Sistema General de Pensiones, el artículo 10 la Ley 100 de 1993 consagra como su principal objetivo, el de garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones. Para el cumplimiento de la mencionada finalidad, se estructuraron dos regímenes “solidarios excluyentes, pero que coexisten a saber:”⁵³.

Por un lado, el régimen de prima media con prestación definida⁵⁴(en adelante RPMPD), el cual, obedece al método de financiamiento de pensiones que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, y comprende un fondo común de naturaleza pública integrado por los aportes realizados por cada uno de los afiliados al sistema. En este régimen, el derecho a la pensión se adquiere cuando el afiliado cumpla los requisitos de edad y número de semanas cotizadas exigidas por la ley. Por otro lado, se creó el régimen de ahorro individual con solidaridad⁵⁵ (en adelante RAIS) el cual corresponde a un sistema en que las pensiones se financian a través de una cuenta de ahorro individual del afiliado, administrado por las Administradoras de Fondos de Pensiones y el derecho de acceder a la pensión se adquiere con base en el capital depositado en la respectiva cuenta, sin que le sea exigible requisito de edad o tiempo de cotización.

Al respecto, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece que “[q]uienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.” (subrayado fuera del texto)

Siguiendo la línea de lo establecido en el citado artículo 66 de la Ley 100 de 1993, la devolución de los aportes en favor del trabajador que no logra su derecho pensional,

comprende: el capital acumulado, los rendimientos financieros y “el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar” el cual se adquiere en el momento en el que la persona se traslada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que su emisión y liquidación debe realizarse de conformidad con la normatividad vigente al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional.

Así lo ha señalado esta Corporación de manera reiterada en varios de sus pronunciamientos, así por ejemplo, en la sentencia T-708 de 2009, esta Corporación amparó los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de una persona de 70 años de edad que, luego de trasladar sus aportes al RAIS en vigencia del Decreto 1513 de 1998, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público negó el reconocimiento del bono pensional, argumentando que el actor no cumplió con el requisito establecido en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 de aportar 500 semanas al RAIS.

En dicha oportunidad la Corte sostuvo que, “el derecho al bono pensional se adquiere en el momento en el que la persona se traslada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Por lo tanto, la emisión del bono debe hacerse de acuerdo a las normas vigentes en el momento en el que se adquirió el derecho.”⁵⁶ En virtud de tal consideración y en aplicación del artículo 28 del Decreto 1513 de 1998, se ampararon los derechos fundamentales invocados a través de la expedición y pago del bono pensional por parte de la entidad accionada.

Bajo esta lógica, tanto la devolución de saldos como la indemnización sustitutiva son figuras que pretenden brindar un auxilio a quien por diversos motivos, teniendo la edad para pensionarse (62 años si son hombres y 57 si son mujeres⁵⁷), no cuentan con el capital necesario o con el número de semanas mínimas requeridas para consolidar su derecho. Sin embargo, estas dos figuras difieren en que la primera asegura la devolución de todos los aportes que el trabajador efectuó más sus rendimientos, teniendo en cuenta que en el RAIS cada afiliado tiene una cuenta de ahorro individual, mientras que en la segunda, se entrega un porcentaje aproximado habida cuenta que en el RPMPD los dineros aportados pasan a hacer parte de un fondo común.

Como acaba de señalarse, el reconocimiento de dicho auxilio corresponde a la devolución de los aportes efectuados por el afiliado durante su vida laboral, por lo que la entidades

encargadas del reconocimiento y pago, no pueden denegar su disfrute pues con el pago de los saldos, se persigue, evitar la posible afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del afiliado. En ese orden, este Tribunal ha sostenido que, en virtud del artículo 48 de la Constitución, “la devolución de saldos, al igual que la indemnización sustitutiva constituye un derecho imprescriptible⁵⁸, irrenunciable⁵⁹ y suplementario⁶⁰”⁶¹.

En suma, cabe advertir que, existiendo imposibilidad financiera del afiliado de continuar realizando sus aportes para adquirir su derecho pensional, “le corresponde a la administradora de fondos realizar la devolución de saldos como quiera que, no realizarlo, (i) transgrediría los derechos fundamentales del aportante, principalmente, el mínimo vital y la seguridad social e (ii) incurriría en un enriquecimiento sin causa habida cuenta que esos dineros, como se mencionó previamente, son un ahorro del trabajador y es a este al que le corresponde disfrutarlos máxime si se tiene en cuenta que son el fruto de su esfuerzo”⁶².

5. Análisis jurisprudencial sobre la interpretación del literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993

De acuerdo con lo señalado en el acápite anterior de la presente providencia, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al existir solo un régimen pensional, la gran mayoría de cotizantes habían realizado sus aporte al entonces ISS. Sin embargo, con la entrada en vigencia del actual Sistema de Seguridad Social, el cual mantenía el RPMPD y creaba el RAIS se estableció un límite para las persona próximas a pensionarse que pretendían trasladarse de régimen pensional haciendo exigible el pago del bono pensional, lo anterior, con el fin de evitar traumatismos que terminaran por debilitar la sostenibilidad financiera del RPMPD.

Así entonces, el artículo 61 de la mencionada Ley 100 de 1993 estableció que serían excluidos del RAIS “...b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes”.

El citado artículo 61 de la Ley 100 de 1993⁶³, fue objeto de control de constitucionalidad por

parte de esta Corporación a través de la Sentencia C-674 de 2001⁶⁴ a propósito de una demanda ciudadana formulada en su contra. En dicha oportunidad, la demandante consideraba que la mencionada disposición establece un trato discriminatorio en contra de las personas con discapacidad o de edad avanzada, que les impide acceder a un régimen de seguridad social, cuyo ingreso, en concepto de la demandante, no debería estar limitado. Bajo ese contexto, respecto del literal b) del artículo demandado, la Corte consideró que tal restricción, se encontraba plenamente justificado toda vez que persigue unos propósitos constitucionales claros como es el de evitar traumatismos financieros al sistema pensional.

Así entonces, la exigencia legal de 500 semanas a juicio de esta Corporación resultaba proporcionada en la medida en que el Sistema General de Pensiones le ofrece a quienes están excluidos del RAIS por edad, la posibilidad de acceder a una pensión de vejez en condiciones más favorables que los otros pensionados, en virtud de lo establecido en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por tanto, el literal b) del artículo 61 de la misma ley debe ser analizado dentro del marco de transición habida cuenta que con la adopción del sistema pensional con doble régimen, se permitió a los afiliados el traslado a cualquiera de los dos modelos, posibilidad que necesariamente implica la expedición de un bono pensional en favor de quienes efectúen dicho traslado, el cual, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, resulta endosable a la administradora a la que se pasa el trabajador, lo cual podrá llegar a afectar la sostenibilidad del sistema.

Ahora bien, en el escenario del control concreto de constitucionalidad, esta Corporación ha analizado el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y ha concluido que, frente a la exigencia del número mínimo de cotizaciones en el sistema para las personas que solicitan la devolución de saldos, corresponde al juez constitucional, analizar el caso concreto para verificar si, de conformidad con el principio de equidad, resulta proporcionado exigir el cumplimiento de tal exigencia.

Al respecto, en la Sentencia T-219 de 2014, la Sala Primera de Revisión, amparó los derechos fundamentales a la Seguridad Social y mínimo vital de un accionante de 72 años de edad que, encontrándose imposibilitado para continuar realizando sus aportes, solicitó la devolución de saldos y el reconocimiento del bono pensional. Petición que fue rechazada por Protección S.A. y la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, por considerar que el actor no cumplió con el requisito de las 500 semanas establecido en el literal b) del artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

En dicha oportunidad este Tribunal sostuvo que, “las decisiones de Protección S.A. y de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público son contrarias al principio de la equidad, ya que el señor Juan de Dios Quiceno es una persona de avanzada edad,⁶⁵ sin empleo ni recursos económicos,⁶⁶ que manifestó su imposibilidad de seguir cotizando al Sistema General de Pensiones. Exigirle a una persona en estas condiciones que cotice cuatrocientas ocho (408) semanas adicionales para obtener la devolución de saldos, es inequitativo y contrario al derecho a la igualdad material consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, porque significa imponerle una obligación a un sujeto de especial protección constitucional cuyo cumplimiento le sería prácticamente imposible. Adicionalmente, desconoce los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, porque con ella se le impide acceder a los únicos ingresos a los que tiene expectativa de acceder para llevar una vida digna durante la última etapa de su vida”.

En igual sentido se pronunció la Sala Cuarta de Revisión en la Sentencia T-100 de 2015, al amparar los derechos fundamentales de dos mujeres de 78 y 84 años de edad, a quienes se les negó la solicitud de devolución de saldos por encontrarse excluidas del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad con fundamento en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, dicha devolución de saldos “corresponden al ahorro del trabajador en el sistema de ahorro individual por lo que le pertenecen a este y es él quien puede disponer de los mismos y gozar de ellos. En ese sentido, resulta contrario a derecho exigirle a una persona un pedimento que, por sus circunstancias fácticas particulares, a todas luces no va poder cumplir, para materializar la entrega de sus recursos y al retener esos dineros, el fondo de pensiones contraviene la intención del legislador, los postulados constitucionales e incurre en un enriquecimiento sin causa”.

6. Caso concreto

6.1. Como previamente fue advertido, corresponde a esta Sala determinar si en el caso objeto de revisión, las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de la señora María Aceneth Giraldo Franco de 83 años de edad, al negarle el reconocimiento de la expedición del bono pensional,

argumentando que la accionante no cumple con el requisito de aportar quinientas (500) establecido en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, sin considerar que, como consecuencia de su avanzada edad y su delicado estado de salud, le es imposible continuar realizando aportes para cumplir ese requisito.

De acuerdo con las anteriores circunstancias acreditadas en el presente caso objeto de revisión, encuentra la Sala que, exigirle el cumplimiento de las 500 semanas a un sujeto de especial protección constitucional, que se encuentra en imposibilidad material de seguir aportando al sistema, además de resultar contrario al principio de equidad, genera un riesgo en la garantía de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

6.2. Adicionalmente, conviene recordar que, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, establece que la devolución de los aportes en favor del trabajador que no logra su derecho pensional, comprende: el capital acumulado, los rendimientos financieros y “el valor del bono pensional si a éste hubiere lugar” el cual se adquiere en el momento en que el afiliado llevó a cabo el traslado de régimen pensional.

Así las cosas, en el caso objeto de revisión se tiene que, el 18 de marzo de 1996⁶⁸, la señora Giraldo Franco quien para ese momento contaba con 64 años de edad, trasladó sus aportes al RAIS, fecha en la que se encontraba vigente el Decreto 1299 de 1994, el cual establecía en su artículo 11 que: “[e]l bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias:[...] 3. Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993”.

En ese orden de ideas, contrario a lo sostenido por las entidades accionadas, a la señora Giraldo Franco no le es exigible el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 18 del Decreto 3798 de 2003 el cual establece que: “[l]as personas a que se refiere el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 tendrán la obligación de cotizar quinientas (500) semanas en el nuevo régimen y no podrán negociar el bono pensional para solicitar pensión o devolución de saldos, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, antes de las quinientas (500) semanas mencionadas”. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha norma no puede aplicarse a ningún afiliado que se haya trasladado antes de su entrada en vigencia, pues sería imponer requisitos no establecidos en la ley al momento del traslado.

Con base en tales consideraciones y, atendiendo a las circunstancias del caso objeto de

revisión, considera la Sala que las decisiones de Protección S.A. y de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de negarle a la señora María Aceneth Giraldo Franco la expedición del bono pensional, vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala procederá a revocar en su integridad la sentencia de segunda instancia proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, en su lugar se mantendrá en su integridad el fallo de primera instancia proferido el 27 de mayo de 2016 por la Sala Tercera Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

En esta medida, ordenará al representante legal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda llevar a cabo el reconocimiento y pago del bono pensional. En el mismo término, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., deberá una vez se expida el bono pensional, reconocer y pagar la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual a la señora María Aceneth Giraldo Franco, con sus correspondientes rendimientos financieros. No obstante lo anterior, la devolución de saldos en favor de la accionante se llevará a cabo teniendo en cuenta el valor que previamente le fue entregado el pasado 8 de marzo de 2016 por concepto de “devolución de capital acumulado”.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia el día 13 de julio de 2016 y en su lugar CONFIRMAR la fallo del 27 de mayo de 2016, proferida por la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, en la acción de tutela instaurada por María Aceneth Giraldo Franco a través de agente oficiosa contra el Fondo de Pensiones Protección S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En su lugar, CONCEDER amparo judicial de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante.

Segundo.- ORDENAR al representante legal de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague el bono pensional a favor de la peticionaria. En el mismo término la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., deberá una vez se expida el bono pensional, reconocer y pagar la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual a la señora María Aceneth Giraldo Franco, con sus correspondientes rendimientos financieros. No obstante lo anterior, la devolución de saldos en favor de la accionante se llevará a cabo teniendo en cuenta el valor que previamente le fue entregado el pasado 8 de marzo de 2016 por concepto de “devolución de capital acumulado”.

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

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaría General (e)

1 De acuerdo con su cédula de ciudadanía, la accionante nació el 8 de septiembre de 1932. En consecuencia, para la fecha de la presentación de la acción de tutela, esto es 16 de mayo de 2016.

2 Cuaderno 2, folios 14-17: Historia Clínica de la paciente María Aceneth Giraldo Franco emitido por la Clínica Palma Real.

4 De acuerdo con el Certificado de Información Laboral: cuaderno 2, folio 11.

5 De acuerdo con el Certificado de Información Laboral: cuaderno 2, folio 12.

6 Certificado de Información Laboral: Cuaderno 2, folio 13.

7 Cuaderno 2, folio 42: De acuerdo con la intervención de la entidad accionada la señora Giraldo Franco “ se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorias administrada por ING hoy, protección S.A desde el día 18 de marzo de 1996.”

8 Cuaderno 2, folio 43.

9 La anterior información la adquiere el despacho a través de la intervención llevada a cabo por Protección al trámite de la presente acción. Cuaderno 2, folio 45, el interviniente manifiesta lo siguiente: “No obstante lo anterior, la accionante interpuso Acción de Tutela contra esta administradora ante el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Oralidad de Cali, quien mediante sentencia fechada el 26 de noviembre de 2015, con radicación No.2015-00909, le ordenó a esta administradora “(...) proceder a efectuar la devolución y los rendimientos en favor de la señora María Aceneth Giraldo Franco.(...)”. El citado fallo fue confirmado por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Oralidad de Cali, mediante fallo proferido el 5 de febrero de 2016”.

10 Cuaderno 2, folio 7.

11 Cuaderno 2, folios 8-10.

12 Cuaderno 2, folio 21.

13 Para sustentar lo anterior, se anexa historia clínica de la señora María Aceneth Giraldo Franco emitido por la Clínica Palma Real. Cuaderno 2, folios 14-17.

14 Cuaderno 2, folios 21-22.

15 Cuaderno 2, folios 72-73.

16 Cuaderno 2, folio 124-125.

17 Cuaderno 2, folios 160-161.

18 Cuaderno 2, folio 46.

19 Cuaderno 2, folio 128.

20 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

21 Al respecto, el Tribunal cita las siguientes sentencias: T-084 de 2006; T-092 de 2009 y T-219 de 2014, entre otras.

22 Cuaderno 2, folio 6.

23 Cuaderno 2, folio 7.

24 Cuaderno 2, folios 8-10.

25 Cuaderno 2, folio 11.

26 Cuaderno 2, folio 12.

27 Cuaderno 2, folio 13.

28 Cuaderno 2, folios 14-17.

29 Cuaderno 2, folio 18.

30 Cuaderno 2, folio 19.

31 Cuaderno 2, folios 53-55.

32 Cuaderno 2, folios 56-57

33 Cuaderno 2, folio 58.

34 Cuaderno 2, folio 59.

35 Cuaderno 2, folios 60-62.

36 Cuaderno 2, folios 65-67.

37 Cuaderno 2, folios 68-69.

38 Cuaderno 2, folios 190-334.

39 Cuaderno 2, folios 346-353.

40 Decreto 2591 de 1991, artículo 10 “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

41 Sentencia T- 482 de 2013.

42 Cuaderno 2, folios 14-17: Historia Clínica de la paciente María Aceneth Giraldo Franco emitido por la Clínica Palma Real.

43 Decreto 2591 de 1991, artículo 42 Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...), numeral 8: “Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.”

44 Sentencia T-172 de 2013.

45 Cuaderno 2, folio 82.

46 Sentencia T-262 de 2014.

47 Sentencias T-722 de 2002, T-1069 de 2012, T-326 de 2013.

48 Para la fecha de la presentación de la acción de tutela, esto es 16 de mayo de 2016.

49 Cuaderno 2, folios 14-17: Historia Clínica de la paciente María Aceneth Giraldo Franco emitido por la Clínica Palma Real.

50 Corte Constitucional, sentencia T-695 de 2000, Álvaro Tafur Galvis. La jurisprudencia en cita es reiterada entre otras, en las sentencias T- 1283 y T-1285 de 2001; T-954 de 2003; T-1185 y T-1221 de 2004.”

51 Sentencia T-219 de 2014, M.P: María Victoria Calle

52 Sentencia SU-130 de 2013.

54 Ley 100 de 1993, artículos 31 y 32.

55 Ley 100 de 1993, artículos 59 y 60.

56 Sentencia T-708 de 2009.

57 Artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

58 Al respecto, ver Sentencia T-972 de 2006.

59 Al respecto, ver Sentencia T-1046 de 2007.

60 Al respecto, ver Sentencia C-624 de 2003.

61 Sentencia T-100 de 2015.

62 Ibídem.

63 Ley 100 de 1993, artículo 61: “Personas excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad. Están excluidos del régimen de ahorro individual con solidaridad:

a) Los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público, y

b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o

más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes”.

64 M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

65 Como documento anexo al escrito de tutela, el señor Juan de Dios Quiceno aportó copia de su registro civil de nacimiento, documento en el que consta que nació el 21 de septiembre de 1937. (Folio 5).

66 Folio 1.

67 Para sustentar lo anterior, se anexa historia clínica de la señora María Aceneth Giraldo Franco emitido por la Clínica Palma Real. Cuaderno 2, folios 14-17.

68 Cuaderno 2, folio 42; De acuerdo con la intervención de Protección S.A. la señora Giraldo Franco “se encuentra afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorias administrada por ING hoy, Protección S.A. desde el día 18 de marzo de 1996”.